

**DICCIONARIO DIGITAL
DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO**

ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

**Diccionario digital de
Derecho Internacional Privado**

Director:
Jorge Luis Collantes González

Biblioteca de Arbitraje, serie digital : n.º 1

DICCIONARIO DIGITAL
DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

© Estudio Mario Castillo Freyre, S.C.R.L.
Calle Las Palmeras 324, San Isidro, Lima, Perú
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

Diagramación de interiores: Estudio Mario Castillo Freyre, S.C.R.L.
Calle Las Palmeras 324, San Isidro, Lima, Perú Telfs. (511) 422-6152
/ 441-4166 estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

*Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente,
sin permiso expreso del autor.*

Primera edición digital, julio 2023

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2023-05967

Libro electrónico disponible en <https://castillofreyre.com/publicaciones/>

ISBN: 978-612-4400-61-2

Se agradece a la estudiante Claudia Ximena Alcántara Sánchez
por su colaboración en este diccionario.

ISBN: 978-612-4400-61-2



ÍNDICE

| | |
|--|-----|
| Nota para el lector | 15 |
| Principales abreviaturas | 17 |
| A | |
| Acceso internacional a la justicia | 19 |
| Accidentes de circulación por carretera | 31 |
| Actividad notarial y Derecho comparado | 39 |
| Actuaciones complementarias del laudo arbitral | 49 |
| Acuerdo de protección y promoción recíproca de inversiones | 56 |
| Adopción | 59 |
| ADR/MASC/MAGA (tipos: negociación, transacción, mediación, conciliación, minijuicio (<i>Mini-Trial</i> , <i>Executive Hearing</i>), evaluación neutral o pericial, <i>Fact Finding</i> , arbitraje, híbridos (<i>multi-tiered</i> o <i>multi-step</i> , o <i>Eskalationsklauseln</i> o <i>MDR-clauses</i>) y Derecho colaborativo) | 71 |
| Agente diplomático | 81 |
| Alimentos internacionales | 93 |
| Apatridia | 102 |
| Apostilla | 112 |
| Apostilla electrónica | 117 |
| Arbitraje | 124 |
| Arbitraje <i>ad hoc</i> | 131 |

6

| | |
|--|-----|
| Arbitraje comercial internacional | 139 |
| Arbitraje de Derecho y de equidad | 147 |
| Arbitraje de inversiones | 160 |
| Arbitraje institucional | 171 |
| Arbitraje internacional multiparte | 178 |
| Árbitro | 185 |
| Ausencia | 191 |
| Autonomía de la cláusula arbitral | 201 |
| Autoridad Central (en el marco de la Conferencia de La Haya) | 210 |

C

| | |
|--|-----|
| Calificación | 223 |
| Certificado sucesorio europeo (CSE) | 232 |
| Ciudadanía europea | 246 |
| Cláusula arbitral patológica | 256 |
| Cláusula multimodal | 262 |
| Cobro internacional de alimentos | 265 |
| Código Bustamante | 271 |
| Comisión rogatoria | 281 |
| Competencia judicial internacional | 288 |
| Compraventa en general y compraventa de mercaderías en particular | 296 |
| Comunicaciones judiciales directas | 312 |
| Concurso internacional | 324 |
| Concurso y arbitraje internacional | 336 |
| Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado | 344 |
| Conflicto de jurisdicciones | 349 |
| Conflicto de leyes | 361 |

| | |
|--|-----|
| Conflicto móvil: norma de funcionamiento de la norma de conflicto | 375 |
| Constitucionalización del arbitraje | 382 |
| Contrato internacional | 384 |
| Contratos de intermediación y contratos de representación | 391 |
| Convención de Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación | 400 |
| Convenio arbitral | 411 |
| Cooperación judicial europea | 421 |
| Cooperación judicial internacional | 429 |
| Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional | 441 |
| Cuestión incidental | 448 |
| Cuestión prejudicial | 453 |

D

| | |
|---|-----|
| Daño | 462 |
| Declinatoria | 471 |
| <i>Dépeçage</i> | 476 |
| Derecho comparado | 486 |
| Derecho del Trabajo (y Derecho internacional privado) | 496 |
| Derecho extranjero | 514 |
| Derecho internacional privado | 514 |
| Derecho internacional privado autónomo | 523 |
| Derecho interregional | 533 |
| Derecho uniforme | 540 |
| <i>Discovery</i> | 550 |
| <i>Dispute boards</i> | 555 |
| Divorcio con elemento extranjero | 565 |

| | |
|-------------------|-----|
| Documento público | 577 |
| Domicilio | 586 |

E

| | |
|--|-----|
| Ejecución de documentos públicos extranjeros en España | 593 |
| Elección de foro | 601 |
| <i>Exequatur</i> | 610 |
| <i>Exequatur</i> de laudo extranjero | 622 |
| Extraterritorialidad | 631 |

F

| | |
|---|-----|
| Filiación | 638 |
| Foro de competencia judicial internacional | 645 |
| Foro de necesidad | 655 |
| Foros de protección en los litigios derivados de contratos internacionales | 660 |
| <i>Forum non conveniens</i> | 672 |
| <i>Forum shopping</i> | 683 |
| Franquicia internacional | 692 |
| Fraude a la ley | 701 |
| Fuentes del Derecho internacional privado | 710 |

G

| | |
|--|-----|
| Género (cuestiones de, en el DIPriv.) | 720 |
| <i>Geoblocking</i> | 732 |
| Gestión de bienes culturales (el DIPriv en la) | 743 |

H

Honor 751

I

IberRed 789

Injunction (mandamiento) 796

Inmueble fronterizo 803

Inmunidad de ejecución 808

Inmunidad de jurisdicción 817

Inmunidad de las organizaciones internacionales 829

Interés del menor 839

Intervención judicial en el arbitraje 849

Ius sanguinis/Ius soli 859

J

Joint venture 870

K

Kafala 878

Kompetenz-kompetenz 887

L

Laudo arbitral 890

Lex fori 894

Ley aplicable 903

| | |
|--|-----|
| Ley aplicable al convenio arbitral | 909 |
| Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional | 917 |
| Ley personal | 925 |
| Libre circulación de decisiones judiciales | 934 |
| Litispendencia en el arbitraje internacional | 941 |
| Litispendencia internacional | 951 |

M

| | |
|---|------|
| Marca | 958 |
| Marca comunitaria (marca de la Unión Europea) | 969 |
| Matrimonio | 975 |
| Matrimonio de conveniencia | 987 |
| Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC/ADR/MAGA) | 995 |
| Mediación | 1007 |
| Mediación internacional/Mediación transfronteriza | 1028 |
| Medidas cautelares de los órganos judiciales (competencia judicial internacional y efectos en el extranjero) | 1039 |
| Método del reconocimiento | 1053 |

N

| | |
|----------------------------|------|
| Nacionalidad | 1063 |
| Norma de conflicto | 1074 |
| Notificación internacional | 1086 |
| Nulidad del laudo arbitral | 1092 |

O

| | |
|--|------|
| Obligaciones contractuales | 1099 |
| Obligaciones extracontractuales | 1110 |
| Orden público internacional | 1123 |
| Orden público internacional en la contratación internacional | 1131 |
| Orden público transnacional | 1145 |
| Ordenamiento aplicable en el arbitraje comercial internacional | 1151 |

P

| | |
|---|------|
| Patente comunitaria (patente europea) | 1158 |
| Patria potestad | 1163 |
| Principio de pabellón | 1172 |
| Principios de La Haya sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales | 1179 |
| Proceso monitorio europeo | 1192 |
| Propiedad industrial e intelectual | 1203 |
| Protección de datos | 1219 |
| Protección de la parte débil en los contratos especiales | 1225 |
| Protección internacional de adultos | 1236 |
| Prueba del Derecho extranjero | 1246 |
| Prueba en el extranjero (práctica de la) | 1255 |

R

| | |
|--|------|
| Rebeldía | 1266 |
| Red Internacional de Jueces de La Haya (RIJLH) | 1278 |
| Reenvío | 1288 |
| Régimen económico matrimonial | 1301 |

| | |
|--|------|
| Reglamento de arbitraje | 1305 |
| Reglas de Rotterdam | 1310 |
| Reglas sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (Reglas de Praga) | 1316 |
| Relaciones laborales en el Derecho internacional privado | 1323 |
| Residencia habitual | 1324 |
| Responsabilidad civil | 1332 |
| Responsabilidad civil derivada del delito (en el Derecho internacional privado) | 1340 |
| Responsabilidad parental | 1349 |
| Revisión del laudo arbitral | 1356 |

S

| | |
|---|------|
| Sanciones internacionales | 1365 |
| Seguros | 1376 |
| <i>Soft law</i> | 1390 |
| Sucesión de Estados (efectos en la litigación arbitral internacional) | 1397 |
| Sucesión internacional | 1407 |
| Sumisión expresa | 1415 |
| Sumisión tácita | 1424 |
| Sustracción internacional de menores | 1431 |

T

| | |
|---|------|
| Testamento profesional internacional | 1443 |
| Transparencia en el arbitraje internacional | 1457 |
| Transporte de cabotaje | 1462 |
| Transporte internacional de mercancías | 1470 |
| Tribunal arbitral | 1476 |

| | |
|---|------|
| DICCIONARIO DIGITAL DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO | 13 |
| Tribunales mercantiles internacionales | 1484 |
| <i>Trust</i> | 1487 |
| U | |
| Unión de hecho | 1493 |
| Usos del comercio y <i>lex contractus</i> (en el arbitraje internacional) | 1508 |
| V | |
| Vecindad civil | 1520 |

NOTA PARA EL LECTOR

El presente diccionario se ha construido a través de un conjunto de contribuciones de distintos juristas, quienes han participado con la única finalidad de compartir sus puntos de vista, en un momento determinado, sobre diferentes temas concernientes al Derecho internacional privado. En este contexto, cada lector debe ser prudente en la lectura y tener siempre presente que nos movemos en un ámbito académico y, asimismo, que las novedades normativas y jurisprudenciales están presentes en el Derecho internacional privado. En consecuencia, nadie podría asumir el diccionario como fuente de asesoría jurídica.

PRINCIPALES ABREVIATURAS

AP: Audiencia Provincial (en España)

BOE: *Boletín Oficial del Estado*

CC: Código Civil (de España)

CCCN: Código Civil y Comercial de la Nación (Argentina)

CJD: Comunicaciones Judiciales Directas

CNUDMI/UNCITRAL: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho del Comercio Internacional

DIPr/DIPriv: Derecho internacional privado

DOUE: *Diario Oficial de la Unión Europea*

LA: Ley de Arbitraje (de España)

LC: Ley Concursal (de España)

LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil (de España)

LJV: Ley de Jurisdicción Voluntaria (de España)

LM: Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial (de España)

LCJIMC: Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil (de España)

OP: Oficina Permanente (de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado)

RIJLH: Red Internacional de Jueces de La Haya

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

TC: Tribunal Constitucional

TEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TS: Sentencia del Tribunal Supremo

TUE: Tratado de la Unión Europea

A

ACCESO INTERNACIONAL A LA JUSTICIA

1. Razón de ser del Derecho internacional privado

A mayor número de relaciones entre ciudadanos y empresas de distintos Estados, mayor relaciones personales y empresariales entre ellos, mayor riqueza humana, cultural y social, mejor y mayor economía, enriquecimiento mutuo, integración intercultural e incremento de un verdadero humanismo internacional e internacionalizado que nos beneficia a todos. Aunque claro está, de otro lado, también, consecuencia lógica de la globalización y del aumento exponencial de las relaciones internacionales, tanto públicas como privadas, y del mayor número de relaciones personales, comerciales y empresariales que de ellas se derivan, también se ha visto incrementado el número de conflictos entre ciudadanos y empresas de diversos Estados, con el consecuente aumento de la litigiosidad internacional. De esta litigiosidad se ocupa el Derecho internacional privado (DIPr), que pretende dar respuesta a la misma, proporcionando normas, indicadores, instrumentos de cooperación y asistencia para encontrar un juez internacionalmente competente (foro/s de competencia judicial internacional), un derecho aplicable al caso —fundamentalmente a través de las normas de conflicto— y el reconocimiento y la ejecución de decisiones judiciales extranjeras. Es decir, los tres sectores básicos del DIPr: competencia judicial internacional, derecho aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones con elemento extranjero, que sirven en su totalidad al principio básico de asegurar la tutela

judicial efectiva en el marco internacional. Sin olvidar, que el DIPr no solo se ocupa de la parte procesal asociada al litigio sino, como ha de ser en todo Derecho, prevalece su fundamentación positiva, dirigida al ordenamiento y regulación del orden jurídico internacional en las relaciones privadas.

Así, el Acceso internacional a la Justicia en el DIPr, es parte y todo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Derecho reconocido en los principales Convenios Internacionales de Derechos Humanos y en las Constituciones y cartas magnas de todos los países democráticos del mundo y, cómo no, de los Estados miembros de la Unión Europea y de los países de la OEA. De hecho, en Europa, el acceso a la justicia es un derecho fundamental consagrado por el artículo seis del Convenio europeo de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. Derecho elevado a principio general de Derecho comunitario por el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE que se encuentra reconocido en todas las constituciones democráticas. En España, sin ir más lejos, en el artículo 24 de la Constitución de 1978. Y lo mismo ocurre en Iberoamérica y en la gran mayoría del resto del mundo.

La Unión Europea hace ya tiempo que viene indicando a sus Estados miembros que el acceso a la justicia es un derecho fundamental y una condición de eficacia de los ordenamientos, recordándoles que de nada sirve el reconocimiento de un derecho si no se crean instrumentos adecuados para hacerlo valer. Por ello, en sus directivas, decisiones y recomendaciones les pide, les exhorta, les ordena, por último, facilitar el acceso a la justicia y, para ello, trabajar en los instrumentos tradicionales de acceso a la justicia en los diferentes Estados y potenciar Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC/ADR) o, como prefiere la autora de estas páginas: MAGA: Métodos Adecuados para Gestionar Acuerdos. Entendiendo por los mismos, aquellos que, de forma alternativa al sistema judicial, pero con las mismas garantías y eficacia para los ciudadanos que recurran a ellos, a la vez que contribuyan a desatascar el

sistema judicial. Sistema que sí ya estaba congestionado de por sí, en la mayoría de los países del mundo, se ha visto desbordado por la pandemia internacional provocada por el virus SARS COVID-19. Todos ellos, fundamentalmente: negociación, mediación y arbitraje, también contribuyan a una mejor y más rápida justicia. Entendiendo por justicia su acepción primera. Es decir, la de la Justicia «a secas», sin diferenciar la forma judicial o extrajudicial de acceder a ella, como ya ha expresado esta autora en múltiples foros y hecho constar en una amplia bibliografía al respecto (*vid. infra*).

Así, el Derecho a la justicia es una exigencia a la que todos los Estados deberían responder garantizando, no solo su acceso como tal, sino también su aplicación práctica, en particular mediante la puesta a disposición de procedimientos judiciales accesibles a todos los ciudadanos rápidos y poco costosos. De ahí, no solo la necesidad de garantizar el acceso a la justicia tradicional, por medio del acceso a los órganos jurisdiccionales estatales, sino, además, la urgencia de introducir, fomentar y asegurar las vías alternativas o extrajudiciales de acceso a la justicia que respondan de mejor modo y manera a las demandas de la sociedad actual. Motivo por el que aquí se examinará el acceso internacional a la Justicia, desde la perspectiva del DIPr, por las dos vías posibles: la judicial, típicamente procesal, y la alternativa o extrajudicial (*vid. ambos vocablos en el presente diccionario*).

2. *Acceso a la justicia en el Derecho internacional privado (DIPr): normas de competencia judicial internacional*

El Derecho internacional privado garantiza el acceso a la justicia en el ámbito internacional. Ante un caso, controversia o litigio internacional —esto es, que implique, al menos a dos ordenamientos jurídicos distintos— las partes (personas físicas y jurídicas) suelen encontrarse más dúbidas a la hora de determinar, en primer lugar, qué juez sería el internacionalmente competente para dirimir su caso. Como ya he enunciado, desde el punto de vista del DIPr, el acceso a la justicia se garantiza, como

punto de partida, a través de normas y criterios que ayudan a las partes a encontrar, en casos que afecten a personas naturales o jurídicas pertenecientes al menos a dos ordenamientos jurídicos distintos, qué juez es el internacionalmente competente. Nos ayuda a localizar un foro, un tribunal competente en un determinado Estado, en el que podemos aterrizar a la hora de interponer una demanda internacional.

A grandes rasgos, ello viene determinado por las normas de competencia judicial internacional y el acceso a la justicia de forma gratuita por personas que así lo precisan. Ambos aspectos tratados en otras partes de este diccionario (*vid. supra e infra*: vocablos como foros de competencia, competencia judicial internacional, etc.). Si bien, hoy en día, los mecanismos tradicionales de DIPr, dirigidos a encontrar un juez competente, han sido desplazados, al menos en materia contractual y mercantil, ante el auge del arbitraje y de otros métodos alternativos de solución de conflictos. De modo que, en la práctica, la mayoría de particulares y empresas, tanto en sus contratos como en sus relaciones comerciales, pactan cláusulas para resolver sus controversias mediante la negociación, la mediación, las cláusulas híbridas Med/Arb (mediación y arbitraje) y, sobre todo, el propio arbitraje. De modo que la determinación de los foros de competencia judicial internacional clásica del DIPr, existe residualmente para aquellos ámbitos privados indisponibles y que, por su naturaleza, no son arbitrables ni mediables.

3. Acceso a la justicia en el Derecho internacional público: la ONU y el Estado de derecho

El principio de relatividad del DIPr se muestra aquí en el reconocimiento del derecho fundamental del acceso a la justicia por el Derecho internacional público y su fuerza en la cooperación jurídica y judicial internacional y la cooperación entre Estados. Conforme a la ONU, el acceso a la justicia es un principio básico del Estado de derecho.

4. *Acceso a la justicia a través de vías judiciales*

Siguiendo el principio de jerarquía normativa y antes de entrar, para aquellos casos que fueran de aplicación, en los reglamentos comunitarios de competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales extranjeras (Reglamento de Bruselas I y II bis, según ámbitos materiales civiles y mercantiles, para el primero, y de crisis matrimoniales para el segundo) que serán tratados en otros apartados del presente diccionario y a los que, desde aquí nos remitimos (*vid.* los respectivos vocablos), encontramos la siguiente prelación jerárquica normativa internacional. Recogido en el Convenio de 25 de octubre de 1980 para Facilitar el Acceso Internacional a la Justicia (hecho el 25 de octubre de 1980, que entró en vigor el 1 de marzo de 1988), según el cual, sus Estados signatarios, deseando facilitar el acceso internacional a la justicia, convinieron en las siguientes disposiciones:

CAPÍTULO I. ASISTENCIA JUDICIAL

Artículo 1: «Los nacionales de un Estado contratante, así como las personas que tengan residencia habitual en un Estado contratante, tendrán derecho a disfrutar de asistencia judicial en materia civil y comercial en cada uno de los Estados contratantes en las mismas condiciones que si ellos mismos fuesen nacionales de ese Estado y residiesen en él habitualmente. Las personas a quienes no se apliquen las disposiciones del párrafo anterior pero que hayan tenido su residencia habitual en un Estado contratante en el cual se haya iniciado o se vaya a iniciar un procedimiento judicial tendrán, sin embargo, derecho a disfrutar de asistencia judicial en las condiciones previstas en el párrafo anterior, si la causa de la acción resultara de esa residencia habitual anterior. En los Estados en que exista la asistencia judicial en materia administrativa, social o fiscal, se aplicarán las disposiciones del presente artículo a los asuntos incoados ante los tribunales competentes en esas materias»

Artículo 3: «Cada Estado contratante designará una Autoridad Central encargada de recibir las solicitudes de asistencia judicial que le sean presentadas de conformidad con el presente Convenio y de darles curso. Los Estados federales y los Estados en que estén en vigor varios sistemas

jurídicos podrán designar varias autoridades centrales. En caso de no ser competente la Autoridad Central a la que se presente la solicitud, esta la transmitirá a la Autoridad Central competente del mismo Estado contratante».

De otro lado, es de utilidad, contemplar las estadísticas e indicadores de justicia, en constante actualización y mejora. De hecho, en la UE, todos los años, los 27 países miembros tienen el deber de proporcionar todos los datos exigidos por la Comisión sobre sus sistema de justicia —con gran intensidad en las garantías de sus sistemas de Acceso a la Justicia— y con ello realizan, sobre las base de distintos indicadores (acceso, eficacia, eficiencia, calidad, independencia, etc.) distintos cuadros de indicadores de la justicia en la UE, en ayuda a los Estados miembros para que mejoren la eficacia de sus sistemas judiciales. En el momento de cierre de esta publicación, disponemos los datos de 2020: <justice_scoreboard_2020_en.pdf> (europa.eu) pero, recordemos que son datos que con el objeto de mejorar la Justicia, se actualiza cada año, contribuyendo de forma eficiente a garantizar la calidad y exigencia de la justicia en el ámbito comunitario.

5. Acceso a la justicia y justicia gratuita

La justicia gratuita es esencial para garantizar el derecho de acceso. La gratuidad, permite a aquellos ciudadanos que no dispongan de suficientes recursos económicos, poder —en igualdad de condiciones— acceder a la justicia y poder demandar y ser demandado en un juicio, o procedimiento de mediación o arbitral, teniendo cubiertos los costes necesarios para ello, tanto de representación como de defensa. En la UE, por ejemplo, todos los Estados miembros de la UE tienen regímenes de asistencia jurídica gratuita en materia civil y penal.

Es decir, si cualquiera de nosotrosuviésemos un conflicto con alguien de su propio país o del extranjero y deseáramos acudir a los tribunales o nos viésemos obligados a defendernos ante estos de una reclamación de otra persona nacional o extranjera y no pudiéramos pagarnos el aseso-

ramiento jurídico o su representación ante los tribunales, en todos estos casos, podemos solicitar la asistencia jurídica gratuita.

Este derecho está reconocido en:

- El Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Su artículo 6, apartado 3, letra c), garantiza el derecho del acusado a ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio si no tiene medios para pagarlo, cuando los intereses de la justicia lo exijan;
- la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Su artículo 47 establece que se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes, siempre y cuando sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.

En la propia página del Portal Europeo de Justicia: https://e-justice.europa.eu/37129/ES/legal_aid, se nos precisa de distintos tipos de acceso a la justicia gratuita o de asistencia jurídica gratuita según los procesos sean civiles o penales:

1. En los procesos civiles, distingue a su vez la asistencia jurídica gratuita según sean casos o litigios planteados en el ámbito nacional o en el internacional o transfronterizo.
 - a. Para los litigios de ámbito nacional: todos los Estados miembros de la UE tienen un régimen de asistencia jurídica gratuita que garantiza que si cualquier persona residente en la UE tuviese un conflicto con una empresa, un profesional, un empleador u otra persona en su país de residencia y carece de recursos económicos suficientes para acudir a los tribunales, puede solicitar la asistencia jurídica gratuita al amparo de la legislación nacional. Los distintos regímenes nacionales de asistencia jurídica gratuita tienen, no obstante, grandes diferencias de planteamiento, organización y gestión. En lo que

respecta al planteamiento, en algunos Estados el objetivo general parece ser garantizar la disponibilidad general de los servicios jurídicos y el acceso a la justicia, mientras que en otros la asistencia jurídica gratuita solo se reconoce a los más pobres.

- b. El acceso internacional a la justicia para litios transfronterizos se traduce en que si se tiene un conflicto con una empresa, un profesional, un empleador u otra persona en el extranjero y carece de recursos económicos suficientes para acudir a los tribunales, puede solicitar la asistencia jurídica gratuita para litigios transfronterizos. Para facilitar el acceso a la asistencia jurídica gratuita en materia civil y mercantil, se adoptó la Directiva 2002/8/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. La Directiva establece el asesoramiento previo al litigio para buscar un acuerdo prejudicial; la asistencia jurídica para acudir a los tribunales, la representación de abogado en juicio y la cobertura parcial o la exención de las costas procesales.
2. De otro lado, la asistencia jurídica gratuita en los procesos penales, también los Estados miembros tienen su propia legislación sobre la prestación de la asistencia jurídica gratuita en los procesos penales bajo su jurisdicción. En el futuro, el Portal Europeo de Justicia Electrónica proporcionará información detallada sobre este tema. En cuanto a los litigios transfronterizos, no existe actualmente ninguna normativa de la Unión al respecto.

6. Acceso a la justicia a través de vías extrajudiciales

Los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC/ADR) o MAGA: Métodos Adecuados para Gestionar Acuerdos, como partes del derecho a la tutela judicial efectiva, se consideran fundamentales en la

justicia del siglo XXI. Son ambas partes de la misma moneda, garantizando, una de sus caras, el acceso a la justicia por la vía extrajudicial (arbitraje, mediación y el resto de MASC/ADR/MAGA) y, por la otra, a través del acceso a los órganos jurisdiccionales estatales.

Sin embargo, la cuestión relativa a si el arbitraje, la mediación y, por ende, el resto de los MASC/ADR/MAGA, son o no justicia dista, todavía, de ser pacífica. Atañe directamente a la propia naturaleza o conceptualización de la Justicia, de los ADR, en general, y de la mediación y el arbitraje, en particular: ¿Son estos, métodos alternativos a la Justicia o se constituyen por sí mismos como verdadera Justicia (aunque alternativa)?

Lejos de haber llegado a un mínimo consenso del que podamos partir, en los últimos tiempos, se observa que este sigue variando según planteemos la identidad entre arbitraje, mediación y justicia en los distintos ámbitos materiales (por ejemplo, mediación penal, mercantil, civil, etc.) y su adecuada y diferente conceptualización en cada uno de ellos dependiendo de qué entendamos por MASC/ADR, por justicia y su aproximación filosófica, material, hermenéutica, integral, etc., según cada disciplina o la inmersión pluridisciplinar que exige la misma.

En definitiva, si se ha de garantizar el acceso a la justicia como derecho fundamental, hay que garantizar el acceso a ella por las dos vías posibles existentes en la actualidad: las tradicionales o judiciales y las extrajudiciales o alternativas, situando a ambas en el mismo nivel de igualdad y dotando a los MASC, en general, y a la mediación y el arbitraje, en particular, de la entidad, profesionalidad y autonomía que se merecen. Sin embargo, en la práctica estamos todavía muy alejados de este deber gubernamental. A ello ha contribuido, la falta de correspondencia, que todavía existe en gran parte de los países, entre mediación y el arbitraje y el órgano judicial; la falta de consideración de que el arbitraje, la mediación, y el resto de MAGA son «otra forma de justicia» de igual identidad que la justicia tradicional; el escaso conocimiento de la misma por parte de

la sociedad; y la percepción, por esta misma, de que los MASC/ADR/MAGA, son mecanismos «menores» de justicia en comparación con el sistema judicial tradicional.

A ello habría que añadir que el hecho de situar a los MAGA al servicio del poder judicial ha sido la tónica habitual de muchos países, donde los ADR/MASC han sido integrados en sus sistemas judiciales y jurídicos, más que por lo que son: —métodos extrajudiciales de solución de conflictos, alternativos al sistema judicial, que por sus especiales ventajas y características, funcionan mejor y son más aconsejables en determinados casos y conflictos—, a considerarlos como meros mecanismos «descongestionadores» del poder judicial y, por tanto, no en el mismo plano de igualdad que la justicia tradicional, con el correspondiente perjuicio para la institución de la justicia alternativa. Cuando, además, no hay razón de ser para realizar tal diferenciación ni separación. Descongestionar la Justicia, modernizando así el sistema judicial, es perfectamente compatible con la garantía del derecho fundamental de acceso a la justicia, a través de los ADR/MASC/MAGA y la democratización de todo el sistema judicial y el acceso a la justicia que entre todos, y con todos los medios que tenemos a nuestra disposición —judiciales y extrajudiciales, públicos y privados— debemos garantizar.

*Autora: Marta Gonzalo Quiroga
(Árbitra internacional. Mediadora.*

Profesora titular de DIPr. Universidad Rey Juan Carlos, Madrid)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ARGUDO PÉRIZ, José Luis (dir.), JÚLVEZ LEÓN, María Ángeles (coord.) y GONZÁLEZ CAMPO, Francisco (coord). *Mediación y tutela judicial efectiva, La justicia del siglo XXI*, Colección de Mediación y Resolución de Conflictos, Reus Editorial, Madrid, 2019; CABALLERO JUÁREZ, José Antonio. *El debido proceso. Una aproximación desde la jurisprudencia latinoamericana*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2014; CAPELLETTI,

Mauro y GARTH, Bryant. *El acceso a la justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. Trad. de Mónica Miranda. México: Fondo de Cultura Económica, 1996; D'AVOUT, Louis *et al.* (ed.). *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit. Les relations privées internationales*. París: LGDJ, Lextenso éditions, 2014; DUE PROCESS OF LAW (DPLF). INSTITUTO DE DEFENSA LEGAL (IDL). *Obstáculos para el acceso a la justicia en las Américas*, presentado por ante el Comité Jurídico Interamericano, 2009; DE LA OLIVA SANTOS, A. «Mediación y justicia: síntomas patológicos», *Otrosí*, n.º 8, octubre-diciembre 2011, Ilustre Colegio de Abogados de Madrid; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. «La tendance à la limitation de la compétence judiciaire à l'épreuve du droit d'accès à la justice». En D'AVOUT, Louis *et al.* (ed.). *Mélanges en l'honneur du Professeur Bernard Audit. Les relations privées internationales*. París: LGDJ, Lextenso éditions, 2014; GABUARDI, Carlos A. «Entre la jurisdicción, la competencia y el *forum non conveniens*». *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 2008, año XLI, n.º 121, p. 69-115; GARGARELLA, Roberto. «Too far Removed from the People». *Access to justice for the poor: the case of Latin America*, 2002; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *El derecho a la tutela jurisdiccional*. 3.^a ed. Madrid: Civitas Ediciones, 2001; GÓMEZ I. y CARDONA G. *La mediación es justicia*, 25/05/2018. Recuperado en: <https://www.diarioinformacion.com/opinion/2018/05/25/mediacion-justicia/2024658.html>; GONZALO QUIROGA, M. «Introducción a los MASC: Diagnóstico de la situación general», en AA. VV. *Métodos alternativos de resolución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2006; GONZALO QUIROGA, M. «La mediación de conflictos en familias LGBTI con trascendencia internacional: Análisis práctico de un caso real», en el Libro: *La solución alternativa de conflictos en los nuevos modelos de familia*, editorial Thomson Reuters, 2018, pp. 71-99; GONZALO QUIROGA, M. «Mediación, democratización y descongestión de la Justicia en el marco de la OEA», *Quaderni di conciliazione*, n.º 8, 2019, pp. 89-109; GONZALO QUIROGA, M. «Mayoría de edad de la mediación en Panamá: Actualización y propuestas de mejora». *Anuario de Mediación y Solución de Conflictos*, 2019; GONZALO QUIROGA, M. «Mediación es justicia», capítulo de libro, editorial Olejnik, 2020; GRIGERA NAÓN, Horacio A. y AFFAKI, Bachir Georges

(eds.). *Jurisdictional Choices in Times of Trouble, Dossiers of the ICC Institute of World Business Law*. Kluwer Law International, International Chamber of Commerce (ICC), 2015; LOIC CADIET (dir.) en AA. VV., *Médiation et arbitrage, Alternative Dispute Resolution ¿Alternative à la justice ou justice alternative? Perspectives comparatives*, Lexis Nexis, París, 2005; MADRID FERNÁNDEZ, S. *¿Mediación es justicia?*, <https://www.amediar.info/mediacion-es-justicia/>; MARTÍN DIZ, F. «La mediación: sistema complementario de administración de justicia», *CGPJ*, Madrid, 2010; MEJÍAS GÓMEZ, J. F. *La mediación como forma de tutela judicial efectiva*. El Derecho, Madrid, 2009; MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio y MARQUES, Claudia Lima (ed.). *Los servicios en el Derecho internacional privado. Jornadas de la ASADIP 2014. Porto Alegre, 30-31 de octubre, Porto Alegre*. ASADIP, UFRGS, 2014; MORALES FERNÁNDEZ, M.^a Gracia. *La mediación. Sistemas alternativos de resolución de conflictos. Sistemas complementarios al proceso. Un enfoque constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva*. Editorial Athenaica, 2.^a edición, Sevilla, 2017; OCHOA MUÑOZ, Javier L. «Algunas consideraciones sobre el acceso internacional a la justicia. Hacia un Derecho internacional privado al servicio de la justicia»; ORTUÑO MUÑOZ, P. *Justicia sin jueces —Métodos alternativos a la justicia tradicional—*, Ariel, Barcelona, 2018, 368 pp; REDFIELD, Stephanie. «Searching for Justice: the Use of Forum Necessitatis». *Georgetown Journal of International Law*. 2014, vol. 45, pp. 893-928; STANTON HILL, J. «Towards Global Convenience, Fairness, and Judicial Economy: An Argument in Support of Conditional Forum Non Convenience Dismissals Before Determining Jurisdiction in United States Federal District Courts». *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. 2008, vol. 41, n.º 4, pp. 1177-1210; TORRES OSORIO, Edilsa. *La mediación a la luz de la tutela judicial efectiva*, Colección Vítor, Ediciones Universidad Salamanca, España, 2013; Séptimo Dictamen, de 3 de julio de 2019, de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial sobre los principios éticos aplicables al proceso de mediación, el Dictamen aclarador (2019), texto íntegro recuperado en <https://mediacionesjusticia.files.wordpress.com/2019/10/20190919-sc3a9ptimo-dictamen-comisic3b3n-iberoamericana-de-c389tica-judicial.pdf>

VOCABLOS CONEXOS: Derecho fundamental. Competencia judicial internacional. Derechos Humanos. Foros. Arbitraje. Mediación. MASC/ADR/MAGA, Métodos Alternativos de Solución de Conflictos. Mediación internacional/Mediación transfronteriza.

ACCIDENTES DE CIRCULACIÓN POR CARRETERA

1. Accidentes de circulación por carretera

Los accidentes de circulación por carretera, como hechos de carácter fortuito, pueden afectar a diferentes sujetos: conductores de los vehículos, víctimas del accidente, aseguradores, etc. De las diversas cuestiones que pueden suscitar los accidentes de circulación por carretera desde la perspectiva del Derecho internacional privado, se hará referencia a la responsabilidad civil extracontractual y a la acción directa de la persona perjudicada contra el asegurador del responsable del accidente.

El artículo 1, apartado segundo, del Convenio sobre la Ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, hecho en La Haya el 4 de mayo de 1971, determina, a los efectos del mismo, que un accidente de circulación por carretera es «[...] todo accidente en que intervengan uno o más vehículos, automotores o no, y que esté ligado a la circulación por la vía pública, en un espacio abierto al público o en un espacio no público, pero abierto a un determinado número de personas con derecho de acceso al mismo».

2. La responsabilidad civil extracontractual: competencia judicial internacional

Para determinar los tribunales competentes para conocer de la responsabilidad extracontractual en un caso de accidente de circulación por carretera, en la Unión Europea habrá que acudir al Reglamento (CE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecu-

ción de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, dado que se trata de un litigio en materia civil (artículo 1.1, no excluido por su artículo 1.2); siempre que la demanda se interponga a partir del 10 de enero de 2015 (artículo 66.1) ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro de la Unión Europea; y siempre que el demandado se encuentre domiciliado en la Unión Europea o, en caso contrario, concorra uno de los foros que no requieren dicho domicilio.

Los foros del Reglamento que pueden resultar de aplicación son, atendiendo al siguiente orden: 1.º sumisión tácita (artículo 26); 2.º sumisión expresa (artículo 25); 3.º foro del domicilio del demandado (artículo 4) o, alternativamente, el foro especial del artículo 7.2 y el foro especial del artículo 7.3.

El foro de la sumisión tácita, el foro de la sumisión expresa y el foro del domicilio del demandado se rigen en este ámbito por las reglas generales del Reglamento. Los foros de los artículos 7.2 y 7.3, al tratarse de foros especiales, únicamente pueden ser activados en caso de que atribuyan competencia judicial internacional a órganos jurisdiccionales de Estados miembros distintos del Estado miembro del domicilio del demandado. En el caso del artículo 7.2, serán competentes los tribunales del concreto lugar «donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso», es decir, el lugar de producción del accidente de circulación por carretera. También cabe acudir, en caso de que el accidente «dé lugar a un proceso penal», al órgano jurisdiccional que conozca del proceso penal (siempre que la Ley de dicho tribunal permita que asuma la competencia para la acción civil).

Ha de tenerse presente que, si el demandado no se encuentra domiciliado en la Unión Europea, únicamente podrían operar el foro de la sumisión tácita (artículo 26) y el foro de la sumisión expresa (artículo 25). Por ello, hay casos en los que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros tendrán que determinar su competencia judicial internacional

con base en sus normas de producción interna de Derecho internacional privado.

3. La responsabilidad civil extracontractual: Ley aplicable

Para determinar la Ley aplicable, cabe tener presente que, en función del órganos jurisdiccionales que vayan a conocer del asunto, puede resultar de aplicación el Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II») o bien el ya mencionado Convenio sobre la Ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, hecho en La Haya el 4 de mayo de 1971. Ello se debe a que, conforme al artículo 28 del Reglamento Roma II, el Convenio de La Haya de 1971 continúa siendo de aplicación —y no el Reglamento— para determinar la Ley aplicable a la responsabilidad derivada de accidentes de circulación por carretera en los Estados que son parte del mismo (CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, DICKINSON, VON HEIN, DE MIGUEL ASENSIO).

Del complejo sistema que emplea el Convenio de La Haya de 1971 para determinar la Ley aplicable a la responsabilidad civil derivada del accidente, cabe destacar la regla general de su artículo 3, que determina que será aplicable la Ley interna del Estado en cuyo territorio ha ocurrido el accidente. No obstante, existen varias excepciones a dicha regla, para cuya activación resultan relevantes aspectos relativos a los vehículos y/o personas implicados en el accidente de circulación. Las excepciones pueden hacer aplicable, por ejemplo, la Ley interna del Estado de matriculación del vehículo (artículo 4), así como la Ley interna del Estado de estacionamiento habitual del vehículo (artículo 6).

En el caso de los Estados miembros que no son parte del Convenio de La Haya de 1971, la Ley aplicable se determinará en virtud del Reglamento Roma II, al tratarse de responsabilidad extracontractual (artículo 1) y no estar comprendida en las exclusiones que contempla tal precepto.

Tal como determinó el TJCE en un caso relativo a un accidente de circulación ocurrido en Francia: «un órgano jurisdiccional nacional está obligado a aplicar este Reglamento únicamente a los hechos, generadores del daño, que se produzcan a partir del 11 de enero de 2009» (STJUE de 17 noviembre 2011, asunto C-412/10, ECLI:EU:C:2011:747). Por ello, es preciso que el accidente de circulación se haya producido a partir del 11 de enero de 2009 (artículo 32). También ha de tenerse presente que, al tratarse de una norma *erga omnes*, resulta irrelevante que la Ley que designe aplicable el Reglamento sea o no sea la de un Estado miembro (artículo 3); siendo también irrelevantes circunstancias como el domicilio, la nacionalidad o la residencia habitual de las partes (CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ).

En virtud del Reglamento Roma II, la Ley aplicable a la responsabilidad civil extracontractual derivada de un accidente de circulación por carretera será, conforme al siguiente orden: 1.º La Ley elegida por las partes (artículo 14); 2.º la Ley del «país donde se produce el daño, independientemente del país donde se haya producido el hecho generador del daño y cualesquiera que sean el país o los países en que se producen las consecuencias indirectas del hecho en cuestión» (artículo 4.1); 3.º la Ley del país de residencia habitual común —en el momento de producción del daño— de la persona cuya responsabilidad se alega y de la persona perjudicada (artículo 4.2); 4.º la Ley del país con el que el hecho dañoso presente vínculos manifiestamente más estrechos (artículo 4.3).

Dadas las características de los accidentes de circulación por carretera, no será frecuente que se cumplan las condiciones para una válida elección de Ley aplicable del artículo 14 del Reglamento Roma II. Por ello, en gran parte de los casos, la Ley aplicable será la Ley del país en el que se ha producido el hecho generador del daño (artículo 4.1). Ha de entenderse que se trata del país en el que ha sido lesionado el bien o el interés jurídicamente protegido (DE MIGUEL ASENSIO). Así, el Considerando décimo séptimo del Reglamento Roma II establece que: «La legislación aplicable debe determinarse sobre la base del lugar en el que se

produzca el daño, independientemente del país o países en los que pudiera haber consecuencias indirectas. En consecuencia, en casos de lesiones personales o daño a la propiedad, el país en el que se produce el daño debe ser el país en el que se haya sufrido la lesión o se haya dañado la propiedad, respectivamente». Por ello, en virtud del artículo 4.1, será aplicable la Ley del país de producción del accidente de circulación. De hecho, en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (presentada por la Comisión) (Bruselas, 22 julio 2003), se indicaba que «[...] En un accidente de circulación, por ejemplo, el lugar del daño directo es el de la colisión, independientemente de los posibles perjuicios financieros o morales que se produzcan en otro país» (DICKINSON). Así, en caso de que una persona fallezca en el hospital de un país, tras haber sido atropellada en un país distinto; será aplicable la Ley del país en el que fue atropellada, conforme al artículo 4.1 del Reglamento Roma II (VON HEIN).

En lugar de la Ley del país en el que se ha producido el hecho generador del daño (artículo 4.1), puede resultar aplicable la Ley del país de residencia habitual común de la persona cuya responsabilidad se alega y de la persona perjudicada (artículo 4.2). Para ello, es preciso que dicha residencia habitual común existiera en el momento del accidente —en el momento de producción del daño—. Como el Reglamento Roma II hace referencia, en concreto, a la *persona perjudicada* y a la *persona cuya responsabilidad se alega*, es la residencia habitual de tales personas la que ha de ser común. Por ello, si son distintas la *persona cuya responsabilidad se alega* y el autor del daño, la residencia habitual relevante es la de la *persona cuya responsabilidad se alega* (CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ).

Por último, como se ha indicado, la solución del artículo 4.1 o del artículo 4.2 puede ser sustituida por La Ley del país con el que el hecho dañoso presente vínculos manifiestamente más estrechos (artículo 4.3).

4. *La acción directa del perjudicado contra el asegurador del responsable del accidente*

La persona perjudicada en un accidente de circulación puede plantearse ejercitar una acción directa contra el asegurador del responsable del accidente. Así, el Reglamento 1215/2012 contempla, en la Sección 3 del Capítulo II (Competencia en materia de seguros), que «Los artículos 10, 11 y 12 serán aplicables en los casos de acción directa entablada por la persona perjudicada contra el asegurador cuando la acción directa sea posible» (artículo 13.2). Así, el Reglamento 1215/2012 permite que el perjudicado disponga, a la hora de demandar al asegurador del responsable, de los mismos foros que el tomador, asegurado y beneficiario del contrato de seguro.

El perjudicado puede demandar al asegurador del responsable en virtud de diferentes foros (entre otros, *vid.* COX/MERRETT/SMITH, FUENTES CAMACHO, GARAU SOBRINO, GARRIGA SUAU, HEISS). Entre ellos, además del foro del Estado miembro del domicilio del asegurado demandado (artículo 11.1.a) y del foro del lugar en que se hubiere producido el hecho dañoso —accidente— (artículo 12); cabe destacar que el perjudicado puede demandar ante los tribunales del lugar de su propio domicilio al asegurador del responsable del accidente (artículo 11.1.b). Así, en la STJCE de 13 diciembre 2007, asunto C-463/06, ECLI:EU:C:2007:792, se determinó que «[...] el perjudicado domiciliado en un Estado miembro puede entablar ante el tribunal del lugar de su domicilio una acción directa contra el asegurador, siempre que la acción directa sea posible y el asegurador esté domiciliado en un Estado miembro». A lo anterior cabe añadir que, en caso de subrogación en los derechos del perjudicado, los subrogados que tienen la condición de parte débil o «más débil» que el asegurador, también pueden activar el foro del lugar de su domicilio (p. ej. los herederos de la víctima de un accidente o los empleadores que se subrogan en los derechos de sus empleados); mientras que no resulta posible ampararse en el mencionado foro en caso de un organismo de la Seguridad Social (STJCE de 17

septiembre 2009, asunto C-347/08, ECLI:EU:C:2009:561; STJUE de 20 julio 2017, asunto C-340/16, ECLI:EU:C:2017:576).

Cabe matizar que los foros anteriormente indicados ceden ante un posible foro de sumisión tácita (artículo 26), debiendo tenerse presente que el artículo 26.2, que establece que «[...] el órgano jurisdiccional se asegurará, antes de asumir la competencia [...], de que se ha informado al demandado de su derecho a impugnar la competencia del órgano jurisdiccional y de las consecuencias de comparecer o no»; únicamente entra en escena si el perjudicado es el demandado, no si el perjudicado interpone la demanda contra el asegurador del responsable del accidente.

También cabe apuntar, ahora con respecto a una posible sumisión expresa, que el perjudicado no resulta vinculado por los acuerdos de sumisión expresa que hayan sido suscritos por el tomador y asegurador, tal como indicó el Tribunal de Justicia (STJUE de 13 julio 2017, asunto C-368/16, ECLI:EU:C:2017:546).

Como hemos indicado, el artículo 13.2 del Reglamento 1215/2012 contiene el inciso «[...] cuando la acción directa sea posible» (artículo 13.2). El Convenio de La Haya de 1971 se refiere en su artículo 9 a la Ley aplicable para determinar si el perjudicado puede ejercitar la acción directa; mientras que, conforme al Reglamento Roma II, la acción directa será posible si la admite la Ley que rige la responsabilidad extracontractual o la Ley aplicable al contrato de seguro (artículo 18). No obstante, cabe apuntar que, en el ámbito de la Unión Europea, la Directiva 2009/103/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, relativa al seguro de la responsabilidad civil que resulta de la circulación de vehículos automóviles, así como al control de la obligación de asegurar esta responsabilidad, ya establece que «Los Estados miembros garantizarán que las partes perjudicadas en un accidente causado por un vehículo cubierto por el seguro indicado en el artículo 3 tengan derecho a interponer una acción directa contra la empresa de

seguros que cubre a la persona responsable en lo que respecta a la responsabilidad civil».

Por ello, en lo que respecta a los accidentes de circulación por carretera, las leyes de los Estados miembros tienen que permitir el ejercicio de la acción directa del perjudicado contra el asegurador del responsable del accidente (ESPINIELLA MENÉNDEZ, PAPETAS).

Autora: Celia M. Caamiña Domínguez
(Profesora titular de Derecho Internacional Privado,
Universidad Carlos III de Madrid)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado. El Reglamento «Roma II»*. Granada, Comares, 2008; COX, Raymond, MERRETT, Louise y SMITH, Marcus. *Private International Law of Reinsurance and Insurance*, 2.^a ed., Londres, Informa, 2015; DICKINSON, Andrew, *The Rome II Regulation. The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Oxford, Oxford University Press, 2008; DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto. «El régimen comunitario relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales», *Revista Española de Seguros*, n.º 140, 2009, pp. 695-725; ESPINIELLA MENÉNDEZ, Ángel. *Las reclamaciones derivadas de accidentes de circulación por carretera transfronterizos*, Madrid, Fundación Mapfre - Instituto de Ciencias del Seguro, 2012; FUENTES CAMACHO, Víctor. «Los problemas de jurisdicción y ley en los accidentes de circulación transfronterizos», *RC. Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, año 46, n.º 2, febrero 2010, pp. 6-21; GARAU SOBRINO, Federico Francisco. «El TJCE nuevo legislador comunitario (o cómo crear por vía de hecho un nuevo foro para las víctimas de los accidentes de circulación)», *AEDIPR*, tomo VII, 2007, pp. 643-659; GARRIGA SUAU, Georgina, «El concepto de “persona perjudicada más débil” para activar el *forum actoris* en el ejercicio de la acción directa contra la aseguradora de responsabilidad civil. Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de enero de 2018, Asunto C-106/17, Hofsoe», *La Ley Unión Europea*, n.º

59, 31 mayo 2018; HEISS, Helmut. «Section 3: Jurisdiction in matters relating to insurance», en *Brussels Ibis Regulation* (editado por Ulrich MAGNUS/Peter MANKOWSKI), Köln, Otto Schmidt, 2016, pp. 407-437; PAPETAS, Jenny. *Elección de la ley aplicable para accidentes de tráfico transfronterizos. Roma II, el Convenio de La Haya y la Directiva relativa al seguro de vehículos automóviles*, Parlamento Europeo - Unión Europea, 2012, en <http://www.europarl.europa.eu/studies>; VON HEIN, Jan. «Article 4 and Traffic Accidents», en *The Rome II Regulation on the Law Applicable to Non-Contractual Obligations. A New International Litigation Regime* (editado por John AHERN/William BINCHY), Leiden-Boston, 2009, pp. 153-173.

VOCABLOS CONEXOS: Daños. Obligaciones extracontractuales. Parte débil en contratos especiales (protección de). Seguros (en el DI-Priv).

ACTIVIDAD NOTARIAL Y DERECHO COMPARADO

Definir la actividad notarial exige, como paso imprescindible e inescindible, definir la figura notarial y su resultado, ya que el documento hace al notario.

Así, en el Derecho comparado existen, básicamente, dos grandes tipologías de notarios, cuales son el *notariado latino-germánico* y el *notariado anglosajón*.

1. *El llamado notariado latino germánico*

El llamado *notariado latino germánico*, cuyo origen se remonta a la Escuela de Bolonia, se caracteriza por generar un tipo de documento notarial, de efectos muy definidos, que ha sido descrito por la Unión Internacional del Notariado Latino en los siguientes términos:

los documentos notariales, que pueden tener por objeto la formalización de actos y negocios de todo tipo, son los autorizados por el Notario. Su autenticidad comprende autoría, firmas, fecha y contenido. Son conservados por el Notario y clasificados por orden cronológico. En la redacción de los documentos notariales, el Notario, que debe actuar en todo momento conforme a Ley, interpreta la voluntad de las partes y adecúa las mismas a las exigencias legales, da fe de la identidad y califica la capacidad y legitimación de los otorgantes en relación con el acto o negocio jurídico concreto que pretenden realizar. Controla la legalidad y debe asegurarse de que la voluntad de las partes, que se expresa en su presencia, haya sido libremente declarada. Todo ello se entiende con independencia del soporte en el que conste el documento notarial.

Y como consecuencia de esta labor notarial, se genera un documento de unos efectos muy peculiares, o, en términos de la propia Unión «los documentos notariales gozan de una doble presunción de legalidad y de exactitud de su contenido y no pueden ser contradichos más que por vía judicial. Están revestidos de fuerzas probatoria y ejecutiva».

De lo expuesto se desprende que la actividad notarial, en este primer grupo del notariado latino germánico, se caracteriza por la generación de un documento público de tal carácter que impregna y es el resultado de su propia función, a la que imprime, por tanto, su propia naturaleza.

De esta forma, son características del Notariado de este grupo:

1.º *Es un profesional del Derecho que ejerce su función en el ámbito privado extrajudicial.* Algunas legislaciones (como la española) le han atribuido, por sus características y prestigio, funciones propias de la jurisdicción voluntaria, con el fin de descongestionar a los juzgados. Como profesional del Derecho ejerce la dación de fe pública (que es una función pública), lo que le imprime un doble carácter de profesional del Derecho (sujeto, en muchos países, a rigurosos requisitos de acceso) y a la vez funcionario público (así artículo 1 del Reglamento Notarial español). Su campo propio es el ámbito del Derecho privado, tanto civil como mercantil.

2.º *En tanto profesional del Derecho, sus honorarios no son a cargo del erario público sino que se retribuyen por los particulares que requieran sus servicios (arancel notarial) y bajo un régimen de libre competencia*, ya que es esencial el derecho a la libre elección de notario, de tal forma que los notarios deben abstenerse en el caso de que esa libertad de elección no haya sido respetada. Por tanto, será necesario una previa rogación del sujeto interesado (artículo 3 del Reglamento Notarial español), no pudiendo actuar de oficio, y habiéndose respetado la libertad de elección (que, en el caso de consumidores, corresponde a estos últimos (artículo 126 del Reglamento Notarial español).

3.º *Se sitúa dentro del ámbito de la seguridad jurídica*, y más concretamente de la definida como seguridad jurídica preventiva, también conocida como jurisprudencia cautelar. No solo como función que define las relaciones jurídicas y las dota de certidumbre, dentro de la ley, sino por los efectos atribuidos al documento público, que, en caso de litigio, despliegan toda su esencia.

4.º *La autonomía o independencia en el ejercicio de la función*: en efecto, sin perjuicio del sometimiento a la Ley, y su dependencia administrativa del órgano competente (en España la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, del Ministerio de Justicia), el notario goza de plena autonomía e independencia en el ejercicio de su función, sujeto a responsabilidad personal. No obstante, el notario, cuando el requerimiento se ajuste a la Ley, no puede denegar su función sin justa causa (artículo 3 del Reglamento Notarial español).

5.º *La competencia territorial*: la competencia notarial se define no solo por su vertiente material (los contratos y demás actos extrajudiciales en las relaciones de Derecho privado que traten de establecerse o declararse sin contienda judicial, extendido a la jurisdicción voluntaria en muchas legislaciones de notariado latino) sino también por el territorial, ya que, en general, la función notarial se limita territorialmente. Ello implica que, con independencia del objeto y sujetos del acto, que no viene limitado,

la función pública solo se puede desempeñar en un determinado ámbito territorial (en España, por ejemplo, denominado distrito notarial), de suerte que, fuera del mismo, el notario carece de fe pública, y debe abstenerse de autorizar. En conclusión, y gráficamente, podría decirse que el notario no tiene limitación por lo que firma, sino por dónde firma físicamente. Muchos documentos se sujetan, además a estricta competencia territorial (por ejemplo, las actas de declaración de herederos abintestato cuando el causante ha fallecido sin testamento).

6.º *Los efectos del documento público notarial:* en la definición adoptada por la Unión Internacional del notariado latino se indica que la autenticidad del documento público notarial comprende la autoría, firmas, fecha y contenido, y que en su redacción, el notario debe actuar conforme a Ley, interpretando la voluntad de las partes y adecuándolas a las exigencias legales, dando fe de la identidad y calificando la capacidad y legitimación de los otorgantes, controlando la legalidad y asegurándose de que la voluntad de las partes, expresada en presencia del notario, ha sido libremente declarada.

En el mismo sentido, el artículo 1 del Reglamento Notarial español, dispone que:

Los notarios son a la vez funcionarios públicos y profesionales del Derecho, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado. Como funcionarios ejercen la fe pública notarial, que tiene y ampara un doble contenido:

- a) En la esfera de los hechos, la exactitud de los que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos.
- b) Y en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes.

Como profesionales del Derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquellos se proponen alcanzar.

Y el artículo 17 bis de la Ley del Notariado añade que:

En todo caso, la autorización o intervención notarial del documento público electrónico ha de estar sujeta a las mismas garantías y requisitos que la de todo documento público notarial y producirá los mismos efectos. En consecuencia:

a) Con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el documento público notarial, el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes.

b) Los documentos públicos autorizados por Notario en soporte electrónico, al igual que los autorizados sobre papel, gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en esta u otras leyes.

De dichas normas se extrae que la dación de fe pública notarial abarca (exigiendo presencia física, si bien existen proyectos legislativos de autorización de documentos públicos sin dicha presencia, a través de aplicaciones que permitan transmisión de la imagen y sonido) tanto la *identidad de los otorgantes*, como su *capacidad* (el denominado juicio de capacidad, tanto la jurídica como la de obrar, analizando las facultades intelectivas y volitivas del sujeto en el momento de firmar, y las posibles limitaciones y prohibiciones legales), *legitimación* (el juicio de legitimación, distinto al de capacidad, que supone verificar que la persona puede obrar en el concepto en que lo hace, extensible a la representación voluntaria y a la legal) y que *el consentimiento ha sido libremente prestado* (descartando vicios del consentimiento). Todas estas actuaciones vienen reforzadas por la exigencia de unidad de acto notarial en el otorgamiento, que exige

la presencia física simultánea de todos los otorgantes comparecientes (salvo que se prevea ratificaciones posteriores por alguno de ellos) y que la intervención, lectura, otorgamiento y autorización del documento se verifique sin interrupciones, en continuidad temporal.

Igualmente, y como rasgo esencial del notariado latino, el notario, entrando a valorar el contenido, realizará el *control de legalidad*. En efecto, cuando las partes expresan al notario su voluntad, este la plasma (salvo en los documentos redactados según minuta presentada) aconsejando los medios legales más idóneos, y, en todo caso, aún en los sujetos a minuta, valorando el contenido y su ajuste a la ley material. De modo que, en caso de vulnerar alguna norma imperativa, el notario debe denegar su función. La autorización notarial de documento, por tanto, supone una declaración notarial de la legalidad del documento.

Y como consecuencia de todos estos aspectos objeto de la dación de fe y del control notarial, el documento público notarial supone una *autenticidad que se despliega en tres presunciones: de veracidad, de integridad y de legalidad*.

Siguiendo la doctrina fijada por la Dirección General de Registros y del Notariado (actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) la *presunción de veracidad* implica que el documento se corresponde con la realidad extra documental, y así que los otorgantes son los identificados en el mismo, que son capaces, que el negocio es el documentado y todos sus elementos se corresponden con los documentados); la *presunción de integridad* supone que no carece de ninguno de sus elementos, de forma que refleja toda la realidad) y la *presunción de legalidad*, que de hecho engloba las dos anteriores, supone una conformidad material con el ordenamiento jurídico aplicable.

Todas estas presunciones desembocan en *el carácter privilegiado del documento público-notarial*. Así, no solo tiene *eficacia ejecutiva en un proceso judicial* (artículo 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española) sino que, a *efectos probatorios*, tiene el carácter de «prueba plena del hecho, acto o estado

de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella» (artículo 319 del mismo texto legal). Efectos a los que hay que añadir la *eficacia probatoria extrajudicial* (en el caso de calificaciones registrales, no puede entrar a discutir el Registro competente las declaraciones del Notario sobre los hechos), el *carácter de título inscribible en los Registros públicos* y el carácter de *título traditorio* (a través de la tradición instrumental del artículo 1462 del Código Civil español). Efectos, todos ellos, que han llevado a admitir, en diversos reglamentos comunitarios, la libre circulación de documentos públicos en el seno de la Unión Europea. Ver el vocablo «espacio notarial europeo».

7.º *La pluralidad de formas públicas*: corresponde a la legislación nacional determinar las clases de documentos públicos. Así, en España, el artículo 17 de la Ley del Notariado dispone que:

El Notario redactará escrituras matrices, intervendrá pólizas, extenderá y autorizará actas, expedirá copias, testimonios, legitimaciones y legalizaciones y formará protocolos y Libros-Registros de operaciones. Las escrituras públicas tienen como contenido propio las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas clases. Es escritura matriz la original que el Notario ha de redactar sobre el contrato o acto sometido a su autorización, firmada por los otorgantes, por los testigos instrumentales, o de conocimiento en su caso, y firmada y signada por el mismo Notario...Las pólizas intervenidas tienen como contenido exclusivo los actos y contratos de carácter mercantil y financiero que sean propios del tráfico habitual y ordinario de al menos uno de sus otorgantes, quedando excluidos de su ámbito los demás actos y negocios jurídicos, especialmente los inmobiliarios. El Notario conservará en su Libro-Registro o en su protocolo ordinario el original de la póliza, en los términos que reglamentariamente se disponga [...] Las actas notariales tienen como contenido la constatación de hechos o la percepción que de los mismos tenga el Notario, siempre que por su índole no puedan calificarse de actos y contratos, así como sus juicios o calificaciones.

Y el artículo 144 del Reglamento Notarial español añade:

Conforme al artículo 17 de la Ley del Notariado son instrumentos públicos las escrituras públicas, las pólizas intervenidas, las actas, y, en general, todo documento que autorice el notario, bien sea original, en certificado, copia o testimonio. Las escrituras públicas tienen como contenido propio las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas clases. Las pólizas intervenidas tienen como contenido exclusivo los actos y contratos de carácter mercantil y financiero que sean propios del tráfico habitual y ordinario de al menos uno de sus otorgantes, quedando excluidos de su ámbito los demás actos y negocios jurídicos, y en cualquier caso todos los que tengan objeto inmobiliario; todo ello sin perjuicio, desde luego, de aquellos casos en que la Ley establezca esta forma documental. Las actas notariales tienen como contenido la constatación de hechos o la percepción que de los mismos tenga el notario, siempre que por su índole no puedan calificarse de actos y contratos, así como sus juicios o calificaciones. Los testimonios, certificaciones, legalizaciones y demás documentos notariales que no reciban la denominación de escrituras públicas pólizas intervenidas o actas, tienen como delimitación, en orden al contenido, la que este Reglamento les asigna.

De ellos, el documento notarial español por excelencia es la *escritura pública*, que documenta las declaraciones de voluntad negociales, a diferencia de las *actas*, que recogen meros hechos, y sujetas a diferentes requisitos formales (artículo 198 del Reglamento Notarial español), y que pueden ser de varios tipos (de depósito, de liquidación de saldo, de presencia, de manifestaciones, de notoriedad o de protocolización).

A destacar, como última clase de documentos públicos, las *pólizas*, en las que el Notario se limita a intervenir, que no autorizar, las mismas, que vienen predispuestas por las entidades de crédito, sujetas a una regulación especial (artículo 197 del Reglamento Notarial español) pero conservando los caracteres del documento público.

Finalmente, si bien los incluye el artículo 144 citado del Reglamento Notarial español entre los documentos públicos, cabe mencionar a los *testimonios*, que suponen un tipo de documento notarial que circula en original (no se custodia en un protocolo sino que se conserva copia en un Registro al efecto) y que se caracterizan por la limitación de sus efectos. En este grupo los testimonios por exhibición (las llamadas vulgarmente fotocopias compulsadas notarialmente), los testimonios de vigencia de leyes o de legitimación de firmas.

8.º *La custodia del original del documento público en el denominado Protocolo notarial.* Los protocolos notariales son propiedad del Estado (artículo 36 de la Ley del Notariado española) y no pueden ser extraídos del edificio en el que se custodian (artículo 32 de la Ley del Notariado). Comprende los instrumentos públicos autorizados desde el día 1 de enero al 31 de diciembre de cada año, en tomos encuadernados, y se custodian perpetuamente, por el notario titular, y a partir de cierta antigüedad, por los colegios notariales. De ellos se expedirán las copias solicitadas por los interesados, sujeto a *secreto de protocolo*, ya que únicamente pueden tener acceso a copia los otorgantes y quienes acrediten un interés legítimo, sin perjuicio de las remisiones a las autoridades fiscales y judiciales en los supuestos legales.

9.º Finalmente destacar que en el marco del Convenio de Viena de Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963 y del Convenio Europeo sobre Funciones Consulares de París de 11 de diciembre de 1967, *los cónsules pueden ejercer funciones notariales* (así se prevé, para los españoles, en el anexo III del Reglamento Notarial).

En definitiva, todos estos caracteres que hemos analizado son los que definen la actividad notarial de los países que forman parte del notariado de raíz latino-germánica, que se ha materializado en la Unión de la que forman parte más de ochenta países.

2. *El notariado de raíz Anglosajona o de common law*

Frente al sistema anterior, el otro más extendido geográficamente, y de cariz radicalmente distinto, es el *notariado de raíz anglosajona* o de *common law*, que es una consecuencia de un sistema en el que se desconoce la institución durante siglos y se considera contraria a un sistema, como el del *judicial review*, que impone una absoluta libertad en la apreciación judicial de la prueba.

Ello implica que los llamados *public notaries* se limitan a legitimar la firma en un documento predispuerto, concordando firma y sujeto, pero sin extender su intervención a los demás aspectos que implica el notariado latino germánico (juicio de capacidad, legitimación y control de legalidad) que determinan, en este último sistema, los potentes efectos del documento público notarial.

La consecuencia de la diversidad entre los dos sistemas es la dificultad de circulación de los documentos notariales entre ellos (del anglosajón al Latino por la diversidad de efectos y del latino al anglosajón por el desconocimiento propio de dichas funciones en los documentos notariales). Así, en España, se ha consagrado jurisprudencial y legislativamente (así en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia Civil 29/2015) el principio de equivalencia de las formas, que lleva a rechazar los efectos en España de documentos notariales que carezcan de los efectos propios de los documentos públicos españoles.

Autor: Ramón García-Torrent Carballo
(*Notario de Barcelona y profesor asociado de Derecho Internacional Privado,*
Universidad Internacional de Catalunya)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BORRELL, Joaquín (coord.). *Derecho notarial*, Tirant lo Blanch, 2011; FERNÁNDEZ-GOLFÍN, Antonio y FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, Ana. *Código Notarial*, Editorial Aranzadi, 2020; GOMÁ SALCEDO, José Enrique. *Derecho notarial*, Edito-

rial Bosch, 2011; RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio. *Principios notariales*, Visor, 2014; SERRANO DE NICOLÁS, Ángel. *Código Notarial*, Editorial Bosch, 2020; TAMAYO CLARES, Manuel. *Temas de Derecho notarial*, Consejo General del Notariado, 2012.

ACTUACIONES COMPLEMENTARIAS DEL LAUDO ARBITRAL

Las actuaciones arbitrales concluyen una vez dictado el laudo definitivo y los árbitros cesan en su función, como regla general, a salvo lo relativo a su notificación, a las actuaciones de corrección, aclaración, complemento y rectificación de la extralimitación parcial del laudo, y a su protocolización (artículo 38.1 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje española, [LA]).

Las actuaciones complementarias en un sentido amplio incluyen su notificación (artículo 37.7 LA), la posible protocolización del laudo (artículo 37.8 LA), así como las actuaciones de corrección, aclaración, complemento y rectificación de la extralimitación parcial del laudo (artículo 39 LA); mientras que en un sentido estricto engloba únicamente estas cuatro últimas que son las que se desarrollarán a continuación.

La LA de 2003 opta por una regulación unitaria del arbitraje interno y del arbitraje internacional. Así, se decanta porque los mismos preceptos se apliquen por igual al arbitraje interno e internacional, siguiendo la Ley el sistema monista, frente al sistema dualista en el que el arbitraje internacional es regulado totalmente o, en gran medida, por preceptos distintos que el arbitraje interno. El propio legislador español señala que aunque en nuestro ordenamiento se siga la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 (LM), concebida para el arbitraje comercial internacional, su inspiración y sus soluciones son perfectamente válidas, en la inmensa mayoría de los casos, para el arbitraje interno (*vid.*, exposición de motivos LA, Apartado II, párrafo 5). Como se verá más adelante, en las actuaciones complementarias del

laudo en sentido estricto para el arbitraje internacional, las modificaciones se limitan únicamente a los plazos en algún caso concreto.

La corrección, aclaración y complemento del laudo son actuaciones complementarias, comunes a los procesos judiciales, no así, la rectificación de la extralimitación parcial del laudo, que se encuentran reguladas en el artículo 39 LA, como ya se ha avanzado.

La aclaración del laudo se ha reconocido tradicionalmente en nuestro Derecho histórico (Partidas, 3, 18, 106), y su corrección se incorporó a la legislación arbitral en virtud de la LA de 1988 (artículo 36). La LA añadió a estas actuaciones la del complemento del laudo y, por último, la reforma de la LA de 2011 ha incorporado la posibilidad de rectificar la extralimitación parcial del laudo.

La corrección podrá tener por objeto cualquier error de cálculo, de copia, tipográfico o de naturaleza similar; la aclaración versará sobre la interpretación de algún punto oscuro o parte concreta del laudo; el complemento, respecto de peticiones formuladas durante el procedimiento y que no hubiesen sido resueltas por los árbitros; y la rectificación de la extralimitación parcial del laudo, cuando se haya resuelto sobre cuestiones no sometidas a la decisión de los árbitros o sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.

El haber incorporado el complemento de los laudos parece singularmente acertado; y ello, fundamentalmente, porque no es posible impugnar un laudo por no haber resuelto los árbitros algún punto sometido. Puede verse, por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional 43/1988, de 16 de marzo, que anuló la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 16 de marzo de 1987, que había integrado el correspondiente laudo con su pronunciamiento sobre el punto omitido. Al incluir la reforma de la LA de 2011 la rectificación de la extralimitación parcial del laudo pretende que, cuando la causa de anulación se encuentre en la extralimitación parcial del laudo, se articule un «incidente» (de

remedio específico habla el Preámbulo de la reforma de la LA de 2011) que corrija, en su caso, el mencionado exceso y evite la acción de anulación. Esta reforma debe ser bienvenida, ya que puede constituir una solución más rápida y eficiente que acudir directamente a la vía judicial. La cuestión problemática está en determinar, en ocasiones, lo que se puede considerar una extralimitación «parcial», que debe ser valorada por los árbitros.

La corrección, aclaración, complemento y rectificación de la extralimitación del laudo podrán solicitarse por las partes dentro de los diez días (naturales, *ex* artículo 5.b) *in fine* LA) siguientes a la notificación del laudo, a no ser que hubieran acordado otro plazo, configurándose la cuestión del plazo como una de las facultades de las partes en relación con estas actuaciones. Cualquiera que sea la petición solicitada, habrá de ser notificada a la otra parte, para su conocimiento.

Los árbitros, antes de resolver las peticiones formuladas por las partes, deberán dar audiencia a las demás. Por ello, cuando el arbitraje sea interno, parecen ser insuficientes los plazos dispuestos: diez días (naturales) para la corrección y aclaración; veinte días (naturales también) para el complemento del laudo y la extralimitación del laudo. La LA no se refiere a la posibilidad de que los árbitros puedan prorrogar el plazo concedido, dando la impresión —el legislador español— de que ha omitido conscientemente esta facultad.

Nada establece expresamente la LA sobre la posibilidad de que los árbitros no resuelvan en los plazos antedichos; y, sin embargo, el artículo 41.4 *in fine* LA, relativo al cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de anulación, dispone que «la acción de anulación del laudo habrá de ejercitarse dentro de los dos meses siguientes a su notificación o, en caso de que se haya solicitado corrección, aclaración o complemento del laudo (también extralimitación —que no se recoge expresamente, posiblemente, por olvido del legislador—), desde la notificación de la resolución sobre esta solicitud o desde la expiración del plazo para adop-

tarla». Habida cuenta de lo anterior, parece que deba concluirse que si los árbitros no resolvieran sobre la solicitud en el tiempo concedido, se entenderá que deniegan la petición (arg. artículo 36.2 LA de 1988).

También los árbitros, por propia iniciativa, pueden proceder a la corrección de errores de cálculo, de copia, tipográficos, o de naturaleza similar, debiendo quedar claro que los árbitros, de oficio, no podrán realizar las otras actuaciones mencionadas (aclaración, complemento y rectificación de la extralimitación parcial). En este caso, como nada dispone la LA, no parece necesario que, con carácter previo a la decisión, se dé audiencia a las partes. El plazo para resolver será el de diez días (naturales) desde la fecha del laudo. En cambio, el artículo 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial española (LOPJ) sí permite la aclaración y el complemento de oficio de las resoluciones procesales (en el mismo sentido, también, los artículos 214 y 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española [LEC]).

Las resoluciones sobre corrección, aclaración, complemento y rectificación de la extralimitación del laudo deberán reunir los requisitos de forma, contenido y notificación relativos al laudo, a que se refiere el artículo 37 LA (*ex* artículo 39.4 LA).

En consecuencia, dichas resoluciones deberán constar por escrito y ser firmadas por los árbitros, quienes podrán dejar constancia de su voto a favor o en contra. Cuando haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del colegio arbitral o solo la de su presidente, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas. Se entenderá que las resoluciones constan por escrito cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo (artículo 37.3 LA).

Las resoluciones deberán ser motivadas, a menos que se trate de una resolución pronunciada en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 36 (artículo 37.4 LA). Además, deberán constar en ellas

la fecha en que han sido dictadas y el lugar del arbitraje, determinado de conformidad con el artículo 26.1 LA. Las resoluciones se considerarán dictadas en ese lugar (artículo 37.5 LA). Con sujeción a lo acordado por las partes, los árbitros se pronunciarán en la resolución sobre las costas de dicha actuación, conforme a lo previsto en el artículo 37.6 LA *mutatis mutandi*.

Los árbitros notificarán la resolución a las partes en la forma y en el plazo que estas hayan acordado o, en su defecto, mediante entrega a cada una de ellas de un ejemplar firmado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37.3 LA, dentro de los correspondientes plazos establecidos en el artículo 39.2 y 3 LA, para el arbitraje interno, y 39.5 LA, para el arbitraje internacional (artículo 37.7 LA). Las resoluciones podrán ser protocolizadas notarialmente. Cualquiera de las partes, a su costa, podrá instar de los árbitros, antes de la notificación, que sean protocolizadas (artículo 37.8 LA).

La LA prevé una lógica ampliación de los plazos, tanto para solicitar como para resolver la corrección, aclaración, complemento o rectificación de la extralimitación del laudo, cuando el arbitraje sea internacional. Es, como ya se ha señalado, la única variante entre el arbitraje interno e internacional en la cuestión analizada. Concretamente, dispone que los plazos de diez y veinte días, sean plazos de uno y dos meses, respectivamente. La referida ampliación se justifica en la Exposición de Motivos de la LA, aunque solo en cuanto a la resolución, en razón a que en los arbitrajes internacionales «bien puede suceder que las dificultades de deliberación de los árbitros en un mismo lugar sean mayores».

La LM con las enmiendas aprobadas en 2006, se refiere a la corrección e interpretación del laudo y al laudo adicional para complementar las peticiones formuladas, pero omitidas en el laudo, en el artículo 33. En cambio, no está prevista la rectificación de la extralimitación parcial del laudo. Así, se dispone que dentro de los treinta días siguientes a la recepción del laudo, salvo que las partes hayan acordado otro plazo, cual-

quiera de las partes podrá, con notificación a la otra, pedir del tribunal arbitral que corrija en el laudo cualquier error de cálculo, de copia o tipográfico o cualquier otro error de naturaleza similar. Asimismo, si así lo acuerdan las partes, cualquiera de ellas podrá, con notificación a la otra, pedir al tribunal arbitral que dé una interpretación sobre un punto o una parte concreta del laudo. Si el tribunal arbitral estima justificado el requerimiento, efectuará la corrección o dará la interpretación dentro de los treinta días siguientes a la recepción de la solicitud, formando la interpretación parte del laudo.

De oficio, el tribunal arbitral podrá corregir cualquier error de cálculo, de copia o tipográfico o cualquier error de naturaleza similar, dentro de los treinta días siguientes a la fecha del laudo.

Salvo acuerdo en contrario de las partes, dentro de los treinta días siguientes a la recepción del laudo, cualquiera de las partes, con notificación a la otra parte, podrá pedir al tribunal arbitral que dicte un laudo adicional respecto de reclamaciones formuladas en las actuaciones arbitrales, pero omitidas del laudo. Si el tribunal estima justificado el requerimiento, dictará un laudo adicional dentro de sesenta días.

Se prevé que el tribunal podrá prorrogar, de ser necesario, el plazo en el cual efectuará una corrección, dará una interpretación o dictará un laudo adicional. Finalmente, a las correcciones o interpretaciones del laudo o a los laudos adicionales, es de aplicación lo previsto en el artículo 31 LM sobre forma y contenido del laudo.

Autor: Rafael Hinojosa Segovia

(Profesor titular de Derecho Procesal, Universidad Complutense de Madrid)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CUCARELLA GALIANA, Luis-Andrés. *El procedimiento arbitral (Ley n.º 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje)*. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2004, pp. 186 y 187; FORTÚN COSTEA, Alberto. «Del pronunciamiento del laudo y de

la terminación de las actuaciones». *Comentarios a la Ley de Arbitraje, Ley n.º 60/2003, de 23 de diciembre*; HINOJOSA SEGOVIA, Rafael (coord.). *Difusión jurídica y temas de actualidad*, Madrid, 2008, 2.ª ed., pp. 224-229. HIERRO HERNÁNDEZ-MORA, Antonio e HINOJOSA SEGOVIA, Rafael «Del pronunciamiento del laudo y de la terminación de las actuaciones». *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje. Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre. Actualizados conforme a las modificaciones introducidas por la Ley n.º 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley n.º 60/2003*, GONZÁLEZ SORIA, Julio (coord.). Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2011, 2.ª ed., pp. 539-543; HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. «Arbitraje comercial internacional en España: marco legal y jurisprudencial». *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica. Marco legal y jurisprudencial*, HIERRO HERNÁNDEZ-MORA, Antonio y CONEJERO ROO, Cristian (dirs.). La Ley, Grupo Wölters Kluwer y Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, Madrid, 2012, 2.ª ed., pp. 444 y 445; HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. «Corrección, aclaración, complemento y rectificación de la extralimitación parcial del laudo». *El laudo arbitral*, RUIZ RISUEÑO, Francisco y FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos (coords.). Tirant lo Blanch y CIMA (Corte Civil y Mercantil de Arbitraje). Valencia, 2021, pp. 387-405; HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. «De la anulación y revisión del laudo (artículos 40-43)». *Comentario a la Ley de Arbitraje*, DE MARTÍN MUÑOZ, Alberto y HIERRO ANIBARRO, Santiago (coords.). Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006, pp. 544-545; HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales. (Estudio jurisprudencial)*. Edersa, Madrid, 1991, pp. 335-337; HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. «La notificación y las actuaciones complementarias del laudo». *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. x, 2017, n.º 1, pp. 169-178; HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. «La notificación y las actuaciones complementarias del laudo». *El arbitraje y la buena administración de justicia. Libro conmemorativo del 30 Aniversario de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA)*, RUIZ RISUEÑO, Francisco y FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos (coords.). CIMA (Corte Civil y Mercantil de Arbitraje) y Tirant lo Blanch. Valencia, 2019, pp. 454-463; VERDERA TUELS, Evelio, FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, BENEYTO PÉREZ, José María y STAMPA CASAS, Gonzalo. *Jurisprudencia Española de Arbitraje. 60 años de aplicación del arbitraje*

en España. RODRÍGUEZ ROBLERO, Inmaculada (coord.). CEU, Instituto Universitario de Estudios Europeos, Universidad San Pablo, Ciamen, Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación y Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 602-607.

VOCABLOS CONEXOS: Laudo arbitral. Procedimiento arbitral.

ACUERDO DE PROTECCIÓN Y PROMOCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES

Un acuerdo de protección y promoción recíproca de inversiones («APPRI», también denominado TBI —Tratado Bilateral de Inversiones— o BIT —Bilateral Investment Treaty—, por sus siglas en inglés) es un tratado bilateral de naturaleza recíproca que contiene medidas y cláusulas destinadas a proteger, en el plano del Derecho internacional, las inversiones realizadas por los inversores de cada Estado Parte en el territorio del otro Estado Parte. El objetivo principal de este tipo de tratados es proporcionar un ambiente estable y favorable a la inversión que permita reducir los factores de incertidumbre política y jurídica que a veces afectan al desarrollo de proyectos de inversión en el extranjero, favoreciendo así la inversión extranjera directa.

Desde el primer APPRI suscrito entre Alemania y Pakistán en 1959, se han firmado más de 2,500 tratados similares, más de 2,000 de los cuales se firmaron a partir de 1990. De acuerdo con la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD por sus siglas en inglés) y, en particular, con su Programa de Trabajo sobre Acuerdos Internacionales de Inversión, en octubre de 2019 existían 3,285 APPRI (de los cuales 2,651 se encuentran actualmente en vigor). Además, existen otros 390 tratados (319 en vigor) que contienen provisiones relativas a inversiones (TIP, por sus siglas en inglés). Sin embargo, esta cifra no ha sido siempre tan elevada y el contenido de los mismos ha ido variando (especialmente en los APPRI más modernos).

Los APPRI pueden clasificarse principalmente en dos generaciones. Una primera generación que abarca los tratados suscritos en la década de los 90 y anteriormente y una segunda generación que surge desde mediados de la década de 2000 en adelante. Como veremos a continuación, la primera generación de APPRI se caracteriza por contener fuertes garantías y protección de las inversiones extranjeras y el sometimiento vinculante a arbitraje de disputas inversor-Estado. Con el exponencial incremento de casos contra los Estados que habían suscrito esos tratados, se produjo la necesidad de recalibrar el sistema, surgiendo así la segunda generación de APPRI encaminados a conseguir un mejor equilibrio entre la protección de los inversores extranjeros y la soberanía de los Estados contratantes y manteniendo el sometimiento a arbitraje.

Originalmente, los APPRI de primera generación eran relativamente breves (con un total de unos 12-14 artículos) y se dividían en tres partes. Primero, una parte con definiciones (como, por ejemplo, de los términos «inversor» o «inversión»). Segundo, una sección referida a los estándares de protección. Y, tercero, una parte que abarca la resolución de disputas.

En lo que concierne al Derecho internacional privado, en estos convenios se aprecian dos aspectos interesantes y muy propios de esta disciplina: la jurisdicción competente y el ordenamiento aplicable. En efecto, estos tratados prevén, por un lado, cláusulas que establecen mecanismos para la solución de disputas; y, por otro lado, establecen el ordenamiento aplicable por los árbitros en una eventual diferencia (tratados, legislación estatal, principios) y también estándares que han de ser aplicados por los árbitros.

Los estándares de protección típicamente incluidos en los APPRI son los siguientes: (i) regulación de la admisión y establecimiento de las inversiones (libertad de realizar una inversión); (ii) garantía de trato justo y equitativo (FET, por sus siglas en inglés); (iii) garantía de seguridad y protección plena; (iv) garantía contra un trato arbitrario o discriminatorio; (v) garantía de trato nacional y cláusula de nación más favorecida

(MFN, por sus siglas en inglés); (vi) compensación en caso de expropiación, (vii) garantías relativas a la libre transferencia de fondos.

La parte relativa a la resolución de disputas suele contener dos cláusulas separadas; una relativa a disputas entre un Estado contratante e inversores del otro Estado contratante (a través del sometimiento a arbitraje), y otra respecto a disputas entre los dos Estados contratantes. La mayoría de los APPRI contienen el consentimiento previo de los Estados contratantes a someter futuras disputas con inversores del otro Estado parte a arbitraje.

Los denominados APPRI de segunda generación tienden a ser mucho más extensos y, si bien siguen manteniendo una estructura y estándares de protección similares, su contenido ha evolucionado. A este respecto, la UNCTAD ha identificado cinco características comunes de los APPRI que surgen a partir de mediados de 2000: (i) contienen una mayor precisión en el alcance de la definición de «inversión»; (ii) aclaran el significado de las obligaciones principales; (iii) aclaran que la protección de las inversiones no debe perseguirse a costa de otros objetivos de política pública; (iv) promocionan una mayor transparencia entre las partes contratantes y en el proceso de elaboración de normas nacionales; y (v) contienen innovaciones en relación con los procedimientos de resolución de controversias.

Así, pues, como consecuencia de las críticas al sistema establecido por la primera generación de APPRI, existe en la actualidad una tendencia a recalibrar la protección de los distintos intereses en juego, creando un mayor equilibrio entre los derechos y obligaciones de los Estados contratantes y los inversores.

*Autora: Ana Morales Ramos
(Asociada sénior de De Braw Blackstone Westbroek)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: VANDEVELDE, K. J. «A Brief History of International Investment Agreements», 12 *U.C.-Davis Journal of International Law & Policy* 157 (2005), pp. 158-161; DOLZER, R. y SCHREUER, C. *Principles of International Investment Law*, Oxford, 2012; BEECHEY, J. y CROCKETT, A. «New Generation of Bilateral Investment Treaties: Consensus or Divergence?», en *Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers* (2008), pp. 2-25; UNCTAD, *Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking* (UNCTAD/ITE/IIA/2007/3), septiembre 2007 (disponible en https://unctad.org/system/files/official-document/iteia20073_en.pdf); UNCTAD, *Investment Policy Monitor* n.º 22 (UNCTAD/DIAE/PCB/INF/2019/8), diciembre 2019 (disponible en https://unctad.org/system/files/official-document/diaepcbinf2019d8_en.pdf)

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje de inversiones.

ADOPCIÓN

La adopción es una institución jurídica que en la práctica presenta dos variantes: nacional e internacional, siendo idénticos sus objetivos, naturaleza jurídica y efectos legales una vez constituidas una u otra. Las diferencias son, por tanto, de circunstancias: la adopción es nacional cuando todos sus elementos (nacionalidad y residencia de adoptando y adoptantes) se concentran en un único Estado, el mismo donde se realiza el proceso; la adopción es internacional cuando sus elementos radican en diferentes países, poniéndose en contacto por efecto del procedimiento de adopción.

1. *Evolución histórica de la adopción*

La adopción es una figura largamente conocida en el mundo jurídico, que hunde sus raíces en la Antigüedad, cuando para perpetuar el linaje y

el culto religioso, quienes carecían de descendencia prohijaban a personas con las que no tenían vínculos de sangre. La adopción modificaba la condición social del adoptado, al tiempo que corregía una carencia de la naturaleza en el adoptante —la falta de descendencia—, siguiendo el principio de la célebre fórmula que recogería siglos más tarde las *Institutiones* de Justiniano: *Adoptio enim naturam imitatur* (*Inst.* 1. 1.^a, tit. IX, IV). La evolución histórica de la figura de la adopción explica la concepción que actualmente posee en el ordenamiento jurídico español. Su desarrollo a lo largo del tiempo explica el drástico cambio de su naturaleza jurídica y objetivos: de un negocio privado destinado a dotar de un hijo a quien no podía tenerlos, a una institución pública dirigida a proteger los intereses del adoptado.

La adopción nace como un mecanismo para proveer de hijos a quien carecía de ellos. Su origen más remoto se sitúa en la Antigüedad, y procuraba al adoptante un descendiente que realizaría los ritos fúnebres en su honor, cuidaría de sus dioses familiares para que lo amparasen en el más allá, y garantizaría el mantenimiento del culto familiar y el sustento de la familia, no siendo su objetivo la protección de los huérfanos. Aunque existe cierta discrepancia sobre el origen exacto de la adopción, uno de sus primeros antecedentes se encuentra en el Código de Hammurabi, que regulaba con notable concreción los requisitos y efectos de esta figura.

El Derecho romano sistematizó la institución en dos formas (*adrogatio* y *adoptio*), ambas con finalidad esencialmente sucesoria y de perpetuación del culto religioso, que diferían en la situación del adoptado: la *adrogatio* era la adopción de alguien no sometido a ninguna clase de potestad, y la *adoptio* se realizaba sobre quien sí lo estaba. Sus efectos eran similares: el adoptado y adrogado quedaban bajo la patria potestad del adoptante, se desvinculaban de su familia biológica, no podían ser nuevamente adoptados o adrogados si se emancipaban, adquirían derechos sucesorios —la «cuarta ateniense», consistente en la cuarta parte del caudal hereditario—, y establecían relación de parentesco con el adoptante, pero no

con su esposa ni el resto de la familia. El fin de la adopción no era procurar beneficio o protección al adoptado, sino proporcionar un sucesor al *paterfamilias* romano, que adquiriría la potestad de administrar el patrimonio del adoptado. No era una institución tuitiva, sino un mecanismo para dotar a quienes carecían de herederos de personas que en virtud de su pertenencia a un estamento social garantizaran la continuación del linaje.

En la Europa medieval la adopción cae en desuso, existiendo *de facto* situaciones de acogimiento de menores desamparados, pero sin regulación jurídica específica. La normativa apenas iba más allá de recoger en los textos legales la costumbre de permitir a las personas acudir a hospicios y orfanatos a extraer de ellos a niños, con el simple compromiso de mantenerlos y darles educación y oficio.

La adopción vuelve al Código napoleónico con la misma finalidad que tenía en el Derecho romano: procurar un heredero que garantice la sucesión. Prohibida a quien tuviera hijos legítimos, se codifica como un simple contrato celebrado entre el adoptante y el representante del menor, que tenía efectos limitados (en Francia la adopción plena no se reconoce hasta 1939). Esta concepción de la adopción como un contrato finalista de efectos limitados tuvo una gran impronta en las legislaciones de origen romano-germánico, manifestándose en las normativas europeas de esta área de influencia.

En la Edad Contemporánea, la adopción en la Europa continental sigue siendo una vía para proporcionar hijos —y herederos— a quienes no los tenían biológicamente, siendo el interés —o la necesidad— del adoptante el principal objetivo a satisfacer. Pero esta concepción cambia en el siglo XX, «el siglo de los niños», cuando la adopción comienza a modificar su planteamiento y traslada su centro de gravedad a la persona del adoptado, sus necesidades e intereses. Este cambio de objetivo revolucionó la normativa sobre adopción, pues la protección de un menor requiere unos mecanismos legislativos mucho más complejos que los

anteriores, destinados a regular algo que no dejaba de constituir un contrato privado.

Surge entonces plenamente la adopción internacional, sobre todo como consecuencia de los conflictos bélicos acaecidos en diversos países, que dejaron gran cantidad de niños huérfanos que serían adoptados por parejas de países que no estaban en guerra. Esta nueva concepción se extiende en el Derecho comparado a partir de las guerras mundiales, que despertaron una ola de solidaridad con los menores huérfanos por su causa. La adopción internacional se consolida tras los conflictos de Corea y Vietnam, para proporcionar una familia a los miles de niños que habían perdido la suya y fueron ubicados en hogares de Europa Occidental y de Estados Unidos. Comienza a surgir la adopción internacional hoy vigente: una medida de protección aplicada principalmente a menores de edad en situación de desvalimiento, cuyo efecto legal es integrarlos en la familia adoptiva y desvincularlos de la biológica, si la tuvieron.

2. La adopción en el Derecho comparado

Las tendencias modernas sobre la adopción han penetrado de forma desigual en los distintos ordenamientos estatales, que oscilan entre la plena aceptación y la prohibición taxativa. Atendiendo a su actitud ante la figura de la adopción, cabe clasificar los ordenamientos jurídicos en tres grandes grupos: aceptación, limitación y prohibición.

2.1. Aceptación

Son los Estados que, claramente partidarios de la adopción internacional, la regulan bajo el principio jurídico del interés superior del menor, y con sumisión a controles públicos dirigidos a garantizar, por encima de todo, la protección del adoptado. Además de dicho principio, sus legislaciones consagran la igualdad de las filiaciones adoptiva y biológica, la subsidiariedad de la adopción, la intervención en el proceso de la auto-

ridad pública, y la transparencia y control de los procedimientos de adopción.

2.2. *Limitación*

Se trata de países que, admitiendo la adopción, establecen restricciones de cierta entidad, pues no la admiten en todo caso y le otorgan unos efectos más limitados. En concreto, se aprecian dos grandes limitaciones: la admisión de adopciones nacionales únicamente, y la concesión de efectos restringidos a la filiación adoptiva. No existe equiparación entre la filiación biológica y adoptiva, atribuyendo a la segunda menores prerrogativas y efectos legales más restringidos, y manteniéndose el vínculo entre el adoptando y su familia de origen. Ciertos países europeos mantienen la distinción entre adopción simple y adopción plena, suprimida en España en 1987.

2.3. *Prohibición*

El Derecho islámico no permite la adopción, pues el Corán afirma que «Dios no ha dotado a ningún hombre de dos corazones en un cuerpo», e insta a llamar a los hijos «por el nombre de sus verdaderos padres», al considerarlo más equitativo ante Dios (surat 33, aleyas 4-5). Esta postura se vincula al hecho de que los Estados islámicos imponen la profesión de la religión musulmana, y la prohibición de abrazar cualquier otra creencia. Esto conlleva la prohibición de la adopción, por el riesgo del abandono de la religión que puede implicar cuando los padres adoptivos no profesen ni fomenten en el adoptado dicha creencia. Por tanto, los ordenamientos islámicos no incluyen la adopción entre los sistemas de protección y tutela de sus menores, proscribiendo además cualquier medida incompatible con el Derecho islámico. Pero estos países sí prevén otros sistemas de protección y asistencia para los menores que se encuentren en situación de peligro o abandono. Entre ellos, el ingreso en centros de guarda e instituciones especiales, o la constitución de la *kafala*, una suerte de acogimiento familiar, que otorga al acogedor las responsa-

bilidades de educar, proteger y cuidar al menor, sin producir efectos de filiación entre ellos y perviviendo los vínculos de este con su familia de origen.

3. Régimen jurídico de la adopción internacional

En España el régimen jurídico de la adopción internacional deriva de la conjunción de tres regímenes normativos —internacional, estatal y autonómico— que configuran un sistema enormemente complejo.

3.1. Normativa internacional

Como marco general hay que citar la Resolución del Parlamento Europeo, de 19 de enero de 2011, sobre la adopción internacional en la Unión Europea. Subraya el problema de los niños abandonados, y declara que debe darse prioridad al acogimiento familiar de los niños como medida alternativa a la adopción. Pero si esta resulta opción más adecuada, el Parlamento aboga por primar la adopción en el país de origen del menor, y si no fuera posible, la adopción en otro Estado comunitario, relegando al último puesto la adopción en terceros países. La Resolución manifiesta también que el internamiento en instituciones debe constituir en todo caso una medida utilizada *in extremis* y con carácter temporal, como subsidiaria de todas las anteriores.

Desde esta perspectiva general opera también la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, adoptada y abierta a la firma el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea General de Naciones Unidas (Resolución 44/25). Es un texto vinculante para los Estados parte, entre los que se incluye España desde el 2 de septiembre de 1990. La Convención incluye en su concepto de «niño» a «todo ser humano menor de dieciocho años de edad» (artículo 1), reconociendo su artículo 20 su derecho a gozar de la «protección y asistencia especiales del Estado». Este precepto vincula el derecho de los menores a obtener pro-

tección a la obligación de los poderes públicos de arbitrar los mecanismos necesarios para que esta sea real y efectiva.

El Texto consagra el cambio de orientación iniciado a mediados del siglo XX, cuando la adopción se convierte en una medida de protección del menor, y la configura como un mecanismo tuitivo que permite a los niños abandonados beneficiarse de una familia con carácter permanente (artículos 20 y 21). No otorga directrices específicas, dado su carácter de norma general, pero sí establece algunos de los objetivos de la adopción, subrayando que ha de prestarse «particular atención a la conveniencia de que haya continuidad en la educación del niño y a su origen étnico, religioso, cultural y lingüístico» (artículo 20.3). La Convención vincula así el derecho de los menores a gozar de una protección efectiva con otros derechos que se ven afectados por esta institución: a la educación, a la propia identidad, a la cultura, a la libertad religiosa, etc. La adopción internacional se concibe como mecanismo subsidiario de protección, a falta de otras medidas tuitivas ejecutables en el territorio nacional. Los Estados que rechazan la adopción internacional han efectuado la preceptiva reserva a este precepto, impidiendo su aplicación y reconocimiento en sus respectivos territorios.

Una de las consecuencias de la Convención de los Derechos del Niño fue la elaboración del Convenio de La Haya sobre adopción, de 29 de mayo de 1993. La adopción deja de ser una institución meramente civil para convertirse en una figura inspirada en los derechos humanos, donde los Estados parte tienen gran responsabilidad en la protección de los derechos de todas las personas que intervienen en los procesos de adopción. El Convenio se edifica sobre el mecanismo de la cooperación entre autoridades, considerado el sistema más adecuado tanto para alcanzar sus metas como para propiciar un alto número de adhesiones. Establece los tres objetivos básicos de la regulación de estos procesos (artículo 1): garantizar que las adopciones internacionales se realicen en consideración al interés superior del niño y al respeto de los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho internacional; instaurar un

sistema de cooperación entre los Estados contratantes para asegurar el respeto a dichas garantías, y prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños; y asegurar el reconocimiento los Estados contratantes de las adopciones realizadas de acuerdo con el Convenio, garantizando así su plena eficacia. Otro aspecto a resaltar es la apertura a la participación de los «organismos acreditados» (artículo 9) en los procesos de adopción. Son agencias privadas que, legalmente acreditadas y autorizadas, participan en los procesos de adopción desarrollando algunas funciones cedidas por las administraciones públicas.

El Convenio es imperativamente aplicable cuando los dos Estados afectados por la adopción —los de origen del adoptante y del adoptado— son parte del mismo. Las adopciones celebradas sin la observancia de sus previsiones no tendrán validez en España en tanto no se cumplan todos los requisitos establecidos por el Convenio, lo que a veces implica retrotraer el procedimiento a fases muy iniciales. El Convenio no unifica los regímenes jurídicos de adopción de sus Estados miembros, sino que establece un procedimiento de tramitación de las adopciones internacionales, dirigido a agilizar el proceso y garantizar su transparencia y control. Se trata de un mecanismo de control administrativo establecido en un marco de integración. Otorga una gran relevancia al papel de las autoridades centrales, que en cada Estado se encargan realizar los trámites preceptivos, impulsar el procedimiento y ofrecer la información que sobre el mismo requiera la Autoridad Central del otro Estado.

Junto a este texto, España es parte también en el Convenio Europeo en materia de adopción de menores, de 27 de noviembre de 2008, que responde a un doble objetivo: actualizar el anterior Convenio Europeo en esta materia, aprobado el 24 de abril de 1967, para armonizar la legislación de los Estados miembros en aquellos casos en que la adopción supone el traslado del niño de un país a otro; y completar el sistema de control y garantías en la adopción instaurado por el Convenio de La Haya de 1993. Pero a diferencia de este, el Convenio Europeo opta por la unificación material, fijando normas que han de incluir todos los or-

denamientos de los países firmantes, en aspectos de la adopción como los consentimientos necesarios y los efectos de su constitución.

Cerrando el elenco de normas supraestatales se encuentra los acuerdos y protocolos bilaterales firmados por España en materia de adopción, concretamente con Rumanía, Perú, Colombia, Ecuador, Bolivia, Filipinas y Vietnam. Su firma responde a una política iniciada por el Ministerio de Asuntos Sociales en 1992, y se celebraron con los entonces principales países de procedencia de los menores adoptados en nuestro país. Su objetivo principal fue el establecimiento de los mecanismos de coordinación necesarios con los organismos competentes de los respectivos países, a fin de impulsar el desarrollo de la fase administrativa del procedimiento y garantizar la corrección y transparencia del mismo, poniendo especial énfasis en la prevención de la sustracción, tráfico, trata y venta de menores de edad. *Stricto sensu*, la naturaleza jurídica de la mayoría de estos textos no es la de un auténtico acuerdo o tratado internacional. Son acuerdos de naturaleza administrativa entre órganos de las administraciones respectivas, que se limitan a fijar el procedimiento a seguir para la adopción de menores, residentes o nacionales según el caso, con respecto a sus países de origen.

3.2. *Normativa estatal*

En el caso de la adopción nacional, la legislación española trata principalmente de garantizar la regularidad formal del procedimiento. En el marco de la adopción internacional, a este objetivo añade además el de prevenir las prácticas de tráfico internacional de menores, tratando de establecer todas las cautelas posibles para su erradicación en el marco de las adopciones transnacionales.

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 enero, de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), consagra los principios básicos que han de inspirar la actuación de los poderes públicos en materia de protección de la infancia, y constituye la primera norma del ordenamiento español que

abordó específicamente la adopción internacional. Para asegurar la adecuación de las adopciones a los intereses del menor, introdujo la exigencia de la idoneidad de los adoptantes, requisito que de hecho se tenía ya en cuenta en el expediente administrativo, pero que se transformó en pieza clave de control y garantía de las adopciones por parte de la entidad pública autonómica que debe expedirlo. De esta forma, se daba cumplimiento a las obligaciones asumidas por España al ratificar la Convención de Naciones Unidas de Derechos del Niño y el Convenio de La Haya sobre adopción. También por efecto de la firma del Convenio de La Haya, la LOPJM introdujo en el sistema jurídico español el concepto de entidad colaboradora de adopción internacional, regulando los requisitos necesarios para su acreditación, las funciones a desarrollar en el proceso de adopción y el control que sobre ellas debe ejercer la Administración Pública.

Por su parte, la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional constituye la primera sistematización jurídica de la normativa española en la materia. Hasta entonces, la adopción había sido abordada de forma fragmentaria y dispersa, y esta norma le otorga una regulación íntegra y sistemática. Concibe la adopción internacional como una medida de protección de los menores que carecen de la posibilidad de encontrar una familia en sus países de origen. Su objetivo primordial es la tutela del interés superior del niño y el absoluto respeto a sus derechos, con especial énfasis en la prevención de la sustracción, tráfico o venta de niños.

Define la adopción internacional como «aquella en la que un menor considerado adoptable por la autoridad extranjera competente y con residencia habitual en el extranjero, es o va a ser desplazado a España por adoptantes con residencia habitual en España, bien después de su adopción en el Estado de origen, bien con la finalidad de constituir tal adopción en España» (artículo 1.2). Esta definición se sustenta en dos ejes fundamentales: el establecimiento de un vínculo jurídico de filiación y la presencia de un elemento extranjero en dicha relación.

Quedan fuera de su ámbito de aplicación tanto las adopciones nacionales como aquellas figuras afines a la adopción desde el punto de vista de su finalidad tuitiva del menor, pero que no establecen el vínculo jurídico de la filiación. La Ley 54/2007 contiene un sistema regulatorio completo de Derecho internacional privado, recogiendo la normativa en materia de competencia judicial, ley aplicable y reconocimiento de decisiones extranjeras.

En desarrollo de esta Ley se aprueba el Real Decreto 165/2019, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Adopción Internacional. Su finalidad es abordar los aspectos legales que requerían un desarrollo reglamentario para el correcto ejercicio de las nuevas competencias conferidas a la Administración General del Estado. En concreto, dichos aspectos son (artículo 1): a) la iniciación y suspensión o paralización de la tramitación de adopciones internacionales; b) el establecimiento del número máximo de expedientes de adopción internacional que se remitirá anualmente a cada país de origen y su distribución entre las entidades públicas y los organismos acreditados; c) el procedimiento para la acreditación de los organismos de intermediación en adopción internacional, así como la eficacia de la acreditación concedida, y la retirada de la misma; d) el modelo básico de contrato entre los organismos acreditados para la intermediación en adopción internacional y las personas que se ofrecen para la adopción; e) el seguimiento y control de las actividades de los organismos acreditados; y f) la creación y regulación del Registro Nacional de Organismos Acreditados de Adopción internacional y de Reclamaciones e Incidencias.

El ordenamiento español también regula algunos aspectos de la adopción en el Código Civil, siendo la normativa actual el resultado de una larga evolución que arranca en 1889, con su inclusión en este cuerpo legal, donde ha experimentado notables variaciones. Sus sucesivas reformas han ido siempre dirigidas a adaptar la institución a las concepciones económicas, éticas y sociales de cada momento. La adopción

ha superado así su función histórica de reforzamiento de la unidad económica familiar, y constituye hoy una institución sometida prioritariamente al principio de protección del interés superior menor. Su principal efecto es crear el vínculo de la filiación entre adoptante y adoptado, y su procedimiento presenta un alto grado de intervención pública, como garantía de dicha protección.

La regulación específica contenida en el Código Civil aborda los requisitos de los adoptantes y restricciones respecto a los adoptandos (artículo 175), establece la obligatoriedad de declarar la adopción mediante resolución judicial y los requisitos administrativos del procedimiento de adopción (artículo 176), determina los consentimientos y asentimientos necesarios para la validez de la adopción (artículo 177), y regula las consecuencias jurídicas de su constitución (artículo 178-180).

3.3. *Normativa autonómica*

La competencia de las Comunidades Autónomas en materia de adopción (artículo 148.1.20.^a CE) se limita a las cuestiones de Derecho público relativas al bienestar social y a la protección, en general, de la infancia. En este marco, las Comunidades han elaborado sus propias normas sobre el procedimiento de adopción y el régimen jurídico de los organismos acreditados para la adopción internacional.

La legislación autonómica en materia de adopción puede ser clasificada en tres grandes categorías. La primera, configurada por la normativa general sobre protección de menores de que se han dotado todas las comunidades autónomas en desarrollo de las competencias asumidas en esta materia por sus respectivos estatutos de autonomía. La segunda integra la legislación que en cada Comunidad reglamenta específicamente los procesos de adopción que en ella se desarrollen, que pese a seguir directrices comunes presentan notorias diferencias en aspectos concretos del procedimiento. La tercera viene formada por la normativa *ad hoc*

referida a las entidades colaboradoras de adopción internacional, reglamentando cada Comunidad los requisitos para su constitución y el posterior desarrollo de sus funciones, al tiempo que se establecen los mecanismos públicos preceptivos de seguimiento y control de dicha actuación. Todo ello configura un panorama legislativo complejo y heterogéneo, que pese a regular una misma materia con notables diferencias, siendo esta desigualdad uno de los aspectos más criticables del régimen jurídico español en materia de adopción.

*Autora: Pilar Juárez Pérez
(Profesora de Derecho Internacional Privado,
Universidad Carlos III de Madrid)*

ADR/MASC/MAGA (TIPOS: NEGOCIACIÓN, TRANSACCIÓN, MEDIACIÓN, CONCILIACIÓN, MINIJUICIO (*MINI-TRIAL*, *EXECUTIVE HEARING*), EVALUACIÓN NEUTRAL O PERICIAL, *FACT FINDING*, ARBITRAJE, HÍBRIDOS (*MULTI-TIERED* O *MULTI-STEP*, O *ESKALATIONSKLAUSELN* O *MDR-CLAUSES*) Y DERECHO COLABORATIVO)

1. Tipos de ADRS/MASC/MAGA

Dentro de los MASC, la negociación, el arbitraje y la mediación son los más utilizados. Otros, como los *Mini-Trial*, *Dispute Review Boards*, la evaluación neutral, el *Fact Finding*, *Summary Jury Trial* (STJ), *Early Neutral Evaluation* (ENE), etc. son solo empleados en sectores comerciales específicos. Los dos MAGA que, en la actualidad, se han consolidado como los más utilizados en el marco internacional, y en los casos de DIPr que nos ocupa en el presente diccionario, son el arbitraje y la mediación. El arbitraje lo ha hecho, con especial relevancia, en el ámbito de la gestión de los conflictos mercantiles y comerciales, en los mercados internacionales y en los conflictos interestatales. La mediación es parti-

cularmente utilizada para gestionar conflictos mercantiles y civiles y, dentro de estos últimos, los familiares.

Ahora bien, tal y como expresábamos en el anterior vocablo con carácter general —*vid.* Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC/ADR/MAGA)— una vez señaladas, las principales ventajas del arbitraje y la mediación, en general como MASC, en relación con el poder judicial, conviene diferenciar, en segundo lugar, las principales características del arbitraje y de la mediación por separado, como principales ADR, ya que escoger uno de los MASC significa hacerlo en detrimento de los demás que no resultan elegidos. No obstante, en la práctica estos suelen presentarse de modo alternativo. Por ejemplo, comenzar por una negociación, siguiendo por una conciliación o una mediación y acabar en la vía arbitral. En este aspecto, lo importante es conocerlos todos, saber cuáles son sus características y qué ventajas aportan sobre el resto, así como las desventajas e inconvenientes. En definitiva, qué atractivos ofrecen cada uno de ellos para que prevalezca su elección sobre los demás. De ahí, que nos detengamos, a continuación, a nombrar —a modo de definición breve de cada término para este diccionario— las características esenciales de los distintos MAGA/MASC/ADR.

2. *Negociación*

La Negociación es la esencia del acuerdo. La piedra angular del contrato. Es la clave que cimienta la paz. Y ello ocurre, tanto a nivel privado e interno, como internacional. Mediante la negociación, las partes o sus representantes (abogados), gestionan, de forma pacífica, la posible solución a los temas que les atañen o la disputa en curso. Para ello, exponen sus intereses e intercambian información.

La negociación es un juego en que las partes, haciendo uso de sus fortalezas y debilidades, logran gestionar sus diferencias y construir un acuerdo, un equilibrio, en el que ellas mismas, dentro de sus características y circunstancias, logran un beneficio mutuo. Se trata de un *win-win*

(ganar/ganar) porque si las partes en la negociación «se sienten» —re-calcamos el término subjetivo— desequilibradas, la negociación se rompería y se abriría el camino judicial o, lo que es peor, el violento o la escalada del conflicto.

Se aprende a negociar. Y, para ello hay distintas escuelas de negociación: integrativa, colaborativa, distributiva, competitiva, colectiva, japonesa, europea, árabe, americana, internacional, etc. De todas ellas, la más famosa es la escuela de Harvard, basada en una negociación amigable o colaborativa dirigida a lograr acuerdos. De ahí que, el resultado de una negociación sea el acuerdo, el contrato y, en definitiva, la paz.

3. *Transacción*

Según el artículo 1.809 del CC español que, presumiblemente será muy similar en los Códigos de la mayoría de los países del *roman law*. «La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado». La transacción no trasmite derechos u obligaciones sino que declara o reconoce esos derechos u obligaciones sobre los que recae el objeto de la transacción. Como consecuencia de una transacción se pueden extinguir obligaciones bien, como señala el artículo 1.156 del Código Civil español, por el pago, la condonación, la compensación, etc. o pueden nacer otras como la obligación de comprar, de permutar, de pignorar, de avalar, de renunciar, etc.

¿Sobre qué objetos no puede haber transacción? El Código Civil establece claramente en los artículos 1.811 y siguientes las limitaciones. Por ejemplo: el tutor no puede transigir sobre los derechos de la persona que tiene en guarda; Se puede transigir sobre la acción civil proveniente de un delito; pero no por eso se extinguirá la acción pública para la imposición de la pena legal; no se puede transigir sobre el estado civil de las personas ni sobre las cuestiones matrimoniales, ni sobre alimentos futu-

ros. La resolución de una transacción es la obtención de un auto de homologación del acuerdo transaccional.

4. *Mediación*

La mediación es un proceso de solución de conflictos, eficaz, económico, confidencial y no obligatorio, controlado por las partes. En una mediación, no se puede imponer una decisión a las partes. A diferencia del conciliador, que puede proponer soluciones al conflicto, el mediador no puede. Actúa como facilitador de la comunicación, del entendimiento de las partes. De procurar que estas se comuniquen y puedan llegar a acuerdos. Un buen mediador es el que logra hacerse invisible al final del procedimiento. Llega a desaparecer sin que las partes lo noten mientras ellas siguen hablando entre sí. Consigue levantarse, al final del procedimiento, y lograr que las partes sigan dialogando sin que se den cuenta de la ausencia del mediador. Ahí es cuando el mediador ha logrado el éxito de su gestión. De ahí que la mediación sea el arte del encuentro. La resolución de la mediación es la firma por las partes de un acuerdo o acta de mediación (*vid.* vocablos: arbitraje y mediación).

5. *Conciliación*

Es otro de los métodos de solución de conflictos de carácter autocompositivo con intervención de un tercero. A diferencia de la mediación, el conciliador puede proponer la solución a las partes. Otra distinción es que la conciliación es eminentemente procesal. Siempre ocurre dentro de un proceso, con carácter general, previa al proceso judicial. Se invita a las partes a que acudan al acto de conciliación con la intención de evitar un juicio o un arbitraje posterior. El conciliador, además, no precisa de una formación específica mientras que el mediador sí. Se exige una determinada capacitación y profesionalización que varía según los diferentes sistemas.

Si bien en algunos ordenamientos los conceptos mediación y conciliación son análogos, el papel del conciliador suele ser más intervencionista o evaluativo que el del mediador. Al tener un tiempo muy limitado para actuar, la intervención del conciliador (juez, secretario judicial o letrado) no suele ser muy profunda. Las partes no están vinculadas a lo que pueda plantear el tercero sobre lo que «es mejor para ellos». La resolución de la conciliación es la firma por las partes de un acuerdo, o, en la conciliación voluntaria en el proceso civil, lo convenido por las partes en el acta de conciliación es un título ejecutivo.

6. *Minijudio (Mini-Trial)*

El minijudio (*Mini-Trial*) o audiencia ejecutiva (*Executive Hearing*) es un ADR mediante el cual las partes acuerdan presentar sus casos frente a un panel de ejecutivos imparciales con vasta trayectoria en el campo específico del que estemos tratando (por ejemplo, en el mercado de seguros/reaseguros, de conflictos mercantiles, marítimos, familiares, etc.) Normalmente, el panel está integrado por dos ejecutivos y un *umpire*. El panel llegará a una conclusión acerca de cómo debe resolverse la situación respecto de, por ejemplo, el rechazo/aceptación de un siniestro. Su gran ventaja es su informalidad y flexibilidad. Las partes del conflicto mantienen plena libertad para regular el grado de especialización/sofisticación del panel en la medida de la relación costo/beneficio de utilizar este medio.

7. *Evaluación neutral o pericial*

Es una forma típica de resolución extrajudicial de conflictos en determinados ámbitos en las que peritos especialistas y experimentados en el tema resuelven el caso. Por ejemplo, en el ámbito de los seguros también existe la posibilidad de que las partes acuerden designar un perito con suficiente experiencia en la materia objeto del conflicto y ambas se comprometen a ajustarse a la decisión pericial. No es, sin embargo, usualmente empleado en el ámbito asegurador iberoamericano y tampoco eu-

ropeo, en general, aunque sí en otras latitudes tales como EE. UU., Reino Unido y Australia, donde el *common law* lo ha receptado como válido para la resolución de conflictos especialmente en el ámbito de los seguros.

8. *Fact Finding*

El *fact finder* o *finder od fact* es literalmente «el que fija los hechos» y esta persona en nuestro Derecho es habitualmente el juez (o el árbitro). El tercero que decide los hechos probados en un conflicto (estos son los hechos, lo que ha pasado: la mercancía llegó el día x al puerto, en estas condiciones y bajo estas circunstancias, etc., y todos lo aceptan) Igual que el juez determina el Derecho aplicable también lo hace fijando los hechos. No tiene nada que ver con el peritaje. Es una figura empleada en EE. UU. pero poco conocida en nuestras latitudes. Sin embargo, la nombramos como ADR en DIPr, para que se conozca, advirtiendo que aunque algunas veces está mal traducida como si fuera un peritaje no tiene nada que ver.

9. *Arbitraje*

El arbitraje es un procedimiento por el cual las partes titulares del objeto en conflicto someten la controversia a la decisión de un tercero que puede actuar bien fundando su resolución en equidad o bien en derecho. La regla general es que son susceptibles de arbitraje «las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho». No son susceptibles de arbitraje, al igual que en la transacción, las cuestiones sobre el estado civil de las personas, las cuestiones matrimoniales y los alimentos futuros. La resolución del arbitraje es la obtención de un laudo (*vid.* el vocablo arbitraje en el presente diccionario).

10. *Híbridos: cláusulas Med/ Arb-Arb/Med*

Las cláusulas escalonadas de resolución de controversias (también llamadas *multi-tiered* o *multi-step*, o *Eskalationsklauseln* o *MDR-clauses*) incorporan pactos —yuxtapuestos pero jerarquizados, generalmente en una sola cláusula— diversos instrumentos de resolución de controversias: tanto convencionales —litigación, arbitraje— como alternativos —negociación, mediación, etc.—. Al igual que el resto de pactos destinados a la resolución de conflictos insertos en los contratos, la cláusula escalonada o escalada (tomada en su conjunto) es separable del contrato principal en que se encuentra incorporada y, como consecuencia, su validez no puede ser impugnada alegando la nulidad o ineficacia del contrato mismo sobre el que las partes discrepan. En España, las cláusulas escaladas son acuerdos lícitos, no contrarían la Ley, no perjudican a tercero (artículo 6.4 CC) y les amparan el principio general de libertad de pactos (artículo 1.255 CC) y la imperiosa necesidad de estar a lo acordado, propios de nuestro Derecho (artículo 1.091 CC). Sin embargo, ni en la práctica totalidad de los países iberoamericanos ni en España se encuentran específicamente reguladas.

Las cláusulas ARB/MED (Arbitraje/Mediación) y las MED/ARB (Mediación/Arbitraje) están creciendo últimamente en el conjunto de ámbitos mercantiles y civiles que recurren a los ADR. Las cláusulas Med-Arb remiten alternativamente a la mediación, en primer lugar, y si esta falla, directamente al arbitraje, en segundo lugar. O bien, a la inversa, las Arb-med.

11. *El Derecho colaborativo*

Proveniente de la teoría de las «*Multi doors*», el Derecho colaborativo, *stricto sensu*, es la forma de resolución de conflictos que evita completamente los tribunales. En el ejercicio del Derecho, implica que los abogados —colaborativos— se comprometan con sus clientes por escrito a resolver su caso sin acudir a los tribunales de justicia. Para ello acuden a

los MASC/MAGA/ADR, negocian entre ellos para llegar a acuerdos —se precisa que cada abogado de las partes sea colaborativo— y, dependiendo del tipo de conflicto y siempre que sea necesario para la solución del conflicto, puedan acudir a cualquier tipo de profesional/les que coadyuven a solucionar el caso (mediadores, psicólogos, peritos, trabajadores sociales, etc.). Si no se consigue resolver el caso colaborativamente, las partes, siempre tendrían abierta la vía judicial pero no con los mismos abogados que firmaron el pacto de arreglar su conflicto de modo colaborativo, puesto que estarían faltando a su compromiso inicial y se les podría demandar.

12. *Diferencias generales entre los distintos MASC/ADR/MAGA*

A continuación, en el siguiente Cuadro, se resumen las principales diferencias entre estos cuatro MASC que son los más usados.

| ADR/MASC/ MAGA | CONCEPTO |
|---------------------------|--|
| Negociación | <p>Tiene por fin llegar a un acuerdo o solución a un conflicto sin la presencia de un tercero, por el mutuo acuerdo de las partes y privilegiando sus intereses.</p> <p>Es un proceso de interrelación que se da sin la necesidad de un conflicto. Puede ser el origen de una relación.</p> <p>Es un proceso de comunicación que se da entre las partes.</p> |
| Mediación | <p>Interviene un tercero (el mediador) que ayuda a las partes.</p> <p>El mediador no tiene la facultad de dar propuestas, solo acerca a las partes y facilita la comunicación para que solucionen el conflicto.</p> <p>La solución del conflicto depende exclusivamente de las partes.</p> |

| | |
|---------------------|---|
| | <p>Puede ser judicial o extrajudicial. Exige la formación o capacitación del mediador.</p> |
| Conciliación | <p>Similar a la mediación, donde el tercero (el conciliador) fomenta activamente el logro de una solución al conflicto, teniendo la facultad de generar opciones y propuestas que somete a consideración de las partes, las que pueden aceptarlas o seguir discutiendo. El conciliador propone pero sus propuestas no son vinculantes. El acto de conciliación es exclusivamente judicial (suele ser previo al proceso) No se exige una formación específica.</p> |
| Arbitraje | <p>Las partes delegan a un tercero (el árbitro), que puede ser unipersonal o colegiado, la solución definitiva del conflicto a través de un laudo, que es de cumplimiento obligatorio para las partes. No se exige una formación específica.</p> |

Fuente: GONZALO QUIROGA, Marta. Elaboración propia.

13. *Características y diferencias de los principales MASCS entre sí y con el proceso judicial*

| CRITERIOS | NEGOCIACIÓN | CONCILIACIÓN/MEDIACIÓN | ARBITRAJE | PROCESO JUDICIAL |
|-----------------|---|--|--|------------------|
| Economía | No existe desembolso. Solo hay desembolso si la realizan los abogados (pago | Es económica en tanto existe una única tarifa a pagar al centro más los honorarios debidos a los | Pago a árbitros, depende del tipo de conflicto | No es económica |

| | | | | |
|-------------------------------------|--|--|--|--|
| | de honorarios) | mediadores si esta no fuera gratuita. | | |
| Tiempo | Depende de las partes, por lo general rápido | Depende de las partes, por lo general rápido | Depende de terceros, por lo general rápido | Depende de terceros, lento |
| Formalidad | No existe, sin estructura | No existe (Matizar en la mediación: Fases) | Existe cierto tipo de formalidad en tanto hay etapas que cumplimiento. | Totalmente formalista estructurado |
| Sometimiento al inicio | Voluntario | Voluntario | Voluntario | Obligatorio |
| Obligatoriedad del resultado | Si existe acuerdo | Si existe acuerdo | Obligatorio | Obligatorio |
| Participación de terceros | No | Si, elegido por las partes o por el centro | Si, elegido por las partes | Si, impuesto por el Estado |
| Confidencialidad | Si, está en poder de las partes | Si, es un acuerdo previo entre las partes | Si, salvo se pida nulidad del fallo | No existe, el proceso se convierte en público |
| Satisfacción de las partes | Se busca acuerdo que satisfaga a ambos | Se busca acuerdo que satisfaga a ambos | El resultado se encuentra basado sobre opiniones fundamentadas | El resultado se encuentra basado sobre opiniones fundamentadas |
| Control de las partes | Alto control | Alto control | Menor control | Nulo control |

Fuente: GONZALO QUIROGA, Marta. Elaboración propia.

*Autora: Marta Gonzalo Quiroga
(Mediadora. Árbitra internacional.*

Profesora titular de DIPr. Universidad Rey Juan Carlos, Madrid)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: AA. VV. *Métodos alternativos de solución de conflictos. Instrumentos de paz y modernización de la Justicia*, obra dirigida por Marta GONZALO QUIROGA y por Francisco Javier GORJÓN GÓMEZ y coordinada por Arnulfo SÁNCHEZ GONZÁLEZ. Editorial Dykinson y Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2011; AA. VV.; *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI. - I. Mediación*. Cordinadores: Leticia GARCÍA VILLALUENGA, Jorge TOMILLO URBINA y Eduardo VÁZQUEZ DE CASTRO. Cocordinadora: Carmen FER-

NÁNDEZ CANALES. Prólogo: Vicente MEDIAVILLA. Madrid, Reus, 2010; GONZALO QUIROGA, Marta (dir.). *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2006, 372 pp.; GONZALO QUIROGA, M., GORJÓN GÓMEZ F. J., SÁNCHEZ GONZÁLEZ, A (coord.) (2011) *Métodos alternativos de solución de conflictos. Instrumentos de paz y modernización de la Justicia*. Editorial Dykinson y Universidad Rey Juan Carlos. SÁNCHEZ GARCÍA, Arnulfo y Patricia LÓPEZ PELÁEZ, *Tipología contractual de los mecanismos alternativos de solución de conflictos*, 2016, pp. 113-137; GONZALO QUIROGA, M. (varios autores). *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*. Editorial Dykinson, Madrid, España, 2006; GONZALO QUIROGA, M. *A mediar*, <http://www.amediar.info/mediar-marta-gonzalo-quiroga/>, mayo 2016; GONZALO QUIROGA, M. «Mediación en la esfera internacional: actualidad y retos transfronterizos», capítulo V, del libro dirigido por CHICO DE LA CÁMARA P. *Las medidas alternativas de resolución de conflictos (ADR) en el ordenamiento jurídico*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2.^a ed., 2019, pp. 162-196;

VOCABLOS CONEXOS: Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC/ADR/MAGA). Acceso internacional a la justicia. Arbitraje. Mediación internacional. Mediación transfronteriza. Competencia judicial internacional.

AGENTE DIPLOMÁTICO

La *Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas* no define al agente diplomático sino que se limita a señalar que esta categoría de funcionarios comprende al «jefe de misión o un miembro del personal diplomático de la misión» (artículo 1.e). El agente diplomático es una persona, acreditada por un Estado ante otro Estado, organización internacional u otros sujetos de Derecho internacional para desempeñar funciones diplomáticas, que posee «la calidad de diplomático» (artículo 1.d) y que, por lo tanto, goza de un estatuto privilegiado en el Derecho internacio-

nal. A continuación expondremos este tema, para finalmente, anotar aspectos de importancia procesal de la inmunidad del agente diplomático.

1. Agente diplomático en un contexto histórico-jurídico

El Derecho diplomático se encuentra esencialmente regulado en la *Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas* (en adelante, CVRD), que codifica usos y costumbres que hasta entonces estaban dispersos y realiza asimismo un desarrollo progresivo, introduciendo nuevas normas de Derecho positivo. La categorización clásica de los agentes diplomáticos permanentes, establecida por el célebre Reglamento adoptado por el Congreso de Viena el 19/3/1815, se refería exclusivamente a los jefes de misión, a quienes denominaba «empleados diplomáticos» y dividía en tres clases: a) los embajadores, legados o nuncios; b) los enviados, ministros u otros acreditados ante los soberanos; c) los encargados de negocio acreditados ante los ministros de Relaciones Exteriores (artículo 1). El Reglamento establecía asimismo que solo las primeras dos categorías tenían carácter representativo, lo que actualmente es insostenible pues todos los jefes de misión ostentan ese carácter.

Denza recuerda que hasta la adopción de la Convención no se habían adoptado usos o costumbres que distinguieran entre las diferentes categorías de personal de una misión diplomática. Los Estados latinoamericanos empleaban un uso particular según el cual la expresión «agente diplomático» y «funcionario diplomático» se aplicaba exclusivamente a los jefes de misión (v. gr. *Convención sobre Funcionarios Diplomáticos*, adoptada en la Sexta Conferencia Internacional Americana, La Habana, 1928). Las diferentes categorías de personal fueron introducidas con la finalidad de distinguir los privilegios e inmunidades que se confieren a cada una de ellas.

1.1. *Categorías de personal y definición*

La CVRD distingue como miembros de la misión diplomática tres categorías diferentes de personal: el *diplomático*, el *administrativo y técnico* y el *personal de servicio* (artículo 1.c). De ellos, únicamente el jefe de misión y los miembros del personal diplomático representan la figura del agente diplomático (artículo 1.e). A su vez, la Convención define a los jefes de misión como «la persona encargada por el Estado acreditante de actuar con carácter de tal» (artículo 1.a) y por miembros del personal diplomático «se entiende los miembros del personal de la misión que posean la calidad de diplomático».

Una conceptualización amplia de agente diplomático caracteriza a este como un funcionario empleado por un Estado en su servicio diplomático o en sus relaciones con otros Estados y actores internacionales. Mientras la diplomacia clásica solía ser una cuestión entre Estados, la globalización ha introducido nuevos sujetos y actores tales como las organizaciones internacionales, las empresas multinacionales y las organizaciones no gubernamentales, entre otros. Como consecuencia de ello, tanto la sustancia como los métodos y los procedimientos de la práctica diplomática han cambiado. En muchos casos, el desarrollo de sistemas políticos diferentes al Estado del modelo westfaliano ha generado relaciones diplomáticas entre entidades subestatales (v. gr., municipios, provincias, comunas), organizaciones supranacionales (v. gr., Unión Europea) y parlamentos.

En una conceptualización más restringida, Berridge, tautológicamente, define al agente diplomático como el jefe de una misión diplomática y los miembros de su personal que poseen estatus diplomático. Por su parte, Pérez de Cuéllar define al agente diplomático como «el representante que envía el gobierno de un Estado al de otro Estado para que trate de sus relaciones recíprocas». Sin embargo, esta definición solo considera la función de representación, dejando fuera las restantes funciones contempladas en el artículo 3 de la CVRD: protección, negocia-

ción, observación y fomento de las relaciones entre ambos Estados. Adicionalmente, la CVRD contempla la posibilidad de que en las misiones diplomáticas haya una sección consular a cargo de un agente diplomático, que desempeñaría funciones consulares (artículo 3, inciso 2 CVRD y Arts. 2, 3 y 70, inciso 1, de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 (CVRC).

Por lo tanto, se hace necesario profundizar esas definiciones. Así, podríamos caracterizar al agente diplomático como el representante que envía un Estado (Estado acreditante) a otro Estado (Estado receptor) u otros sujetos de Derecho internacional para que desarrolle las funciones de representación, protección, negociación, observación, fomento de las relaciones recíprocas y, eventualmente, funciones consulares.

Esta definición incluye la caracterización tradicional de agente diplomático acreditado en las misiones diplomáticas de un Estado ante otro Estado como así también a los representantes ante organizaciones internacionales y otras representaciones del Estado.

2. Marco normativo

Desde el punto de vista de su regulación, la figura del agente diplomático se encuentra normada tanto por el Derecho interno como por el Derecho internacional. El primero de ellos reglamenta las normas para su designación, funciones, derechos, obligaciones y modos de terminación del estatus diplomático; mientras que el segundo regula su aceptación o beneplácito por parte de Estados y organismos internacionales, así como las funciones, derechos, obligaciones y las formas de terminación del estatus diplomático cuando se encuentra en el exterior.

El origen de la representación del jefe de misión se encuentra en una delegación de estas funciones que realiza el jefe de Estado o de Gobierno. A su vez, los restantes miembros de la misión carecen de un derecho de representación propio y cuando ejercen esta función lo ha-

cen por delegación del jefe de misión. Consecuentemente, en su carácter de órganos del Estado, pueden llegar a comprometer la responsabilidad internacional del Estado cuando en el ejercicio de sus funciones cometen actos u omisiones punibles por la ley.

Los agentes diplomáticos personifican, dentro de los límites fijados por el Derecho internacional público y el Derecho interno de los Estados, al Estado acreditante y en la totalidad de sus relaciones internacionales. Son representantes del jefe de Estado o de Gobierno que los ha nombrado. Su función principal consiste en actuar como órgano y nexo en todas las relaciones entre su Estado y el Estado receptor, aunque en ocasiones puede ocurrir que el Estado acreditante prefiera enviar una *misión especial* para esos fines.

Solo los agentes diplomáticos gozan de la más alta escala de privilegios e inmunidades y este es un aspecto muy relevante para el Derecho internacional privado, como veremos más adelante; mientras que los demás miembros de la misión los poseen de modo limitado (véase privilegios e inmunidades). Los agentes diplomáticos gozan de inmunidades *ratione personae*, es decir, en virtud del cargo que ostentan, lo que les otorga la plenitud de los privilegios que derivan de su función a partir del momento en que han presentado sus credenciales, en el caso del jefe de misión, o se ha notificado su arribo al país u organización, en el caso de los restantes miembros de la misión. Decimos que la condición de agente diplomático es importante para el Derecho internacional privado porque, si la determinación de la jurisdicción competente y de la ley aplicable es una de las funciones del Derecho internacional privado, la inmunidad del agente diplomático, desde un punto de vista procesal, implica una ausencia de competencia *ratione personae*. En este sentido, la CVRD cobra una especial importancia y sus disposiciones no pueden ser omitidas por los tribunales de los Estados.

3. *El jefe de misión*

Si bien la distinción no indica efecto alguno en términos de representatividad, los jefes de misión pueden ser de tres clases diferentes: a) embajadores o nuncios, acreditados ante los jefes de Estado y otros jefes de misión de rango equivalente; b) enviados, ministros o internuncios acreditados ante jefes de Estado; y c) encargados de negocio acreditados ante los ministros de Relaciones Exteriores (artículo 14, CVRD). La denominación de nuncios e internuncios se corresponden a la terminología utilizada por la Santa Sede. En la práctica, la segunda categoría es inexistente, por lo tanto, irrelevante en términos de transformación de la misión. En cuanto a la tercera de ellas, no debe ser confundida con el encargado de negocios *ad interim*, que es la persona que, de producirse una vacante o incapacidad del jefe de misión, será acreditada para asumir, de manera provisional, el cargo (artículo 19, inciso 1, CVRD).

4. *Personal diplomático*

Los miembros del personal diplomático pueden ser funcionarios de carrera o designaciones políticas efectuadas *ad hoc* por el jefe de Estado o de Gobierno. El modo de ingreso a la carrera diplomática, de conformidad con el principio de autoorganización, es regulado por el Derecho interno de los Estados. En todo caso, sean diplomáticos de carrera o no, la inmunidad que les corresponde al «personal diplomático» es la misma en el marco del Derecho internacional público, ya que sus normas no distinguen entre agentes diplomáticos que son funcionarios de carrera y los que no lo son.

La denominación *personal diplomático* comprende al ministro de Relaciones Exteriores y a las distintas categorías de funcionarios diplomáticos tales como embajadores, ministros, consejeros genéricos o sectoriales, primeros, segundos, terceros secretarios, entre otros. Igualmente pueden engrosar esta categoría los llamados agregados de distintas procedencias, siendo las de origen militar sujetas a supervisión, requiriendo el

envío previo de un listado con las identidades de las personas con esta condición (artículo 7 CVRD) y el beneplácito del Estado receptor.

La determinación de la cantidad de miembros ha sido uno de los aspectos más controvertidos surgido entre Estados grandes y pequeños, estando los primeros acostumbrados a proyectar su importancia a través del tamaño de sus misiones. La Convención resuelve que, ante la falta de un acuerdo explícito, el Estado receptor pueda exigir que el número se sitúe en límites razonables y acordes tanto con las circunstancias y condiciones del Estado como con las necesidades de la misión (artículo 11, inciso 1, CVRD).

5. *Nombramiento*

La CVRD regula el procedimiento de acreditación formal de los agentes diplomáticos. El nombramiento del jefe de misión le corresponde al Estado acreditante siendo, no obstante, requerido el plácet o asentimiento del Estado receptor (artículo 4, CVRD). En el caso de los restantes agentes diplomáticos, a diferencia de lo que ocurre con el jefe de misión, no es necesaria la obtención del plácet, que se sustituye por una notificación que el Estado acreditante deberá extender al Estado receptor conteniendo los nombramientos correspondientes a la categoría (artículo 7 CVRD).

La acreditación de un jefe de misión puede ser para un puesto diplomático concreto o bien puede ser múltiple si un jefe de misión se encuentra acreditado ante varios países simultáneamente, por razones de economía y proximidad geográfica. Esto hace que los jefes de misión se distingan entre «residentes», si residen en el Estado ante el cual están acreditados, o «concurrentes», si residen en un Estado distinto a aquel en el que están acreditados. Esa misma acreditación múltiple puede hacerse con los restantes miembros del personal diplomático de la misión.

La Convención dispone que el personal diplomático deberá, en principio, poseer la nacionalidad del Estado acreditante (artículo 8 CVRD). Sin embargo, la propia CVRD prevé que se podrá acreditar un agente diplomático que posea la nacionalidad del Estado receptor si cuenta con el consentimiento de este. Ese consentimiento podrá ser retirado, en cualquier momento, sin necesidad de motivación.

6. *Funciones*

La ceremonia protocolar de presentación de las cartas credenciales por el jefe de misión al jefe de Estado o de Gobierno del Estado receptor y la tradicional entrevista personal que le sigue determinan el inicio de las funciones del jefe de misión y el orden de precedencia entre el cuerpo diplomático acreditado ante el Estado receptor (artículo 16, inciso 1, CVRD). Alternativamente, el inicio de las funciones del jefe de misión en el Estado receptor puede ser a partir del momento en que «haya comunicado su llegada y presentado copia de estilo de sus cartas credenciales al Ministerio de Relaciones Exteriores, o al Ministerio que se haya convenido, según la práctica en vigor en el Estado receptor, que deberá aplicarse de manera uniforme» (artículo 13 CVRD).

En el caso de los restantes agentes diplomáticos, el inicio de funciones se produce a partir de su llegada al país y una vez que han sido formalmente acreditados ante el ministerio de Relaciones Exteriores del Estado receptor.

7. *Terminación de funciones*

El artículo 43 CVRD contempla, de manera no taxativa (*inter alia*, en su versión en inglés, «principalmente», en su versión en español), los modos de terminación de las funciones del agente diplomático, mencionando expresamente dos supuestos: «a) cuando el Estado acreditante comunique al Estado receptor que las funciones del agente diplomático han terminado; b) cuando el Estado receptor comunique al Estado acreditante

que, de conformidad con el párrafo 2 del artículo 9, se niega a reconocer al agente diplomático como miembro de la misión». Este método es lo que se conoce en la práctica como la declaración de *persona non grata*, fórmula con la que el Estado receptor puede, sin mediar motivación, calificar al jefe de misión o alguno de los otros agentes diplomáticos, incluso con anterioridad a su llegada. Así, ello dará lugar a su retirada y al término de las funciones asociadas (artículo 9, inciso 1, CVRD).

Asimismo, las funciones de los agentes diplomáticos pueden terminar por fallecimiento del agente diplomático, el traslado o llamado al país del agente, su renuncia aceptada por su gobierno, el cierre de la misión diplomática, la suspensión o ruptura de relaciones diplomáticas, la extinción del Estado receptor o del acreditante y, en algunos Estados, por la cesación del mandato del jefe de Estado o de Gobierno que designó al jefe de misión cuando se trata de alguien ajeno al servicio exterior de ese país (esta causal no se aplica a los otros miembros del personal diplomático).

8. Relevancia de la inmunidad del agente diplomático desde el punto de vista procesal

En el ámbito procesal, es importante retener que la CVRD, le confiere al agente diplomático una serie de facilidades, inmunidades y privilegios, a saber: a) la inviolabilidad o imposibilidad de ser objeto de arresto o coerción sobre su persona, residencia, propiedades, equipaje y correspondencia; y b) la inmunidad de jurisdicción o imposibilidad de ser juzgado por los tribunales de otro Estado, que puede ser de dos tipos: inmunidad penal (absoluta) e inmunidad civil (relativa, limitada a determinados actos).

El Derecho internacional reconoce a los órganos periféricos de las relaciones exteriores ciertos privilegios e inmunidades con el fin de garantizar el desempeño eficaz de sus funciones de las misiones diplomáticas (Preámbulo CVRD). Por lo tanto, no se conceden a favor de las perso-

nas sino para proveer a su independencia (*ne impeditur legatio*). Consecuentemente, solo el Estado acreditante puede renunciar a ellas, pero el agente diplomático no puede hacerlo. Este fundamento es importante para interpretar el alcance de las obligaciones del Estado receptor.

Como contrapartida, la CVRD establece limitaciones a las que deben someterse los agentes diplomáticos (v. gr. cumplimiento de las leyes locales, no intervención en los asuntos internos, etc.) (artículo 41).

Las inmunidades y privilegios comprenden la inviolabilidad personal, inmunidad de jurisdicción (penal y civil), la inviolabilidad de su residencia, la exención de prestaciones personales, los privilegios fiscales y aduaneros, las exenciones sobre seguridad social del Estado receptor y otros privilegios, que dependerán de los acuerdos establecidos entre los Estados acreditantes, receptores o de tratados internacionales).

8.1. *La inviolabilidad personal*

La inviolabilidad personal es la más antigua y reconocida de las inmunidades y está contemplada en el artículo 29 CVRD que establece que la persona del agente diplomático es inviolable. Ello es así dado que se requiere que los agentes diplomáticos ejerzan sus funciones de manera libre, independiente, segura y eficaz. La inviolabilidad impone al Estado receptor la obligación de abstenerse de toda medida coercitiva —en particular medidas de arresto o detención— contra los agentes diplomáticos extranjeros y comprende dos aspectos: la inmunidad a la coerción (ninguna forma de detención o arresto) y la protección del Estado receptor contra cualquier atentado (contra su persona, libertad o dignidad).

En consonancia con la inviolabilidad personal, la residencia, la documentación y la correspondencia del agente diplomático gozan de idéntica protección (artículo 30 CVRD). Respecto de la residencia, únicamente será considerada oficial si pertenece al jefe de misión, conservando un carácter particular en caso contrario.

8.2. *La inmunidad de jurisdicción*

La inmunidad de jurisdicción consiste en la sustracción del diplomático a la jurisdicción del Estado donde ejerce sus funciones. Puede ser:

1. civil y administrativa: está limitada a los actos de naturaleza oficial (artículo 31.1 CVRD), excluyéndose expresamente: a) acciones reales; b) acciones sucesorias; y c) aquellas vinculadas a cualquier actividad profesional o comercial fuera de sus funciones oficiales; y,
2. penal: el agente diplomático goza de una inmunidad absoluta, no pudiendo ser objeto de demanda o querrela alguna ni, en consecuencia, ser sometido a los tribunales del Estado receptor.

Frente a un potencial abuso de sus inmunidades, el único remedio es declararlo *persona non grata*. El agente diplomático no puede ser obligado a testificar. Si reconviene (contrademanda) no puede invocar inmunidad de jurisdicción (artículo 32.3 CVRD).

Inmunidad no significa *impunidad*, ya que el agente diplomático: a) continúa sujeto a la jurisdicción del Estado acreditante (artículo 31.4 CVRD); b) debe cumplir con la legislación vigente en el Estado receptor (artículo 41.1 CVRD); c) el Estado acreditante puede renunciar a esa inmunidad (artículo 32.1 CVRD), aunque esa renuncia debe ser expresa (artículo 32.2 CVRD); y, d) el Estado receptor puede solicitar que se retire la inmunidad.

8.3. *La inmunidad de ejecución*

La inmunidad de ejecución significa que el agente diplomático no podrá ser objeto de ninguna medida de coercitiva (artículo 31.3 CVRD), salvo en los casos previstos en los incisos a), b) y c) del artículo 31.1. La renuncia a la inmunidad de jurisdicción no comporta renuncia a la inmu-

nidad de ejecución (artículo 32.4). Esta inmunidad puede ser alegada en el momento de la ejecución, aunque se hubiera aceptado la jurisdicción de los tribunales del Estado receptor. Comprende todo tipo de medidas coercitivas (procedimientos embargo o secuestro de bienes) sobre los bienes de los agentes diplomáticos.

9. *Los privilegios*

Los privilegios se pueden clasificar en:

- a) Privilegios *fiscales*, ya que los agentes diplomáticos quedan exentos de todo tipo de impuesto y gravámenes personales o reales, de alcance nacional, provincial o municipal (artículo 34 CVRD), v. gr. IVA, impuesto inmobiliario, rentas personales derivadas de su trabajo, etc. La CVRD establece un piso y no un techo a estos privilegios, lo que implica que pueden ser ampliados por medio de acuerdo entre los Estados, que observan rigurosamente el principio de reciprocidad.
- b) Los privilegios *aduaneros* eximen a los agentes diplomáticos de todo tipo de impuestos o gravámenes aduaneros de los objetos destinados al uso del personal del agente diplomático o de los miembros de su familia (artículo 36.1 CVRD). Generalmente, están sujetos a reglamentación (cupos/nacionalizaciones). Asimismo, los agentes diplomáticos están exentos de inspecciones de su equipaje, a menos que: haya motivos fundados para suponer que contiene objetos no comprendidos en las exenciones mencionadas o se trate de objetos prohibidos para la importación y exportación o sujetos a medidas de cuarentena (artículo 36. 2 CVRD).

A estos privilegios se añaden las *exenciones a la seguridad social* vigentes en el Estado receptor, aunque se permite optar por una participación voluntaria (artículo 33.1-4 CVRD) «sin perjuicio de los acuerdos bilaterales o multilaterales sobre seguridad social» (artículo 33. 5 CVRD) y la exención de *prestaciones personales*, ya que el Estado receptor debe eximir a los

agentes de toda prestación personal, de todo servicio público y de toda carga militar (artículo 35 CVRD).

10. *La comisión de hechos ilícitos por parte de los agentes diplomáticos*

Ante la comisión de hechos ilícitos por parte de los agentes diplomáticos, el Estado receptor puede: a) solicitar al Estado acreditante su retiro; b) declararlo *persona non grata* y proceder a su expulsión; y c) exigir al Estado acreditante que lo someta a la jurisdicción de ese país. Por su parte, los particulares que han resultado víctimas pueden: a) solicitar la protección diplomática del Estado de su nacionalidad; y b) iniciar acciones ante la justicia del Estado acreditante.

Las inmunidades son aplicables a los *actos oficiales* a partir del momento en que el agente diplomático ingresa en el territorio del Estado receptor para cumplir sus funciones; o recibe de la comunicación de su nombramiento por parte de las autoridades locales si ya se encontrase en el territorio del Estado receptor (artículo 39.1 CVRD) y se conservan aun después de la terminación de las funciones del agente diplomático (re *Reyes v. Al-Malki*). Para los actos particulares se aplican hasta que el agente abandona el Estado receptor o hasta que expire el plazo razonable que se le haya dado al agente diplomático para salir de él. Subsisten hasta entonces, aún en caso de conflicto armado (artículo 39.2 CVRD).

*Autor: Ricardo Arredondo
(Profesor de Teoría y Práctica Diplomática
Instituto del Servicio Exterior de la Nación, Argentina)*

ALIMENTOS INTERNACIONALES

En el DIPriv, el término «alimentos» implica una obligación la necesidad de determinar la competencia judicial y la ley aplicable.

1. Reglamento 4/2009. Funcionamiento

El principal instrumento legal vigente para España en el sector de las obligaciones de alimentos con carácter internacional es el Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo de 18 diciembre 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (*DOUE* L 7 de 10 enero 2009). Interesa destacar varias ideas básicas en torno a este Reglamento 4/2009 que exponemos a continuación.

1.1. Impacto del Reglamento 4/2009 en el sector de la competencia judicial internacional

El Reglamento 4/2009 contiene un conjunto de normas que regulan competencia judicial internacional en el sector de los alimentos. Desde el momento de la plena aplicación del Reglamento 4/2009, toda cuestión relativa a los alimentos en casos internacionales se rige por el citado Reglamento 4/2009 y ya no por el ya derogado Reglamento 44/2001. El Reglamento 4/2009 también sustituye, en materia de obligaciones de alimentos, al Reglamento 805/2004 (título ejecutivo europeo), excepto en lo referente a los títulos ejecutivos europeos sobre obligaciones de alimentos expedidos en un Estado miembro no vinculado por el Protocolo de La Haya de 2007.

1.2. Ausencia de normas sobre Ley aplicable en el Reglamento 4/2009

El Reglamento 4/2009 no contiene ninguna norma sobre la ley aplicable a los alimentos. El artículo 15 del mismo indica, simplemente, 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».

1.3. *Impacto del Reglamento 4/2009 en el sector de la validez extraterritorial de decisiones*

El Reglamento 4/2009 regula el reconocimiento y *exequatur* de las decisiones en materia de alimentos dictadas por autoridades de los Estados miembros (capítulo IV R.4/2009). Las decisiones dictadas por autoridades de Estados miembros vinculados por el Protocolo de La Haya de 2007 disponen de un régimen más favorable para alcanzar su efectividad en los demás Estados miembros (sección 1 capítulo IV R.4/2009), mientras que las procedentes de Estados miembros no vinculados por el Protocolo de La Haya de 2007 están sujetas a un régimen más severo (sección 2 capítulo IV R.4/2009).

1.4. *Tipos de obligaciones de alimentos contempladas por el Reglamento 4/2009*

El Reglamento 4/2009 se aplica a las obligaciones de alimentos derivadas de una relación familiar, de parentesco, matrimonio o afinidad, por lo que, cuando dicho Reglamento se aplica por autoridades españolas, debe cubrir también las relaciones entre convivientes de hecho en la medida en la que les vincula una «relación familiar».

1.5. *Estados vinculados por el Reglamento 4/2009*

El Reglamento 4/2009 se aplica a todos los Estados miembros de la UE. Ello incluye con matices relevantes, a Dinamarca, pues el Acuerdo entre la Comunidad Europea y el de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE L 149 de 12 junio 2009), indica que el Reglamento 4/2009 se aplicará en Dinamarca, excepto los capítulos III y VII del mismo, relativos a las disposiciones sobre la «Ley aplicable a los alimentos» y la «cooperación administrativa entre autoridades centrales» (*vid.* también DOUE L 195 de 8 julio 2013).

1.6. *Entrada en vigor y momento de aplicación inicial del Reglamento 4/2009*

El Reglamento 4/2009 entró en vigor el 30 enero 2009 pero se aplicará, en general, y con carácter provisional, a partir del 18 junio 2011. En efecto, la Decisión del Consejo de 30 noviembre 2009 relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias (DOUE L 33 de 16 diciembre 2009) indica (artículo 4) que al adherirse al Protocolo, la UE declarará que «aplicará las normas establecidas en el Protocolo con carácter provisional a partir del 18 de junio de 2011 [...], si dicho Protocolo no hubiere entrado en vigor en esa fecha de conformidad con su artículo 25, apartado 1» (F. POCAR/I. VIARENGO).

2. *Concepto de alimentos*

Son «alimentos», a efectos del Reglamento 4/2009, todas aquellas prestaciones que la Ley establece con el objetivo de paliar las necesidades económicas de ciertas personas y que se imponen sobre ciertos parientes o personas que disponen de mayores recursos económicos (STJCE 20 marzo 1997, *Farrell*; en el sector de la Ley aplicable, *vid.* la muy correcta SAP Barcelona 14 octubre 2010 (divorcio de cónyuges marroquíes), que indica que la prestación regulada en el Derecho marroquí y conocida como *Mut'a* (artículo 84 *Mudawana* marroquí) desarrolla una función alimenticia y debe regirse por las normas españolas de DIPr. relativas a los alimentos.

No importa la denominación jurídica de la prestación a satisfacer (P. SCHLOSSER): pensión compensatoria, pensión por desequilibrio, alimentos, deber de socorro, manutención, cargas del matrimonio, etc. Tampoco importa la modalidad de la prestación: que la prestación consista en el pago de una suma monetaria y/o en la cesión de un bien, que el pago de la suma sea *in totum* o en «cuotas periódicas», etc., es indiferente (F. POCAR/I. VIARENGO). También es irrelevante que obligación se haya

determinado en consideración de las necesidades y recursos de las partes (Informe POCAR sobre el Convenio de Lugano II, n.º 54 en *DOUE* 13 diciembre 2009).

La amplitud del concepto «alimentos» manejado por el Reglamento 4/2009 hace que en el mismo se incluyan ciertas prestaciones compensatorias entre excónyuges. En efecto, el concepto de «alimentos» recogido en el Reglamento 4/2009, cubre la «pensión por desequilibrio» contemplada en el artículo 97 CC, aunque se decida en el marco de un proceso de divorcio (proceso que está excluido del Reglamento Bruselas I-bis y del Reglamento 4/2009 [alimentos]) (STJCE 6 marzo 1980, *De Cavel II*, STJCE 27 febrero 1997, *Boogaard*, STS 21 julio 2000, SAP Barcelona 31 marzo 2003, STS 14 marzo 2007 (sentencia suiza de alimentos y Convenio de Lugano), SAP León 27 febrero 2015 (divorcio entre cónyuges portugueses), SAP Barcelona 12 mayo 2015 (cónyuges alemanes). La pensión posdivorcio que para la determinación de su cuantía toma en consideración las necesidades y los recursos de cada uno de los cónyuges, y que tiene como finalidad la manutención del cónyuge, debe ser considerada una pensión de «alimentos» (STS 21 julio 2000). La solución puede parecer extraña a los juristas españoles, pues es sabido que, en Derecho civil español, la pensión compensatoria posdivorcio no tiene «naturaleza alimenticia».

3. El Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias

La precisión de la norma de conflicto que determina la Ley aplicable a las obligaciones de alimentos exige concretar varios datos previos que exponemos a continuación.

1.º La Ley aplicable a los alimentos en los casos internacionales se determina en la actualidad, para España, mediante las reglas contenidas en el. El artículo 15 R.4/2009 indica, efectivamente, que la ley aplicable a las obligaciones de alimentos se determinará de acuerdo con el citado

Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007. Este Protocolo se aplica con carácter provisional en la UE a partir del 18 junio 2011 (Decisión del Consejo UE de 30 noviembre 2009). Con arreglo al texto de tal Decisión, parece suficiente la adhesión de la UE al Protocolo para que este entre en vigor y sea aplicable en todos los Estados de la UE, exceptuado Dinamarca (*vid.* artículo 3 Decisión Consejo UE de 30 noviembre 2009), sin necesidad de que los Estados miembros, uno por uno, lo ratifiquen con arreglo a sus procedimientos específicos para que pase a formar de su propio ordenamiento interno.

2.º El Reglamento 4/2009 de 18 diciembre 2008 (obligaciones de alimentos) sustituye al antes vigente para España Convenio de La Haya de 2 octubre 1973 sobre la ley aplicable a la obligación de alimentos, que estaba en vigor para España desde el 1 octubre 1986 (*vid.* el confuso artículo 69 R.4/2009) (SAP Barcelona 12 mayo 2015 [cónyuges alemanes]).

3.º El Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007 sustituye en las relaciones entre Estados contratantes, al Convenio de La Haya de 2 octubre 1973 (Ley aplicable a las obligaciones alimenticias) y al Convenio de La Haya de 24 octubre 1956 (Ley aplicable a las obligaciones alimenticias respecto a menores) (artículo 18 PLH 2007).

4.º La denominación de este instrumento internacional («Protocolo») no debe confundir. Se trata de un acuerdo internacional celebrado por escrito entre sujetos de Derecho internacional, es decir, de un verdadero y auténtico convenio internacional que surte, naturalmente, los efectos jurídicos propios de todo convenio internacional (artículo 2 Convención de Viena de 23 mayo 1969 sobre Derecho de los Tratados).

3.1. *Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias. Rasgos básicos*

Varios rasgos básicos de este Protocolo (PLH 2007) deben subrayarse.

1.º *Carácter erga omnes*. El Protocolo de La Haya 2007 presenta carácter *erga omnes*, de modo que se aplica incluso si la ley aplicable es la de un Estado no contratante y con independencia de otras circunstancias, como la nacionalidad de las partes, residencia habitual, domicilio, etc. Visto que el Protocolo de La Haya de 23 noviembre 2007 y las normas de conflicto españolas de producción interna que regulan las obligaciones de alimentos entre parientes, tienen el mismo ámbito material de aplicación, estas últimas resultan hoy inaplicables (AAP Barcelona 23 enero 2007; SAP Asturias 29 septiembre 2006, SAP Palma Mallorca 22 mayo 1990, SAP Granada, Sec.3.ª, 8 marzo 1990, SAP Las Palmas Gran Canaria 12 julio 1991, SAP Barcelona 18 julio 2002, todas relativas al CH 2 octubre 1973). Por ello, la actual redacción del artículo 9.7 CC, fruto de la reforma operada en el mismo por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, ha renunciado a incluir una norma de conflicto efectiva sobre la Ley aplicable a los alimentos. El artículo 9.7 CC es ahora una regla jurídica de doble valencia.

Por un lado, el artículo 9.7 CC es una «norma admonitoria», una norma que advierte a los operadores jurídicos de que la Ley aplicable a las obligaciones de alimentos entre parientes se determina, en los supuestos internacionales, a través de las normas de conflicto recogidas en el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias o texto legal que lo sustituya. Como es natural, la aplicación a estos casos internacionales del citado Protocolo de La Haya se produce porque tal Protocolo es Derecho imperativo vigente en España (*vigore proprio*) y no porque lo indique el artículo 9.7 CC, que se limita a recordar la preferencia aplicativa del Protocolo y no a darle fuerza legal en España.

Por otra parte, el artículo 9.7 CC es una norma que lleva a cabo una incorporación por referencia del citado Protocolo de La Haya al Derecho español. Ello significa que en los casos en los que sea preciso fijar la Ley aplicable a los alimentos entre parientes pero que no estén cubier-

tos por el ámbito de aplicación del citado Protocolo de La Haya, este texto será también aplicable. El artículo 9.7 CC extiende el ámbito de aplicación del Protocolo de La Haya más allá de lo recogido en el mismo Protocolo, esto es, lo hace aplicable a casos y supuestos inicialmente excluidos de tal Protocolo. Con relación a tales supuestos, las normas del Protocolo de La Haya no se aplican *vigore proprio*, sino que se aplican como normas nacionales españolas de conflicto de leyes. Son normas españolas copiadas, por referencia normativa, del citado Protocolo (artículo 15 Protocolo). En otras palabras, puede decirse que el legislador español, de forma independiente, ha incorporado al Derecho español, por referencia, las normas del Protocolo de La Haya en el artículo 9.7 CC. El contenido actual del artículo 9.7 CC afecta de modo decisivo a las cuestiones de Derecho interregional. En consecuencia, cuando, en casos interregionales, se deba fijar la Ley aplicable a la obligación de alimentos entre parientes, dicha Ley se determinará con arreglo al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias o texto legal que lo sustituya. En este segundo caso, las normas del Protocolo no se aplican *vigore proprio*, sino que son normas del Derecho interregional español copiadas, por referencia normativa, del citado Protocolo.

2.º *Ámbito de aplicación material.* El PLH 2007 determina la ley aplicable a las obligaciones alimenticias que derivan de una relación de familia, filiación, matrimonio o afinidad, incluyendo las obligaciones alimenticias a favor de un niño con independencia de la situación conyugal de sus padres (artículo 1. PLH). La expresión «obligaciones alimenticias» debe ser entendida en sentido amplio. La expresión cubre: a) los alimentos en toda su extensión (artículo 142 CC); b) los auxilios necesarios para la vida (artículo 143.II CC); c) los alimentos provisionales y definitivos; d) la pensión por desequilibrio derivada de divorcio o separación judicial, a pesar de que en Derecho civil español, dicha pensión no tiene un fundamento en la «necesidad del excónyuge», sino en el «desequilibrio económico» resultante de la ruptura o relajación del ligamen (SAP Barcelona 8 abril 2014 [divorcio entre cónyuges marroquíes con residencia en Ca-

taluña], SAP Barcelona 24 julio 2013 [divorcio entre cónyuges de Bangla-Desh con residencia en Cataluña]). Por otro lado, y en cuanto a las personas cubiertas por el PLH 2007, debe señalarse que este se aplica: a) a las reclamaciones alimenticias de todos los hijos, incluidos los hijos mayores de edad y los hijos adoptivos; b) a figuras inexistentes en Derecho español, como los *Children of the Family* del Derecho inglés y a los «hijos confiados a un tercero» (*Pflegekinder*) del Derecho alemán; c) a los alimentos reclamados por «(ex)convivientes de hecho», porque las «parejas de hecho» son una modalidad de «relaciones de familia», si bien la cuestión es muy polémica. El PLH 2007 no se aplica a los alimentos que no nacen de «relaciones de familia», como los derivados de una sucesión, de contratos, y de ilícitos extracontractuales.

3.º *Ámbito de aplicación espacial.* El PLH 2007 se aplica por los tribunales y autoridades de los Estados que lo han ratificado. Se aplica por todos los Estados miembros de la UE desde el 18 junio 2011, exceptuado Dinamarca.

4.º *Interpretación del Protocolo.* Al interpretar el PLH 2007, se tendrá en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación (artículo 20 PLH). Pero no existe un tribunal supranacional superior que interprete el PLH 2007 con carácter vinculante para los Estados partes en el mismo. No obstante, en la medida en la que el PLH 2007 puede formar parte del Derecho de la UE, el TJUE lo podrá interpretar de manera vinculante con ocasión de un recurso prejudicial de interpretación (F. POCAR/I. VIARENGO).

*Autora: Esperanza Castellanos Ruiz
(Catedrática de Derecho Internacional Privado,
Universidad Carlos III de Madrid)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CASTELLANOS RUIZ, E. *Derecho de alimentos. Aspectos internacionales y transfronterizos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, 170 pp.; CASTELLANOS RUIZ, E. «La obligación de alimen-

tos en Derecho internacional privado», en IZQUIERDO, M. y CUENA, M. (dirs.). *Tratado de Derecho de la familia*, vol. I, Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 319-426; MALATESTA, A. «La convenzione e il Protocollo dell'Aja del 2007 in materia de alimenti», *RDIPP*, 2009, pp. 829-848; MÖHN, U. «Vertrauensschutz im intertemporalen Scheidungsunterhaltsrecht: zugleich eine Analyse des § 36 Nr. 1» *EGZPO*, Frankfurt am Main, Lang, 2010; POCAR, F. y I. VIARENGO. «Il Regolamento (CE) n.º 4/2009 in materia di obbligazioni alimentari», *RDIPP*, 2009, pp. 806-828; POILLOT-PERUZZETTO, S. «Le règlement n.4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 en matière d'obligations alimentaires», *Dalloz Répertoire de droit communautaire*, mars 2009 ; VIARENGO, I. «Le obbligazioni alimentari nel diritto internazionale privato comunitario», en BARIATTI, S. (coord.). *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., 2007, pp. 227-265.

APATRIDIA

Apatridia es el término que describe la situación de carencia o ausencia de nacionalidad de una persona, a quien ningún Estado considera nacional. Esta circunstancia puede obedecer a muy diversos motivos, así como ser originaria o sobrevenida. Puede ocurrir que en el momento de su nacimiento, no se atribuya a la persona nacionalidad alguna, y también, que poseyendo una nacionalidad, la haya perdido sin haber adquirido otra de forma correlativa.

En la actualidad, una de las principales razones de la apatridia es la desintegración de los Estados y surgimiento de nuevas fronteras. Un ejemplo emblemático de este fenómeno es el de la antigua Unión Soviética: décadas después de que se produjera, continúan existiendo más de medio millón de apátridas en el mundo como consecuencia de aquella escisión (ACNUR, 2017).

La apatridia también puede ser sobrevenida, de forma que la pérdida o privación de la nacionalidad no viene acompañada por la adquisición de otra. A menudo la privación constituye una suerte de «sanción» que se aplica a la persona por un comportamiento que el Estado considera incompatible con el hecho de ostentar su nacionalidad: abandonar el país durante un cierto período de tiempo, contraer matrimonio con un nacional de otro Estado o con persona que profesa una creencia religiosa diferente, etc.

En otras ocasiones la apatridia es consecuencia de una defectuosa interacción fáctica entre las diversas legislaciones estatales que regulan la nacionalidad. Por ejemplo, el nacimiento de un país que no le atribuye su nacionalidad por tal circunstancia, de padres extranjeros cuyas respectivas nacionalidades no se transmiten al hijo por el solo hecho de la concepción. Se entrecruzan así los dos principales criterios legales de transmisión de la nacionalidad: por filiación o linaje (*ius sanguinis*) y por nacimiento en el territorio (*ius soli*). Otra situación de apatridia se produce cuando el nacido de padres desconocidos o apátridas en un país cuya nacionalidad no se atribuye en virtud del *ius soli*. Esta interacción también puede darse a la inversa, de forma que el nacido en un Estado diferente al de la nacionalidad de sus padres adquiera tanto la nacionalidad de sus progenitores como la del país de nacimiento, dando lugar al fenómeno inverso a la apatridia: la plurinacionalidad.

La apatridia genera en la persona una situación de extrema vulnerabilidad, además de constituir una violación de derechos humanos fundamentales la prohibición de discriminación, de trato inhumano o degradante, y en general, todos los directamente vinculados con la nacionalidad. Se da la paradoja de que la propia apatridia constituye un terreno especialmente abonado para propiciar la violación de otros derechos de la persona (WALKER, 1981).

Desde el punto de vista de las obligaciones internacionales asumidas por los Estados, la falta de diligencia en la eliminación de la apatridia y la

tutela de las personas que la padecen, constituye una vulneración del derecho al respeto a la vida privada y familiar (artículo 8), a un proceso equitativo (artículo 13) y de la prohibición de discriminación (artículo 14), consagrados en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 (*vid.* STEDH de 13 de julio de 2010, caso *Kuric y otros c. Eslovenia*).

Por todo lo anterior, desde una perspectiva estrictamente jurídica, la apatridia es un fenómeno a combatir, yendo en esta dirección todas las regulaciones que actualmente abordan la materia, tanto de fuente internacional, como comunitaria y estatal.

Esta conciencia se positiviza por vez primera en la Convención de Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Apátridas, adoptada en Nueva York el 28 de septiembre de 1954, por la Conferencia de Plenipotenciarios de Naciones Unidas, convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 526 A (XVII), de 26 de abril de 1954 (adhesión de España por Instrumento de 24 de abril de 1997).

El texto recoge la primera definición legal de apatridia de fuente internacional: el vocablo designa a toda persona que no sea considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación (artículo 1). Consciente de las enormes dificultades y perjuicios que desde el punto de vista jurídico genera esta situación, el Convenio trata de paliarlos mediante un catálogo de medidas concretas que se sustentan sobre la base del estatuto personal. En el caso del apátrida, se rige por la ley del país de su domicilio, y a falta de este, por la ley del país de su residencia. Una medida que el ordenamiento español reproduce en el artículo 9.10 del Código Civil, y que resulta tan lógica como necesaria en un sistema conflictual como el español, que basa el estatuto personal en la ley del país de nacionalidad (artículo 9.1 CC).

Correlativamente, el Convenio dispone que los derechos adquiridos del apátrida que dependan del estatuto personal, especialmente los que resultan del matrimonio, serán respetados por todo Estado contratante, aunque ello exige el cumplimiento, en su caso, de los requisitos formales que exija la legislación de dicho Estado, y siempre que el derecho de que se trate sea de los que hubiera reconocido la legislación de tal Estado si el interesado no se hubiera convertido en apátrida.

Sobre esta base jurídica se elabora un estatuto que por encima de todo busca la equiparación del apátrida con el propio nacional o con el extranjero —según los caso—, estableciendo una suerte de «presunción de nacionalidad», y en particular, su no discriminación por su condición de apátrida.

Así, se consagra el principio de igualdad de trato con el extranjero en ámbitos como la adquisición de bienes muebles e inmuebles, y derechos conexos, el derecho a un trabajo por cuenta propia o empleo remunerado, el derecho de asociación, el acceso a la vivienda, etc. Por su parte, se equipara al apátrida con el nacional en cuanto a la titularidad y disfrute de los derechos de propiedad intelectual e industrial, el acceso a los tribunales de justicia, las condiciones de racionamiento de víveres, la enseñanza elemental, la asistencia pública, condiciones laborales básicas, etc.

El Convenio consagra también el derecho a la libre circulación del apátrida, estableciendo las medidas correlativas dirigidas a su efectivo cumplimiento, como la expedición de documentos de identidad y viaje, y la restricción de la expulsión del apátrida a motivos de seguridad nacional u orden público. Como cláusula de cierre, consagra el compromiso de los Estados de «*facilitar en todo lo posible*» la asimilación y la naturalización de los apátridas. Sobre este *compromiso* genérico, el Convenio apunta medidas concretas, cuales son la agilización de los trámites de concesión de la nacionalidad y la reducción de las tasas y gastos inherentes a dichos trámites.

Se apunta así hacia un paso adelante en la lucha contra la apatridia: además de dotar de personalidad y derechos al apátrida, es preciso tratar de evitar la proliferación de este fenómeno y minorar los casos ya existentes.

Tales son la técnica y el objetivo utilizados por la Convención para reducir los casos de apatridia, adoptada en Nueva York el 30 de agosto de 1961, por la Conferencia de Plenipotenciarios de Naciones Unidas, convocada por la Asamblea General en su resolución 896 (IX), del 4 de diciembre de 1954. (Adhesión de España por Instrumento de 3 de septiembre de 2018). Sus Estados firmantes se comprometen evitar la proliferación de los supuestos de apatridia, articulándose este objetivo a través de dos medidas concretas: la atribución de la nacionalidad de pleno derecho desde el momento del nacimiento o la concesión de la nacionalidad a solicitud del interesado.

La atribución de la nacionalidad desde el origen se articula a través de la presunción de nacimiento en el Estado recogida en el artículo 2. Esta presunción, que tiene carácter *iuris tantum*, considera que al expósito hallado en el territorio de un Estado parte nacido en dicho Estado, de padres que poseen la nacionalidad del mismo. Se integran en esta presunción los criterios *ius sanguinis* e *ius soli*, abocando a la atribución de la nacionalidad a quien de otra forma posiblemente carecería de ella.

La concesión de la nacionalidad está sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos básicos contenidos en el propio texto convencional (artículo 1.2). El solicitante deberá presentar su solicitud dentro del plazo fijado por cada Estado, al que el Convenio establece ciertos límites. También, haber residido en el país donde realiza su petición durante un plazo mínimo fijado por cada Estado, pero que en ningún caso podrá superar los diez años en total ni exceder de cinco años en el período inmediatamente anterior a la solicitud. También se exige la ausencia de antecedentes penales por delitos contra la seguridad nacional o castigados con pena de prisión superior a cinco años. Y cerrando el catálogo de condiciones

consagradas por el Convenio, una existencia lógica y acorde con su propia esencia: que el interesado no haya adquirido una nacionalidad al nacer o posteriormente; esto es, que tenga la condición de apátrida.

Junto a estas dos medidas básicas, el Convenio recoge otros compromisos más específicos, pero con idéntica finalidad de evitar la apatridia, que tratan de paliar los efectos negativos o disfuncionales que en ocasiones pueden tener las legislaciones estatales sobre nacionalidad. Estos compromisos han sido progresivamente incorporados a los ordenamientos nacionales, de forma que cada vez son menos los supuestos de apatridia generados por negativas interacciones legislativas.

Se proscribe así la pérdida de la nacionalidad como consecuencia de un cambio de estado, que puede venir ocasionado por el matrimonio, la legitimación, el reconocimiento o la adopción. Igualmente, se determina que el nacimiento a bordo de un buque o aeronave se considerará como ocurrido en el territorio del Estado cuyo pabellón enarbole el buque o esté matriculada la aeronave, a fin de impedir que la indeterminación sobre este punto genere un supuesto de apatridia. Con carácter general, se proscribe la privación de nacionalidad respecto de la persona que se convierta en apátrida por este hecho, impidiéndose también en tal caso la renuncia voluntaria a la nacionalidad.

El ordenamiento comunitario tampoco se ha mostrado indiferente al fenómeno de la apatridia. En un primer momento, equiparando al apátrida con la figura del refugiado a efectos del derecho a la reagrupación familiar, como recoge la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003. En un segundo momento, estableciendo normas relativas a la concesión por los Estados miembros de protección internacional a personas apátridas, y mediante la creación de un estatuto uniforme para los refugiados o para las personas con derecho a protección subsidiaria y al contenido de la protección concedida, en los términos que establece la Directiva 2011/95/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011.

Por lo que se refiere al ordenamiento español, su normativa comparte plenamente los objetivos de prevención y eliminación de la apatridia y la concepción tuitiva de las personas que la padecen. Así lo refleja de forma específica el artículo 13.4 de la Constitución Española, que recoge el mandato de desarrollo legal del ejercicio del derecho de asilo por los apátridas. En cumplimiento de lo cual, el legislador español ha articulado diversos instrumentos destinados no solo a alcanzar este objetivo, sino también a procurar al apátrida de un estatuto legal pleno en cuanto al reconocimiento de sus derechos.

Los requisitos para obtener en España el reconocimiento de la condición de apátrida se recogen en la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España (LOEX). Conforme a su artículo 34.1, el ministro del Interior reconocerá la condición de apátrida a los extranjeros que, manifestando que carecen de nacionalidad, reúnen los requisitos previstos en la Convención sobre el Estatuto de Apátridas, hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954 (*vid.* STS de 23 de enero de 2004). El mismo precepto dispone que, el reconocimiento de dicha condición comporta una doble consecuencia: se expedirá al apátrida la documentación de viaje prevista de dicha Convención y quedará sujeto al régimen específico contenido en el Estatuto de Apátrida (2001).

Como se ha indicado, la orientación protectora de la legislación española respecto de la apatridia va más allá del mero reconocimiento de esta condición, tratando el legislador de otorgar también facilidades en el ámbito laboral. A tal fin, el artículo 40 LOEX incluye la apatridia entre los supuestos tasados de exención de la situación nacional de empleo, abarcando tanto a quienes que hayan sido reconocidos como apátridas como a los que hayan perdido dicha condición al año siguiente a la terminación de este estatuto.

El Real Decreto 865/2001, de 20 de julio, aprueba el Reglamento de Reconocimiento del Estatuto de Apátrida. Su punto de partida es la pre-

misa de que los apátridas no siempre reúnen los requisitos para ser reconocidos como refugiados, lo que les impide gozar del derecho de asilo. Pero esta circunstancia no debe implicar la privación del ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, «pues se trata de personas a las que la Comunidad Internacional ha prestado su atención por entender que es deseable regularizar y mejorar su condición».

El Reglamento es consecuencia varios factores: la adhesión de España a la Convención de 1954, el mandato constitucional contenido en el artículo 13.4 CE, y la previsión de reconocimiento de la condición de apátrida contenida en la normativa sobre extranjería. Como recuerda el propio Reglamento, todo ello exigía el establecimiento de un estatuto que previera «las peculiaridades derivadas de la singularidad de la apatridia y las dificultades indagatorias y documentales en la instrucción del expediente».

Una vez obtenida la condición de apátrida, el Estatuto otorga el derecho a residir en España y a desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles de conformidad con lo dispuesto en la normativa de extranjería, así como el derecho a la reagrupación familiar en las condiciones que esta recoge. La condición de apátrida puede finalizar por dos razones: revocación o cese.

La revocación se acordará cuando la condición de apátrida se haya obtenido mediante datos, documentos o declaraciones falseados. También, en los siguientes supuestos: cuando se hubiera reconocido dicha condición a personas que son consideradas nacionales por algún Estado, o bien poseen los derechos y obligaciones inherentes a sus nacionales; si están recibiendo protección o asistencia de un organismo de Naciones Unidas distinto del Alto Comisionado para los Refugiados; y en caso de que hubiera razones fundadas para considerar que se han cometido determinados delitos, o se han realizado «actos contrarios a los propósitos y principios de las Naciones Unidas».

Por su parte, el cese tiene carácter automático, y procede cuando tenga lugar cualquiera de las siguientes circunstancias: la concesión de la nacionalidad española al apátrida; la obtención de la nacionalidad de otro Estado, o el establecimiento de la residencia en un país que le reconozca derechos y obligaciones análogos a la posesión de su nacionalidad de dicho Estado; el reconocimiento de su estancia y permanencia en el territorio de otro Estado que le haya documentado como apátrida.

Este conjunto normativo estatal se completa con la Ley 12/2009, de 30 de octubre, del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, que vino a revisar y modernizar el sistema hasta entonces vigente, basado en la Ley 5/1984, de 26 de marzo. Esta había sido ya objeto de reforma en 1994 (Ley 9/1994, de 19 de mayo), fundamentalmente para adaptar el sistema español al considerable cambio cualitativo y cuantitativo que en este ámbito supuso el ingreso de España en la Comunidad Europea, no solo en su vertiente fáctica, sino también jurídica, al integrarse en un contexto europeo de progresiva armonización de las legislaciones nacionales en la materia.

Unos años después de esta primera modificación, el nuevo texto sigue la orientación marcada por la política europea de asilo, cuyo punto de partida se encuentra en el Tratado de Ámsterdam de 1997 y que generó la aprobación de un elenco de normas comunitarias que debían ser incorporadas al ordenamiento jurídico interno. Con esta orientación, la Ley 12/2009 establece los términos en que las personas nacionales de países no comunitarios y las apátridas podrán gozar en España de la protección internacional constituida por el derecho de asilo y la protección subsidiaria, así como el contenido de dicha protección internacional.

La condición de refugiado se reconoce «al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él» (artículo 3), siempre que dicha persona

no se encuentre incurso en alguna causa legal de exclusión o denegación de la condición de refugiado, o de revocación del derecho de asilo.

Volviendo a la definición de esta figura, importa subrayar que la apatridia es la ausencia de nacionalidad que se genera cuando ningún Estado reconoce a la persona como nacional suyo. El matiz es importante, pues existe una situación que presenta características similares a la anterior, pero no constituye un supuesto de apatridia: la posesión de la nacionalidad de un Estado no reconocido por otro país. Se podría considerar que el no reconocimiento del Estado otorga a sus nacionales la condición de apátridas para el país que no considera a dicho Estado como tal, aunque otros países sí lo hagan. Sin embargo, desde una perspectiva jurídica no estamos ante un supuesto de apatridia, ya que esta concepción va contra su propia esencia, cuya finalidad es otorgar protección a cualquier persona que no tenga el amparo y apoyo de un Estado (STS 470/2017, de 21 marzo).

*Autora: Pilar Juárez Pérez
(Universidad Carlos III de Madrid)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS (ACNUR). *Acabar con la apatridia en 10 años*, noviembre 2017, disponible en: <https://www.refworld.org.es/docid/5ca268214.html>; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Derecho internacional privado*, vol. II, 18.^a ed., Comares, Granada, 2018; WALKER, Dorothy Jean. «Statelessness: Violation or Conduit for Violation of Human Rights?», *Human Rights Quarterly* 3, n.º 1, 1981, pp. 106-123.

VOCABLOS CONEXOS: Nacionalidad.

APOSTILLA

Para que los documentos públicos que se producen en un país tengan validez en los demás es preciso, según del país del que provengan que estén: 1) legalizados; 2) apostillados; o 3) no es preciso ninguna de estas formalidades.

1. Legalización de documentos con países con los que no existe ningún convenio internacional

En ausencia de Convenio internacional, la legalización de cualquier documento extranjero que pretenda ser reconocido y/o ejecutado en España supone superar una serie de trámites burocráticos muy largos y tediosos, este tipo de legalización es lo que se denomina legalización por vía diplomática, o cadena de legalizaciones, que implica una cadena de sellos y firmas, en la que cada autoridad posterior certifica el sello y la firma de la autoridad anterior. Para realizar una cadena de legalizaciones se deben seguir tres pasos: en primer lugar, el interesado debe dirigirse con los documentos originales a la autoridad competente del país extranjero que ha expedido el documento, que dependiendo del tipo de documento (acreditativo de estudios, judicial, notarial, etc.) será una u otra; en segundo lugar, una vez obtenida la diligencia de reconocimiento de firmas, es preciso que la firma del organismo competente sea acreditada por el Ministerio de Asuntos Exteriores del país de expedición de los documentos, autoridad que plasmará en el documento la correspondiente diligencia de legalización; finalmente, quedará el trámite de legalización ante el consulado o embajada española del país de expedición de los documentos a fin de que reconozca la firma de la legalización del Ministerio de Asuntos Exteriores extranjero.

2. Sustitución del trámite de la legalización. La apostilla

Existen numerosos convenios internacionales que aligeran o suprimen el trámite de la legalización el más importante es el *Convenio de La Haya*

de 1961 suprimiendo la exigencia de la legalización de los documentos públicos extranjeros (Estados parte: Albania, Alemania, Andorra, Antigua y Barbuda, Argentina, Armenia, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bahamas, Barbados, Bélgica, Belice, Bielorrusia, Bosnia-Herzegovina, Botswana, Brunei, Darus-salam, Bulgaria, Cabo Verde, Colombia, Corea, Costa Rica, Croacia, China (Hong Kong y Macao), Chipre, Dinamarca, Dominica, El Salvador, Ecuador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Ex República Yugoslava de Macedonia, Federación Rusa, Fidji, Finlandia, Francia, Georgia, Granada, Grecia, Honduras, Hungría, India, Irlanda, Islandia, Islas Cook, Islas Marshall, Israel, Italia, Japón, Kazajstán, Kirguistán, Leshoto, Letonia, Liberia, Lietchenstein, Lituania, Luxemburgo, Malawi, Malta, Mauricio, México, Moldavia, Mónaco, Mongolia, Montenegro, Namibia, Niué, Noruega, Nueva Zelanda, Omán, Países Bajos, Panamá, Perú, Polonia, Portugal, Rusia, Reino Unido, República Checa, República Dominicana, Rumania, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y Granadinas, Samoa, San Marino, Santa Lucía, Santo Tomé y Príncipe, Serbia, Seychelles, Sudáfrica, Suecia, Suiza, Surinam, Swazlandia, Tonga, Trinidad y Tobago, Turquía, Ucrania, Uruguay, Uzbequistán, Venezuela y Vanuatu).

Se trata de un Convenio que se aplica a los documentos públicos que hayan sido autorizados en el territorio de un Estado contratante y que deban ser presentados en el territorio de otro Estado contratante, definiendo como documentos públicos a los que les es aplicable el Convenio aquellos: a) dimanantes de una autoridad o funcionario vinculado a una jurisdicción del Estado, incluyendo los provenientes del Ministerio Público, o de un secretario, oficial o agente judicial; b) documentos administrativos; c) documentos notariales; d) certificaciones oficiales que hayan sido puestas sobre documentos privados, tales como menciones del registro, comprobaciones sobre la certeza de una fecha y autenticaciones de firmas. El Convenio indica expresamente que no se aplicará ni a los documentos expedidos por agentes diplomáticos o consulares ni a aquellos documentos administrativos que se refieran directamente a una operación mercantil o aduanera.

Este Convenio establece que la única formalidad que se puede exigir para certificar la autenticidad de la firma, calidad del signatario del documento y, en su caso identificación del sello o timbre del que el documento esté revestido, será la fijación de la apostilla expedida por la autoridad competente del Estado del que dimana el documento. El modelo de la apostilla se acompaña como anexo al Convenio y debe cumplir los requisitos de forma y presentación previstos en el mismo, pudiendo venir consignada únicamente en el idioma de la autoridad que la expida, aunque es preciso que el título «Apostille» se consigne en francés.

Para apostillar uno de los documentos indicados en España y según el Real Decreto 1497/2011 se acudirán a las «autoridades apostillantes» que son diferentes dependiendo del documento. Para apostillar documentos públicos administrativos (algunos de los cuales necesitan reconocimiento previo de firma) expedidos por los órganos propios de las Comunidades Autónomas (exceptuando los documentos académicos y judiciales) y por las entidades locales de la misma y documentos judiciales (incluidos documentos del Registro Civil), el ciudadano podrá dirigirse, a su elección a cualquiera de los siguientes lugares: a) Oficina Central de Atención al Ciudadano del Ministerio de Justicia; b) gerencias territoriales del Ministerio de Justicia y oficinas delegadas de Ceuta y Melilla; c) secretarías de gobierno de los tribunales superiores de justicia y de las ciudades de Ceuta y Melilla. Los documentos judiciales que se apostillan son los emitidos por una autoridad judicial, de cualquier instancia (juzgados, audiencias provinciales, tribunales superiores de justicia) y de todas las ramas de la jurisdicción (civil, penal, social, contencioso administrativo, etc.).

Con respecto a los documentos autorizados notarialmente y documentos privados cuyas firmas hayan sido legitimadas por notario, la autoridad competente será el decano del colegio notarial respectivo o miembro de su junta directiva. Si se trata de apostillar documentos de los órganos centrales de la administración general del Estado, corresponderá

la función al jefe de la sección de legalizaciones de la subsecretaría del Ministerio de Justicia.

En España es posible realizar la apostilla electrónica. El sistema de apostillas electrónicas se establece en la Orden Ministerial JUS/1207/2011, de 14 de mayo, por el que se crea el registro electrónico de apostillas del Ministerio de Justicia y se regula el procedimiento de emisión de apostillas en soporte papel y electrónico. La apostilla para documentos públicos en soporte papel se emite siempre con soporte papel. Para documentos públicos en soporte electrónico se emite únicamente en soporte electrónico.

Las apostillas en papel de documentos emitidos en soporte papel están firmadas digitalmente y figuran en el mismo documento apostillado o en un anexo o prolongación del mismo, conectado con un medio inalterable (grapas y sellos o similar).

Las apostillas electrónicas también están firmadas digitalmente y contienen el documento público embebido en ellas. La firma electrónica garantiza en estos casos que la apostilla electrónica y el documento embebido no hayan sido alterados tras su emisión. Los solicitantes de una apostilla electrónica, cuando así lo hayan especificado en el momento de la solicitud, podrán descargarse la apostilla electrónica a través de la sede electrónica del Ministerio de Justicia.

3. Eliminación del requisito de la legalización y formalidades análogas (apostilla)

Dentro del marco de confianza comunitario, la legalización y cualquier formalidad análoga a la misma ha quedado eliminada en numerosos instrumentos comunitarios que vinculan a los Estados miembros. Así, por ejemplo, en los reglamentos procesales 1215/12 («Bruselas I bis») y 2201/03 («Bruselas II bis») cuando se refieren a los documentos necesarios para poder solicitar el reconocimiento y/o la ejecución de las re-

soluciones extranjeras se indica que se debe aportar una copia auténtica de tal resolución pero que de la misma «no se exigirá legalización ni formalidad análoga alguna».

Lo mismo sucede en el ámbito convencional, tanto multilateral como bilateral. Numerosos convenios eliminaban desde hace tiempo la necesidad de legalización de los documentos entre los Estados contratantes, un ejemplo de eliminación del requisito lo tenemos en el *Convenio de La Haya de 1973 referente al reconocimiento y ejecución de las resoluciones relativas a las obligaciones alimentarias* (BOE n.º 192, de 12 de agosto de 1987; corr. errores, BOE n.º 282, de 25 de noviembre). Estados Parte: Albania, Alemania, Andorra, Austria, Dinamarca, Eslovaquia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Lituania, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Suecia, Suiza, Turquía y Ucrania). Entre los bilaterales que se ocupan del reconocimiento de sentencias, la legalización no es necesaria en los convenios firmados con: Francia; Italia; Alemania; Austria; Uruguay; Israel; China; Bulgaria (para ciertos documentos públicos únicamente); Marruecos; Rumanía y El Salvador.

4. *Recursos on line*

Página de la Unión Europea: www.e-justice.europa.eu

Ministerio de Justicia español: www.mjusticia.gov.es

Página de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: www.hcch.net

*Autora: Flora Calvo Babío
(Profesora contratada. Doctora de Derecho Internacional Privado,
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid)*

APOSTILLA ELECTRÓNICA

La apostilla electrónica es un documento digital que se comunica de forma telemática, el cual permite a un país agilizar la legalización de documentos públicos para que puedan ser usados con plenos efectos en un Estado extranjero. Se trata de la versión electrónica de la apostilla de La Haya, es decir del trámite de legalización único y simplificado de documentos públicos previsto por el Convenio de La Haya del 5 de octubre de 1961. Se realiza por medios electrónicos y sobre un documento público electrónico.

1. Convenio de La Haya de 1961 y el e-APP

Para que los documentos públicos emitidos en un Estado sean considerados auténticos en otros, es necesario que cumplan con el requisito de la legalización; ahora bien, «esta no confiere veracidad al contenido del documento, sino que lo que se certifica es la autenticidad, es decir, que la/s firma/s que aparece/n en el instrumento y las personas a quienes pertenecen se encuentran en ejercicio de las funciones atribuidas» (ALL, 2019). Conceptualmente se circunscribe la legalización a «dos aspectos extrínsecos de los instrumentos mediante un control por cotejo de las firmas y sellos, a los efectos de saber si quien firma ese instrumento es realmente esa persona y se encontraba en el momento de hacerlo en ejercicio legal de sus funciones propias» (FEUILLADE, 2008).

El Convenio de La Haya del 5 de octubre de 1961, suprimió la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros sustituyéndola por la apostilla. Cabe recordar que este Convenio, es uno de los tratados internacionales más aceptados y aplicados a nivel global. Actualmente, se encuentra en vigor en 118 Estados, convirtiéndolo en uno de los instrumentos internacionales más exitosos en el ámbito de la cooperación jurídica y administrativa internacional.

El objetivo principal del Convenio sobre Apostilla es facilitar la circulación de documentos públicos otorgados en un Estado parte, que deben ser presentados en otro Estado parte. De esta manera, según la propia Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado (HCCH), es posible reemplazar «las formalidades de la legalización (certificación en cadena), tantas veces engorrosas y costosa, por la simple emisión de una Apostilla» (2009).

El efecto de la Apostilla es certificar la autenticidad de la firma, la calidad en que el signatario del documento haya actuado y, en su caso, la identidad del sello o timbre del que el documento esté revestido. No se refiere, en cambio, al contenido del documento público subyacente.

La Comisión Especial, al evaluar el funcionamiento práctico del Convenio sobre la Apostilla, reiteró en varias reuniones que el espíritu y la letra del Convenio «no constituyen un obstáculo al uso de la tecnología moderna», sosteniendo incluso que la utilización de dicha tecnología puede mejorar ostensiblemente la aplicación y funcionamiento del Convenio. Estas conclusiones fueron confirmadas durante el Foro Internacional sobre el e-APP en 2016.

En abril de 2006, la HCCH, de manera conjunta con la Asociación Nacional de Notarios de los Estados Unidos de América (NNA por su sigla en inglés) lanzó oficialmente el Programa Piloto de Apostillas Electrónicas (e-APP). La HCCH (2009) en su reseña sobre el Convenio enuncia que los objetivos del e-APP son:

promover y asistir a los Estados en la implementación de modelos de *software* operativos, seguros y de bajo costo para (i) la expedición de Apostillas electrónicas (e-Apostillas) y, (ii) la creación y utilización de registros electrónicos de Apostillas (e-Registros) a los que puedan acceder los destinatarios de manera electrónica para comprobar el origen de las Apostillas (en papel y electrónicas) que hayan recibido.

Atento el éxito del programa, en enero de 2012 se dejó de denominar «piloto» aunque se mantuvo la «p» original en la sigla e-APP.

El e-APP permite un desempeño mucho más efectivo del Convenio, aumenta considerablemente la seguridad, al tiempo que posibilita disuadir eficazmente la comisión de fraude. Puede ser utilizado con cualquier tipo de tecnología y no privilegia el uso de una por sobre el de otra, por lo que los Estados partes pueden elegir libremente la que mejor se adecue a sus necesidades y estructuras.

La HCCH organiza foros internacionales sobre el e-APP de manera periódica con el objetivo de discutir y promover su implementación. El último fue el 11.º Foro Internacional sobre el Programa de Apostilla Electrónica (e-APP), celebrado entre el 16 y el 18 de octubre de 2019 en la ciudad brasileña de Fortaleza, al que asistieron más de 350 expertos de más de 40 partes contratantes y no contratantes.

Los participantes concluyeron que se mantiene el interés global tanto en el Convenio sobre Apostilla como en el e-APP y reconocieron el importante impacto positivo que el e-APP tiene en la facilitación de los procedimientos para la emisión y verificación de la apostilla, así como en la mejora del acceso a los servicios para los ciudadanos de todo el mundo.

En el mismo encuentro se plantearon algunas cuestiones que deberán ser evaluados por la HCCH para optimizar el funcionamiento del e-APP. Algunos de los temas sugeridos por los participantes del Foro fueron los siguientes:

- a) Evaluación de si un uso más extendido de las tecnologías de registro descentralizado puede afianzar y mejorar el e-APP en el funcionamiento práctico del Convenio, en particular en relación con los registros electrónicos. A los efectos de preparar estos debates, los participantes invitaron al Consejo de Asuntos Generales y Política a considerar la posibilidad de establecer un Grupo de Expertos, integrado también por expertos en tecnología de la información, para el estudio de estas cuestiones;

b) Posibles medidas para promover una interpretación e implementación coherentes del apartado 3 del artículo 1 (documentos excluidos del ámbito de aplicación del Convenio); c) Maneras en que la Oficina Permanente podría publicar más información sobre las prácticas de las Partes Contratantes, en especial sobre mecanismos digitales de certificación.

2. *Documentos públicos*

La apostilla se aplica solo respecto de documentos públicos. El Convenio de La Haya de 1961 no posee una definición autónoma de «documento público» por lo que, la naturaleza «pública» del documento estará determinada por el derecho del lugar del que procede (el Estado de origen). No obstante, el artículo 1 precisa algunas orientaciones en cuanto a los tipos de documentos que pueden ser calificados como públicos. Estos comprenden: a) los documentos dimanantes de una autoridad o funcionario vinculado a una jurisdicción del Estado, incluyendo los provenientes del ministerio público, o de un secretario, oficial o agente judicial; b) los documentos administrativos; c) los documentos notariales; d) las certificaciones oficiales que hayan sido puestas sobre documentos privados, tales como, certificaciones oficiales que registran el documento o su existencia en una fecha determinada y autenticaciones de firmas. Aunque el Convenio no se aplica ni a documentos expedidos por agentes diplomáticos o consulares, ni a los documentos administrativos que se refieran directamente a una operación mercantil o aduanera, la propia HCCH ha considerado que la exclusión de estas materias del artículo 1 debe interpretarse de manera extremadamente restringida.

La apostilla electrónica puede emitirse tanto respecto a documentos públicos en formato papel como en documentos públicos electrónicos. Se trata de un documento público electrónico cuando la información se encuentra archivada en un soporte electrónico que incorpore datos que estén firmados electrónicamente, posee un formato determinado y es susceptible de ser identificado y diferenciado.

3. *El e-APP*

El mandato de la HCCH es «trabajar en pos de la armonización del Derecho internacional privado a nivel global, en perspectiva, estos desarrollos proporcionan algo de luz sobre las nuevas direcciones que está tomando el campo del Derecho internacional privado» (BERNASCONI, 2007).

Frente a las circunstancias tecnológicas en permanente innovación, el Convenio de La Haya de 1961 «sigue vigente e incluso ha aumentado su número de ratificaciones al diseñar el Programa de Apostilla Electrónica (e-APP) con el objetivo de garantizar que el Convenio funcione de manera efectiva, segura e ininterrumpida, apostando por la emisión de apostillas electrónicas (e-Apostillas) y la utilización de registros electrónicos (e-Registros)» (ALL, 2019).

Al tratar de mantener el funcionamiento del Convenio tan relevante y práctico como sea posible, la Oficina Permanente trabaja para adaptar e integrar nuevas tecnologías a los esfuerzos en curso a nivel internacional privado. La e-APP es un claro ejemplo de ello. En el marco de este programa, se persigue junto con los Estados interesados, «desarrollar, promover, asistir y poner en práctica *software* de bajo costo, operativo y seguro para: 1) la emisión y utilización de Apostillas electrónicas, y 2) la creación y funcionamiento de Registros electrónicos de Apostillas» (CELIS AGUILAR, 2011).

La implementación de la e-APP abarca diversas regiones geográficas comprendiendo a países pertenecientes a diferentes familias jurídicas, lo cual no ha implicado obstáculo alguno; por otra parte, ni la letra ni el espíritu del Convenio han sido un escollo para utilizar tecnologías modernas, y tampoco ha generado la necesidad de revisar el texto del instrumento convencional. El e-APP ha sido implementado en numerosos países de todo el mundo, mientras que otros actualmente se encuentran en la fase de implementación o consideran incorporarlo. De los 118 Es-

tados parte del Convenio de La Haya de 1961, 41 ya han implementado uno o ambos componentes del Programa e-APP.

El e-APP brinda al Convenio sobre Apostilla renovada energía y actualidad, procurando, en definitiva, extender el alcance del Convenio de Apostilla al medio electrónico y fortalecer sus importantes beneficios al hacer su operación más efectiva y segura.

Como se puede apreciar, el e-APP tiene dos componentes: la Apostilla electrónica y el Registro electrónico. El componente de Apostilla electrónica comprende la emisión del certificado de Apostilla en forma electrónica, con una firma electrónica. El Registro electrónico es el registro contemplado en el artículo 7 del Convenio, pero que puede ser consultado normalmente en línea y donde la verificación de la Apostilla se realiza de forma electrónica.

En general, la implementación del e-APP ha sido valorado de forma positiva por los países que la están implementando. A modo de ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia (TSJRM), donde se ha desarrollado este proyecto pionero en Europa en materia de certificación telemática de documentos oficiales, en un comunicado del 31 de marzo de 2010 sostuvo que «la e-apostilla es un hito altamente importante, tanto en el avance de la comunicación electrónica con el ciudadano, como en el fomento de la seguridad del tráfico internacional de documentos públicos». Asimismo, organismos como el Banco Mundial y la Cámara de Comercio Internacional han alentado a los países a adherir al sistema de apostilla y han reconocido que este mecanismo facilita la inversión extranjera y el comercio internacional.

No caben dudas que la legalización de documentos transita por un proceso de simplificación, fundado en la necesidad de las circunstancias imperantes, marcada por un aumento de la circulación en un ámbito de intercambio e interdependencia, la necesidad de una eficiente cooperación jurisdiccional y los desafíos de la globalización. Sin dudas la aposti-

lla electrónica, en el marco del programa e-APP, constituye un claro ejemplo de la adopción de nuevas tecnologías para la optimización del funcionamiento de un convenio dirigido a aportar soluciones y eficiencia en el terreno de la cooperación transfronteriza.

*Autora: Yasmín Aguada
(Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ALL, Paula. (2019). «Legalización de documentos en la fuente convencional y en la fuente interna. Un paso más en el avance hacia lo tecnológico y lo digital». Publicado en: *La Ley* 29/04/2019, 29/04/2019, 1. Cita *online*: AR/DOC/961/2019; BERNASCONI, Christophe. (2007). *Some Observations from the Hague Conference on Private International Law. ASIL Proceedings*. Disponible en <https://maltalawguide.com/wp-content/uploads/2019/02/Some-Observations-on-Hague-Conference-on-Private-International-Law.pdf> (consultado el 30/20/2020); CELIS AGUILAR, María Mayela. (2011). «Novedades del programa piloto de apostillas electrónicas (E-APP)» en *REDI*, vol. LXIII (2011), 2; FEUILLADE, Milton. (2008). «Los documentos extranjeros en el proceso», *La Ley* 2007-F, 805-LLP 2008 (mayo), 407; OZUNA, Elida Fabiana. (2016). «Aspectos prácticos sobre documentos públicos extranjeros al proceso: ¿legalización o apostillado?», *El Dial*; Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica España (Ley 11/2007 LAECSP); HCCH, *Tabla de Puesta en Practica de la e-App*, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/ca78ad12-a1be-4bfd-9ff7-b919d73a5b2f.pdf>/HCCH. (2009). *Reseña convenio de La Haya sobre apostilla*. Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/7f59e0fb-2db0-4b1a-a46b-0c7ce3ea368c.pdf> (consultado el 11/12/2020); 11.º Foro Internacional sobre el Programa de Apostilla Electrónica (e-APP) Conclusiones y Recomendaciones. Disponible en <https://assets.hcch.net/docs/f8ad668a-a393-47df-8952-fb7fd584243b.pdf> (consultado el 25/10/2020)

VOCABLOS CONEXOS: Actividad notarial. Apostilla. Conferencia de La Haya. Cooperación judicial internacional. Cooperación transfronteriza. Derecho internacional privado. Documento público.

ARBITRAJE

El arbitraje es un mecanismo de solución de diferencias

La resolución de conflictos de todo tipo a través del arbitraje era algo inédito en los países que no tienen cultura anglosajona hace apenas unos años, a pesar de que el arbitraje agiliza los largos procesos judiciales y que es tan antiguo como el propio desarrollo de la justicia en el mundo moderno. Un sistema rápido y eficaz de resolver la mayoría de los conflictos que, sin embargo, no ha comenzado a aplicarse de forma habitual hasta hace poco.

El arbitraje consiste en la resolución de conflictos, en materias de su libre disposición conforme a Derecho, entre dos o más partes a través de la intervención de un tercero neutral e imparcial que se denomina árbitro, que dicta un «laudo» de obligado cumplimiento para las partes que produce efectos idénticos a la cosa juzgada, sin que pueda ser revisado en vía jurisdiccional salvo motivos tasados y específicos.

Las razones por las que la cultura del arbitraje se está imponiendo con fuerza son básicamente dos: rapidez y economía. El arbitraje resulta infinitamente más rápido que la justicia ordinaria. Permite ajustar enormemente los plazos hasta el laudo o sentencia arbitral en función del tipo de controversia. Un tiempo mínimo en comparación con los largos procesos judiciales que llegan a dilatarse años. En contraste con la larga duración de los juicios, en el procedimiento arbitral los árbitros deberán dictar su laudo en un plazo mucho más breve y no respetar este plazo es una de las causas de nulidad del laudo arbitral. Reducción de tiempo y procedimiento que se traduce inmediatamente en ahorro.

Otra ventaja importante es el factor de flexibilidad, por cuanto el procedimiento arbitral puede adaptarse a las circunstancias de cada caso, teniendo el principio antiformalista un papel relevante, así como el factor de competencia y de especialización, ya que corresponde el enjuiciamiento de la controversia a un conjunto de expertos, distintos en cada caso y conocedores de las materias objeto de debate, siendo característica del arbitraje su voluntariedad en el sometimiento.

Es fundamental también hacer hincapié en la necesidad de fomentar una cultura del arbitraje. Aunque el arbitraje empieza a ser una realidad, y las expectativas abiertas por las nuevas Leyes en muchos países son positivas, será necesario que se lleve a cabo una labor de promoción de la institución. Es necesario apostar por las soluciones extrajudiciales de los conflictos, y ser conscientes de que al tejido empresarial de numerosos países, formado en su mayor parte por pequeñas y medianas empresas, no le compensa perder tiempo ni dinero acudiendo a los tribunales, ya de por sí bastante colapsados.

Un aspecto central de la regulación en general del arbitraje es el referido al convenio arbitral, que es el acuerdo de voluntades en función del cual las partes deciden someter a resolución una controversia determinada por medio de arbitraje.

Hay que ser conscientes de que acudir al arbitraje para la resolución de conflictos es un síntoma de madurez de una sociedad. El arbitraje consiste, básicamente, en un medio de resolución de litigios al margen de las vías judiciales, al cual acudiremos, básicamente, por razones de celeridad y flexibilidad.

El procedimiento arbitral debe atenerse a una serie de principios que son los de oficialidad, celeridad, contradicción, prueba y defensa, los cuales inspirarán el conjunto de trámites y actuaciones previas al laudo arbitral.

El arbitraje sigue siendo una de las alternativas más adecuadas para eludir o paliar los inconvenientes que pueden surgir de la Administración Pública de justicia y, desde luego, la cada vez mayor internacionalización de las relaciones comerciales hace que se convierta en una opción muy sugerente, por sus características de rapidez, menor coste y hasta mayor y mayor discreción

El arbitraje puede ser de un solo árbitro (lo nombrará el tribunal competente a instancia de cualquier parte); de tres árbitros (cada parte nombra uno y estos el tercero, que será el presidente del colegio arbitral); y arbitraje de más de tres árbitros en que todos serán nombrados por el tribunal competente a petición de cualquiera de las partes.

Los árbitros tienen potestad para decidir sobre su competencia (regla *kompetenz-kompetenz*). Los árbitros determinan asimismo la conveniencia de que las cuestiones relativas a su competencia sean resueltas con carácter previo o junto con las cuestiones de fondo.

Los árbitros pueden dictar tantos laudos como consideren necesarios, ya sea para resolver cuestiones procesales o de fondo; o dictar un solo laudo resolviendo todas ellas.

Los árbitros pueden adoptar medidas cautelares. Dicha potestad puede ser excluida por las partes, directamente o por remisión a un reglamento arbitral. Los árbitros carecen sin embargo de potestad ejecutiva.

Las potestades arbitral y judicial en materia cautelar son alternativas y concurrentes.

Las materias objeto de arbitraje se determinan sobre la base del criterio de la libre disposición sin efectuar una relación exhaustiva. La arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes.

Prima la autonomía de la voluntad de las partes. Esa voluntad se entiende integrada por las decisiones que pueda adoptar la institución administradora del arbitraje, en virtud de sus normas, o las que puedan adoptar los árbitros, en virtud del reglamento arbitral al que las partes se hayan sometido (integración del contenido del contrato de arbitraje o convenio arbitral). Las partes pueden también someterse a un concreto reglamento sin encomendar la administración del arbitraje a una institución y, en este caso, estaríamos ante un arbitraje *ad hoc*.

La flexibilidad, el antiformalismo y la máxima libertad es la característica de estos procedimientos.

También es fundamental, en cuanto a la eficacia del arbitraje, el hecho de que el laudo tenga fuerza ejecutiva, y que la acción de anulación no suspenda su ejecutividad.

Asimismo, se establecen unas tarifas para definir los costes, que se reducen, y se moderniza el procedimiento arbitral, potenciando el uso de las nuevas tecnologías, a la vez que se atiende a la especial cualificación para el nombramiento de los árbitros en virtud de sus conocimientos y formación específica.

El laudo es, con respecto al procedimiento arbitral, lo que la sentencia es con respecto al procedimiento judicial. Hay que dictar el laudo, a excepción de que exista un acuerdo contrario de las partes, en breve plazo. Una vez transcurrido el plazo sin que se haya dictado el laudo, el convenio arbitral quedará sin efecto y los interesados se pueden dirigir a la vía judicial.

Se distingue entre *arbitraje de Derecho*, en que los árbitros tienen que resolver mediante la aplicación de las normas jurídicas correspondientes al caso controvertido, y *arbitraje de equidad*, en cuya modalidad, los árbitros tienen que decidir de acuerdo con los postulados de la justicia material, es decir, de acuerdo con su conocimiento y sabiduría y queda li-

mitado a los casos en que las partes lo hayan pactado expresamente, así como arbitraje testamentario, que instituido en disposición testamentaria, puede solucionar las diferencias entre herederos no forzosos o legatarios; donde no se trata de hacer la partición, sino de prohibir la vida judicial y que se acuda a la arbitral.

Todavía quedaría por referirnos al arbitraje institucional, o también llamado arbitraje administrado, que es aquel en que las partes encomiendan la administración y designación de los árbitros a una corporación de Derecho público, o a una asociación o entidad sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales. El procedimiento arbitral está definido por la correspondiente institución, no teniendo las partes participación alguna en su elaboración. Dicha institución ejerce sus funciones según su propio reglamento.

El arbitraje institucional, tan extendido en la práctica internacional, sobre todo anglosajona, a partir de la Convención de Ginebra sobre arbitraje comercial internacional de 1961 donde se contempla el arbitraje institucional que se oferta mediante árbitros que las propias instituciones arbitrales proporcionan, siendo de destacar el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) dependiente del Banco Mundial, con sede en Washington, como único en el que se pueden residenciar demandas contra los Estados por parte de inversores extranjeros.

No es ninguna novedad, en el escenario internacional, la nacionalización del petróleo producida en Bolivia o Venezuela y tampoco el recurso a la invasión para proteger los derechos del inversor; así, cuando se nacionaliza el petróleo iraní en 1950, una revuelta motivó la dimisión de su presidente en 1953 y ante la expropiación del Canal de Suez, Francia y Gran Bretaña acuerdan con Israel intervenir militarmente en 1956, puesto que no había ningún Tribunal de Justicia Internacional en que una empresa —o un particular— pudiese demandar a un Estado.

Frente al recurso a la fuerza, en la actualidad, la protección de la inversión extranjera en países en vía de desarrollo se fundamenta en los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI), de los cuales hay cerca de tres mil vigentes en todo el mundo.

El contenido de dichos APPRI recoge que cada Estado garantiza a los ciudadanos y empresas del otro que las inversiones tendrán tratamiento justo, equitativo y no discriminatorio, con imposibilidad de nacionalización o expropiación, o medida similar, sin indemnización, equivalente al valor de mercado de la inversión expropiada antes de la medida.

La garantía de su cumplimiento estriba en la cláusula que permite la reclamación directa del inversor contra el Estado infractor ante el Tribunal Internacional de Arbitraje creado por el Banco Mundial en 1965 en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), con sede en las oficinas centrales del Banco en Washington, a donde, finalmente, tendrán que acudir las empresas contra los Estados si no llegan antes a un acuerdo satisfactorio.

Es decir, si, por ejemplo, un inversor español cree sufrir un trato discriminatorio en Perú, o un inversor peruano en España, o el Gobierno de dichos países del ejemplo, Perú o España, expropia su empresa, entonces puede iniciar un arbitraje contra dicho Estado de referencia, Perú o España, pidiendo a los árbitros que condenen a dicho Estado, español o peruano según los casos, a indemnizar el perjuicio causado.

El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio) por el que se establece el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) fue elaborado por los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (el Banco Mundial), que el 18 de marzo de 1965, sometieron, con un Informe adjunto, a los gobiernos miembros del Banco Mundial para su consideración con vistas a la firma y ratificación del Convenio, entrando en vigor el 14 de

octubre de 1966, cuando fue ratificado por veinte países, a los que se fueron sumando muchísimos más habiendo ratificado el convenio en diciembre de 2002, 136 países para convertirse en Estados miembros.

De conformidad con las disposiciones del Convenio, el CIADI proporciona servicios para la conciliación y el arbitraje de diferencias en materia de inversión entre Estados contratantes y nacionales de otros Estados contratantes. El demandante típico suele ser una empresa multinacional y el demandado un país en vías de desarrollo, aunque no siempre (hay también demandas contra Estados Unidos, por ejemplo), y los árbitros elegidos, que no tienen por qué ser necesariamente los que figuran en las listas del Banco Mundial, elegidos por los Estados, deben cumplir, en todo caso, las cualidades del Convenio de creación del CIADI: gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio.

Los laudos del CIADI equivalen a sentencias firmes dictadas por el más alto Tribunal de Justicia de los Estados, de cumplimiento obligatorio, sin apelación, que tendrán que ser ejecutados inmediatamente según consta en el Convenio de su constitución.

El primer país condenado de la UE fue España, curiosamente por la reclamación de un ciudadano argentino, cuando posteriormente el país austral fue el que, cuantitativamente, sufrió el mayor número de reclamaciones ante el CIADI que es el único tribunal internacional ante el cual el inversor que se crea perjudicado expoliado pueda ejercitar sus derechos. Es sabido que ante el Tribunal Internacional de Justicia, con sede en La Haya, solo pueden demandar los Estados, nunca los particulares y las empresas, aparte de la interpretación muy restrictiva del mismo en cuanto a la legitimación y competencia.

Se complementaron las disposiciones del Convenio CIADI mediante el Reglamento y las Reglas adoptadas por el Consejo Administrativo del

Centro de conformidad con el artículo 6(1)(a)-(c) del Convenio, que incluyen el Reglamento Administrativo y Financiero; las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje; las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Conciliación y las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje. El 29 de septiembre de 2002, el Consejo Administrativo del Centro aprobó las enmiendas al Reglamento y las Reglas del CIADI, que entraron en vigor el 1 de enero de 2003.

*Autor: Domingo Bello Janeiro
(Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de La Coruña. Árbitro CIADI,
Washington. Miembro de la Corte Permanente Arbitraje, La Haya)*

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje institucional. Arbitraje *ad hoc*. Árbitro. Laudo.

ARBITRAJE AD HOC

1. Concepto

En definición sencilla, el arbitraje *ad hoc*, o arbitraje no administrado, es aquel en el que las partes no difieren su administración a un centro especializado y permanente, sino que lo administran por sí mismas y a través de las decisiones del árbitro o del tribunal que resulten nombrados (*Diccionario panhispánico del español jurídico*
<https://dpej.rae.es/lema/arbitraje-ad-hoc>).

Se trata de un arbitraje concreto, para un caso determinado, que las partes o los árbitros, o ambos conjuntamente, establecen en función del deseo expreso de aquellos o de las particularidades del caso (Sentencia 455/2010 de 22 noviembre de la Audiencia Provincial de Islas Baleares (Sección 3.ª) AC 2010\2333). Es, por tanto, un arbitraje que responde a

las particularidades que establecen, para el caso concreto en disputa, las partes en el procedimiento, el árbitro o ambos de forma conjunta.

El arbitraje *ad hoc* resulta así parcialmente definido por contraposición al arbitraje administrado, al quedar caracterizado por su desarrollo al margen de una autoridad administradora y, en principio, sin la ayuda de reglas de procedimiento institucionales.

Queda sujeto, por tanto, a la cooperación entre las partes, que habrán de determinar, por sí mismas, todos los aspectos del arbitraje: número de árbitros, su nombramiento, la ley aplicable y, en general, las reglas del procedimiento.

El hecho diferencial entre el arbitraje *ad hoc* y el arbitraje institucional es, por tanto, que se haya o no encomendado la administración del arbitraje a un organismo o entidad arbitral.

La administración de un arbitraje se concreta en la prestación de los medios materiales para su desarrollo y, más particularmente, en el control de la actuación del árbitro y la integración del convenio arbitral (*Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2003, Thompson Aranzadi 2005, BACHMAIER WINTER, LORENA, p. 125).

A pesar de que en la actualidad el arbitraje administrado es el tipo de arbitraje más empleado en la práctica, la realidad es que el arbitraje *ad hoc*, ha sido, hasta fechas relativamente recientes, la forma preponderante, si no única, de tramitación arbitral.

Así, en España, el arbitraje institucional o administrado se encontraba prohibido por la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 22 de diciembre de 1953; fue la Ley 36/88 de 5 de diciembre la que permitió, por primera vez, a las partes, encomendar a instituciones arbitrales la administración del arbitraje y la designación de los árbitros.

2. *Características. Ventajas e inconvenientes*

El arbitraje *ad hoc* lleva al extremo una de las principales características del arbitraje en general, su flexibilidad.

Al tratarse de un procedimiento en principio no sujeto a regla institucional alguna, las partes son libres de configurarlo atendiendo a la tramitación que identifiquen como necesidad específica del procedimiento concreto. La flexibilidad, por tanto, es máxima, tanto en la configuración de los trámites procedimentales, como en la elección de los árbitros que hayan de resolver la disputa.

Buena muestra de ello es la posibilidad de que, en el seno de un arbitraje no administrado, las partes pueden sujetar su disputa al reglamento de una corte arbitral, sin que tal opción haga perder al arbitraje no administrado tal carácter.

Particularmente, las partes pueden, también, designar una institución arbitral como «autoridad nominadora». Es entonces esta institución —y no los tribunales—, la que quedaría encargada, entre otras cuestiones de:

- i. Nombrar un árbitro en caso de reticencia de una parte.
- ii. Estudiar y resolver las impugnaciones de los árbitros.
- iii. Actuar como titular del fondo para efectuar los anticipos de los honorarios de los árbitros; y
- iv. Llevar a cabo cualquier otra función particular que las partes acuerden someterle.

Junto a la flexibilidad que muestra el arbitraje no administrado, en principio, los costes asociados a él pueden ser más reducidos que los que

conlleva un arbitraje institucional, al permitir aquel evitar los costes de administración asociados a la entidad administradora.

No obstante, no debe olvidarse que, incluso en un arbitraje no administrado, los propios árbitros y/o un secretario designado por aquellos o por las partes, tendrán que realizar las funciones administrativas básicas, lo que puede generar costes semejantes a los que se derivan de la intervención de una institución arbitral. Si a esta intervención hubiera de añadirse la de un órgano judicial en función de apoyo al arbitraje, habrán de añadirse, igualmente, los costes derivados para las partes de su representación en el litigio.

Finalmente, es destacable la confidencialidad reforzada que puede ofrecer el arbitraje no administrado; si bien es cierto que uno administrado ofrece esta característica, parece evidente que un arbitraje *ad hoc* la intensifica, al limitar aún más, si cabe, el número de personas que tienen acceso a datos que las partes consideran sensibles.

Con respecto a las potenciales desventajas, ha de valorarse que, dado que, por su propia naturaleza, en el arbitraje no administrado no hay una institución arbitral, tampoco tomará provecho de ninguna de las funciones que estas desempeñan, entre ellas, las ya mencionadas de impulso y desarrollo del arbitraje. Particularmente, tampoco existirá una revisión del borrador del laudo, práctica habitual en las instituciones arbitrales.

Esta revisión, si bien lógicamente no imprescindible, aporta al laudo en ocasiones el conocimiento material de la corte, lo que el árbitro puede valorar, de entenderlo oportuno, en el caso correspondiente, coadyuvando de esta forma a su más completa decisión. Asimismo, la revisión por la corte permite la corrección de errores materiales, evitando a las partes un recurso a la posterior solicitud de aclaración. En definitiva, esta revisión contribuye, como regla general, a la ejecutabilidad del laudo.

Igualmente, por su propia naturaleza, el arbitraje no administrado es más proclive a necesitar del apoyo judicial para su inicio y desarrollo, al no existir una institución arbitral que asuma estas funciones de impulso.

Finalmente, la, con seguridad, principal desventaja del arbitraje *ad hoc* es que su eficacia depende de la predisposición de las partes a acordar los términos del arbitraje en el momento en el que este se plantea, normalmente, cuando ya existe una controversia.

La previsible falta de cooperación de la parte sobre la que se cierne una reclamación obliga a considerar esta circunstancia al pactar la cláusula arbitral.

Es, por tanto, recomendable, una cuidadosa y completa redacción de la cláusula arbitral por medio de la que las partes acuerden someter sus disputas a resolución en arbitraje no administrado, para evitar que una de ellas pueda obstaculizar el procedimiento.

La falta de cooperación de una o de ambas partes puede, en definitiva, dar lugar a una demora en la tramitación del procedimiento y a la necesidad de recurrir, en última instancia, a los tribunales, con el consiguiente retraso en la resolución de la disputa.

No es inhabitual en este sentido que, para evitar lagunas en el procedimiento, las partes en un arbitraje *ad hoc* se sometan al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional —Reglamento UNCITRAL— (Comentarios a la ley de arbitraje, Consejo Notarial del Notariado, 2014, REMÓN, Jesús, p. 326), particularmente diseñado para atender las necesidades de un arbitraje *ad hoc*.

Es igualmente habitual o, al menos, cuestión esencial que las partes habrán de considerar, que estas acudan a una institución arbitral como «referencia», acogiéndose a su reglamento, a su sistema para la designación

de árbitro o a ambos, limitando de esta forma los espacios vacíos que deja esta forma de arbitraje.

Conviene señalar, en este sentido que, las partes en el arbitraje comercial internacional, en la práctica suelen preferir acogerse a un arbitraje administrado en el que, junto a la confianza que confieren las instituciones arbitrales, algunas de larga tradición y reconocimiento, gozan de la seguridad y marco jurídico de los que estas dotan a los arbitrajes administrados, al asumir la entidad administradora la responsabilidad de instar el inicio e impulsar el procedimiento arbitral.

En este sentido, es destacable que, según el estudio efectuado por la *Queen Mary University* y *PricewaterhouseCoopers* en 2008, el 86 % de las resoluciones arbitrales encontraron su origen en un arbitraje institucional, mientras que tan solo un 14 % resultaron de arbitrajes *ad hoc*.

Finalmente, debe considerarse que la carencia en un arbitraje no administrado de un marco institucional de impulso y desarrollo, de un marco de actuación preestablecido, hace exigible en los abogados y árbitros que intervienen en él una consolidada experiencia en arbitraje, que coadyuve a sortear estas aparentes dificultades.

3. Apoyo institucional al arbitraje no administrado

Las limitaciones que, según hemos indicado, muestra en ocasiones el arbitraje no administrado para operar de forma autónoma e independiente de órganos judiciales y de entidades administradoras, ha llevado a algunas de estas últimas a articular sistemas de apoyo al arbitraje *ad hoc*.

Así, las principales cortes de arbitraje actúan habitualmente como autoridad nominadora, designando, si las partes lo solicitan, al árbitro, sin perjuicio de que se trate de arbitrajes no administrados.

Particularmente, la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de París (CCI) ha elaborado un Reglamento de la CCI como Autoridad Nominadora en Arbitrajes CNUDMI u otros Procedimientos Arbitrales, vigente a partir del 1 de enero de 2018, por medio del que establece el procedimiento para la prestación de servicios por parte de la CCI en el marco de los arbitrajes regidos por la UNCITRAL y otros arbitrajes *ad hoc*.

Este Reglamento diferencia entre los servicios que presta la CCI en relación con arbitrajes regidos por la UNCITRAL (artículo 6), ajustados al Reglamento homónimo y el resto de los arbitrajes *ad hoc* (artículo 7).

Por su parte, la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo dispone de una plataforma digital segura para las comunicaciones y el intercambio de archivos entre las partes y el tribunal arbitral.

Esta plataforma, de uso común en todos los arbitrajes administrados por esta corte y, desde el mes de mayo de 2020, la misma la ha puesto a disposición de las partes y árbitros en un arbitraje *ad hoc*.

Es de esperar que el desarrollo del arbitraje extienda también la oferta de servicios concretos por parte de las instituciones arbitrales a las partes en arbitrajes no administrados.

4. *Conclusión*

Esencialmente, las partes favorecen el arbitraje *ad hoc* cuando desean tener un control del procedimiento de arbitraje, en lugar de estar sujetos a la administración o control institucional, y cuando la cuantía de la controversia no es significativa.

A la vista de lo expuesto, un acuerdo de arbitraje *ad hoc* parece recomendable en aquellos supuestos en los que todas las partes están dispuestas a participar activamente en el arbitraje, primen la confidencialidad y dis-

pongan, o estén dispuestas a asumir el coste de abogados con amplia experiencia en arbitraje.

En todo caso, es recomendable que las partes recojan su compromiso de sumisión a arbitraje no administrador en una cláusula amplia y comprensiva, que anticipe el mayor número posible de las circunstancias que habrán de configurar el arbitraje.

Particularmente, parece aconsejable que la cláusula de sumisión a arbitraje recoja la sede del mismo y que designe una autoridad para el nombramiento de los árbitros en ausencia de acuerdo entre las partes, con el objeto de evitar, en la medida de lo posible, retrasos significativos, gastos e incertidumbre, así como, potencialmente, la aparición de circunstancias que puedan derivar en la nulidad del arbitraje.

Por último, dado que, potencialmente, el riesgo de que las partes hayan de acudir a los órganos judiciales para la formalización y desarrollo del procedimiento arbitral es mayor en el caso de los arbitrajes no administrados que el que presentan los que sí lo son, aquellos no son los más aconsejables en jurisdicciones cuya normativa en materia de arbitraje no se encuentre desarrollada o cuyo poder judicial no alcance un adecuado estándar de calidad. En tales casos, los obstáculos que presentara el arbitraje podrían resultar de muy difícil o de imposible superación, lo que conllevaría, a su vez, la imposibilidad de darle un desarrollo adecuado.

*Autor: Fernando Lanzón Martínez
(Socio de Evergreen Legal, Madrid)*

Fuentes:

<https://www.international-arbitration-attorney.com/es/arbitragem-institucional-ou-ad-hoc/>

<https://www.pinsentmasons.com/out-law/guides/institutional-vs-ad-hoc-arbitration>

<https://www.jamesclanchy.com/knowhow/ad-hoc-v-institutional-arbitration>

<https://www.charlesrussellspeechlys.com/en/news-and-insights/insights/real-estate/2013/ad-hoc-v-international-arbitration/>

https://www.garrigues.com/es_ES/noticia/arbitraje-administrado-o-no-administrado-diferencia

Comentarios a la Ley de Arbitraje 2003, Thompson Aranzadi 2005.

Comentarios a la Ley de Arbitraje, Consejo Notarial del Notariado, 2014.

Comentarios a la Ley de Arbitraje, 2.^a ed. Thomson Reuters 2011.

Diccionario panhispánico del español jurídico
(<https://dpej.rae.es/lema/arbitraje-ad-hoc>)

ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

El arbitraje comercial internacional es un mecanismo de solución de controversias relativas a las transacciones comerciales. Se trata de un mecanismo ampliamente asumido por los agentes económicos, por los Estados y por los profesionales de la práctica jurídica, que tiene su fundamento en el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes en virtud de la cual: las partes eligen la sede del arbitraje, el ordenamiento aplicable al fondo del asunto, el idioma del procedimiento y a los árbitros; y, también, las partes eligen a las instituciones arbitrales en caso de un arbitraje institucional.

Si observamos el entorno mundial en la actualidad, puede decirse que el arbitraje comercial internacional ha venido paulatinamente consolidándose como el medio idóneo para resolver los conflictos comerciales.

Y ello es así porque el nuevo entorno mundial que ha llevado a la globalización favorece y necesita de medios alternativos a la justicia estatal para resolver sus litigios. Las sociedades avanzadas se caracterizan por su grado de apertura. Son sociedades abiertas, como las definía Karl Popper. Abiertas a la libre circulación de las comunicaciones y de la información, abiertas al libre movimiento de los ciudadanos, abiertas también al libre comercio de bienes y servicios.

Esa apertura e internacionalización de la economía y la complejidad de las transacciones han forzado a los agentes económicos a buscar vías alternativas que sean capaces de garantizarles la adecuada seguridad jurídica en sus operaciones sin sobresaltos y sorpresas. Por ello, partiendo del hecho de que en los negocios internacionales se aplican ante todo usos, terminologías y costumbres establecidas por los comerciantes respecto a la materia, condiciones y formas de sus transacciones, lo deseable es que sean ellos mismos los que establezcan las reglas del mecanismo que sirva para resolver eventuales conflictos, lo que solo es posible si se recurre al arbitraje.

En el mundo actual esos agentes económicos han creado sus propias reglas autónomas de comportamiento que integran la nueva *lex mercatoria* a las cuales los miembros de la *societas mercatorum* reconocen un carácter y una aceptación universales. Ese desarrollo del Derecho de usos de comercio transnacional ha producido la creación y florecimiento de lo que pudiéramos llamar una jurisdicción transnacional que encuentra en el arbitraje comercial internacional su instrumento idóneo, que se ha convertido así en el sistema adecuado para resolver las discrepancias que puedan surgir de los contratos internacionales, gracias a sus características de celeridad, confidencialidad y especialización.

El arbitraje comercial internacional tiene, pues, como adelantábamos, su fundamento en el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes que, en el ejercicio de la misma, deciden libremente encomendar la resolución de sus diferencias a un árbitro o tribunal arbitral, determinando el Derecho y el procedimiento a aplicar, así como el idioma y el lugar y comprometiéndose a cumplir el laudo que dicten que tiene el valor de cosa juzgada.

Hay que señalar en primer lugar que es necesario diferenciar claramente el arbitraje de inversión del arbitraje comercial internacional que es el vocablo que nos ocupa y al que lógicamente nos limitaremos.

Como señalamos anteriormente, los dos pilares fundamentales del arbitraje es el reconocimiento de la *autonomía de la voluntad de las partes* y la *eficacia coercitiva* del laudo al estar equiparado en su eficacia a una sentencia judicial, por ello, es necesaria la intervención del Estado, por un lado para establecer los límites en que esa autonomía puede actuar y por otro, para asegurar la eficacia del convenio arbitral y del laudo.

En consecuencia, para instrumentar y asegurar esos dos pilares son necesarios leyes positivas nacionales y convenios internacionales que aseguran y hacen posible la ejecución de los laudos en todos los países firmantes de los mismos, como consecuencia y necesidad de la globalización.

En lo que se refiere a los Convenios internacionales, el más importante es el Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras que se firmó en Nueva York el 10 de junio de 1958 (Convenio de Nueva York). Este Convenio fue y continúa siendo la piedra angular del arbitraje comercial internacional y ha permitido su desarrollo como instrumento indispensable de las relaciones comerciales en el marco de la globalización, asegurando un aspecto, como ya señalamos, fundamental e imprescindible que es la ejecución de los laudos.

Dada la limitación de extensión que implica un diccionario no limitaremos a apuntar algunos de los aspectos más relevantes del mismo.

La Convención de Nueva York supone, para los países signatarios, que el arbitraje goce de una presunción de legalidad y que la sentencia arbitral, como acto jurisdiccional que es, tenga la presunción de veracidad, lo que se traduce en una inversión de la carga de la prueba por lo que la parte contra la que se invoca la sentencia deberá alegar y probar la existencia de los requisitos positivos y negativos que condicionan, en cada caso, la concesión o denegación del *exequatur*, siendo suficiente para el solicitante el que presente, en apoyo de su pretensión, el documento que contenga el acuerdo o convenio arbitral y una copia del laudo. Ello no significa, quiero aclarar, que los poderes de oficio del juez queden suprimidos pero sí limitados al examen de la arbitrabilidad del litigio conforme a la *lex fori* y a la apreciación de la eventual vulneración del orden público.

En efecto, la Convención de Nueva York enumera en su artículo V, con carácter limitativo y cerrado, las causas en que debe incurrir el laudo arbitral para que se pueda denegar el reconocimiento y homologación solicitada lo que significa, en definitiva, una determinación taxativa de los poderes del juez y en este sentido es importante señalar que el citado artículo V de la Convención excluye la revisión del fondo del laudo que no procede en ningún caso ni siquiera en el supuesto de aparición de documentos o pruebas de los que no se dispuso, por fuerza mayor, con anterioridad y que de haber sido conocidos o aportados hubieran cambiado la parte dispositiva del laudo, siendo la única solución para casos de esta naturaleza la interposición de los procedentes recursos contra el laudo allí donde corresponda, en consonancia con lo que se establece en el artículo VI del Convenio que prevé la posibilidad de aplazamiento de la decisión de ejecución de la sentencia.

Finalmente, en materia de Convenios internacionales hay que mencionar también la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial de Panamá de 30 de enero de 1975.

Junto a estos convenios multilaterales existen también convenios bilaterales firmados por los diferentes Estados con terceros Estados que regulan también el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales internacionales.

En los casos en que un Estado ha suscrito por una parte uno o varios convenios multilaterales y por otro, tratados bilaterales cuyos campos de acción se superpongan, sus normas se encontraran en una situación de concurrencia que produce problemas de elección de la normativa aplicable

En esos supuestos, cuando el convenio multinacional es el Convenio de Nueva York, la relación entre los instrumentos en cuestión debe determinarse atendiendo a) lo previsto al respecto por la Convención de Nueva York; b) la regla de conflicto de los tratados; y c) lo establecido al respecto por el otro tratado coincidente.

En lo que se refiere a lo establecido por la Convención de Nueva York hay que señalar que la misma adopta una posición muy liberal en lo que se refiere a sus relaciones con otros tratados. En efecto, en el artículo VII.1 encontramos dos provisos. El primero conocido como el *more favourable right provision* que reconoce la libertad de una parte para basar su solicitud de ejecución de un laudo arbitral en una ley nacional o en otros tratados en lugar de la Convención de Nueva York. El otro proviso, llamado de *compatibilidad*, establece una afirmación general de compatibilidad de sus preceptos con cualesquiera otros acuerdos multilaterales o bilaterales relativos al reconocimiento y ejecución de sentencias concertados por los Estados contratantes al señalar que la Convención no afecta a la validez de otros tratados multinacionales.

En cuanto a la aplicación de la regla de conflicto de los tratados, los dos principios fundamentales tradicionales son los de *lex posterior derogat priori* y *lex specialis derogat generali*, a los que tanto la doctrina como la jurisprudencia, han añadido un tercer principio que es *la règle d'efficacité maximale* o *regla de máxima eficacia*.

Este principio de *máxima eficacia* que sustituiría en su caso a los otros dos tradicionales significa la posibilidad de aplicar las disposiciones convencionales legales más favorables en cada caso concreto de cara al reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral o dicho en otras palabras significa que si un laudo no es ejecutable bajo un tratado que pudiera ser aplicable pero sí lo es bajo otro que también podría aplicarse se aplicará este último con independencia de si se trata de un tratado anterior o posterior o de ámbito general o específico.

Hay que señalar también la existencia de la Ley Modelo sobre arbitraje comercial de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional del 21 de junio de 1985 que fue posteriormente enmendada el 7 de julio de 2006.

Dicha Ley Modelo ha sido progresivamente utilizada como base para la promulgación de leyes nacionales que han comprendido las ventajas de disponer de una ley nacional que siga las líneas maestras de la Ley Modelo cuyas disposiciones son familiares para los operadores internacionales, elemento importante dentro del contexto de la globalización.

Otro elemento importante y positivo en el arbitraje comercial internacional ha sido la aparición de lo que se ha llamado *soft law* que consiste en *guidelines* o recomendaciones que contemplan el tratamiento a dar a cuestiones y problemas que se suscitan en la práctica.

Estas recomendaciones no son, por supuesto, de obligado cumplimiento a menos que las partes expresamente así lo hayan acordado pero en cualquier caso pueden ser utilizadas como referencia por los árbitros.

Merecen especial mención, como ejemplos de *soft law*, el Reglamento de Arbitraje de CNUDMI/UNCITRAL de 1976, modificado en 2010, y modificado nuevamente el 16 de diciembre de 2013 para incorporar el Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia en los Arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el Marco de un Tratado ; las Notas de CNUDMI/UNCITRAL sobre la organización del proceso arbitral de 2016; las Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre prácticas de pruebas en arbitraje comercial internacional de 29 de mayo de 2010; las Directrices de la IBA sobre los conflictos de intereses en arbitraje internacional de 23 de octubre 2014; Directrices de la IBA sobre representación de parte en el arbitraje internacional de 25 de mayo de 2013 y las Directrices de la IBA para la redacción de cláusulas de arbitraje internacional. En esa misma línea, pueden citarse las denominadas Prague Rules que son unas directrices cercanas a los sistemas de *civil law*, cuyo texto data diciembre 2018 y que pretenden sustituir a las Directrices de la IBA sobre prácticas de pruebas en el arbitraje comercial que hemos mencionado más arriba, y que han generado una cierta polémica.

Igualmente, hay que mencionar el Código de Buenas Prácticas del Club Español del Arbitraje de mayo de 2019 que ha sido elaborado en un largo y minucioso proceso durante más de una año a través de una serie de comisiones y subcomisiones.

Finalmente hay que señalar que aunque el arbitraje como institución es indivisible puede hablarse de variantes opcionales. Es decir pueden utilizarse diversos criterios que, sin alterar la unicidad fundamental del arbitraje en Derecho privado, manifiesten diversas especies del mismo, aunque hay que señalar que la mayoría de los criterios usados son extralegales y utilizados por la doctrina con finalidad puramente expositiva. Para lo que nos interesa, nos limitaremos a referirnos a la distinción entre arbitraje comercial internacional institucionalizado o administrado y arbitraje no institucionalizado o *ad hoc*.

Es evidente que las características del moderno tráfico comercial y la necesidad de asegurar al máximo la neutralidad, imparcialidad y eficacia del arbitraje han hecho que sea el arbitraje institucionalizado o administrado el dominante en nuestros días a través de centros e instituciones a los que nos referiremos a continuación.

Han sido y siguen siendo esas cortes o centros de arbitraje los verdaderos impulsores del arbitraje facilitando la logística necesaria en los diferentes aspectos entre los que destacan el mecanismo de nombramiento de los árbitros, el establecimiento de normas procedimentales en sus reglamentos y algo tan importante como son los honorarios de los árbitros y las tasas de administración de la propia corte o centro lo que permite tener una referencia previa del coste del procedimiento arbitral.

Entre las cortes que gozan de un reconocimiento internacional, pueden citarse la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), La Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (Instituto CCE), la Asociación Americana de Arbitraje (AAA) con su Centro Internacional para la Resolución de Disputas, la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC) así como La Comisión Internacional de Arbitraje Económico y Comercial de China (CIETAC) Hay que señalar el crecimiento del arbitraje en Extremo Oriente con los Centros de Singapur, Hong Kong y Corea. También hay que citar al recientemente creado Centro Iberoamericano de Arbitraje (CIAR).

En España existen también importantes cortes de arbitraje como son la Corte de Arbitraje de Madrid, La Corte Civil y Mercantil de Arbitraje, la Corte Española de Arbitraje, el Tribunal de Arbitraje de Barcelona y la Corte de Arbitraje del Colegio de Abogados de Madrid y el muy recientemente creado Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM).

Autor: Julio González Soria
(Socio fundador González-Soria Abogados. Expresidente y presidente de honor de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial. Fundador y expresidente de la Corte de Arbitraje de Madrid. Presidente de la International Law Association (SB). Vicepresidente del Club Español del Arbitraje. Exmiembro de la Comisión de Derecho Mercantil de Naciones Unidas. Académico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España)

ARBITRAJE DE DERECHO Y DE EQUIDAD

1. Arbitraje privado internacional. Concepto

El arbitraje privado es un medio jurídico de arreglo de litigios, presentes o futuros, basado en la voluntad de las partes, y ajeno a los medios judiciales tradicionales de arreglo de las controversias entre sujetos de Derecho privado. Mediante el arbitraje, las partes eligen a simples particulares a los que se confía la adopción de una decisión obligatoria, el laudo arbitral, que pone fin a la diferencia jurídica entre ellas.

2. Criterios clasificadores

Los arbitrajes privados internacionales pueden clasificarse en atención a varios criterios: a) partes intervinientes; b) órgano y procedimiento arbitral; c) modo de solución del fondo del asunto.

3. Modo de solución del fondo del asunto

Con arreglo a la solución dada al fondo del asunto, se diferencia entre: *arbitraje de Derecho* y *arbitraje de equidad* (*arbitraje ex aequo et bono*).

3.1. *Arbitraje de equidad*

El arbitraje de equidad solventa la controversia sin recurrir a normas jurídicas, esto es, mediante el recurso a la «equidad» o «justicia del caso concreto». Las diferencias entre ambos tipos de arbitraje no deben, sin embargo, sobrevalorarse. En el arbitraje de equidad, existen siempre unas «reglas a seguir», las pactadas por las partes. Además, es frecuente que se respeten ciertas normas imperativas de determinados Estados, para así garantizar la ejecución del laudo arbitral en tales Estados. También se suelen aplicar en el arbitraje privado internacional de equidad, ciertos «usos del comercio internacional», muy difundidos en determinados sectores comerciales.

3.2. *Arbitraje de Derecho*

El arbitraje de Derecho es aquel que resuelve la controversia mediante la aplicación de normas jurídicas, cuya precisión previa es necesaria. Algunos países solo conocen el «arbitraje de Derecho». Según el arbitraje de Derecho, los árbitros deben aplicar el Derecho como lo haría un juez estatal. Es el caso, *ad ex.*, de los países escandinavos, de Alemania o de Austria. Otros países admiten que las partes nombren a los árbitros encargados de resolver la diferencia a título de amigables compondores (*ex aequo et bono*), que deben aplicar su personal sentido de la justicia del caso concreto. Es el caso de España, Portugal, Grecia, Suiza y Holanda. Pero en el arbitraje de Derecho, es necesario determinar el Derecho aplicable al fondo de la controversia que solventan los árbitros en el laudo arbitral. Se trata de un tema objeto de una polémica doctrinal ya clásica.

Las posturas enfrentadas pueden reconducirse, fundamentalmente, a las siguientes:

1.º El Derecho aplicable al fondo del asunto debe fijarse mediante una norma de conflicto, que señalará la ley estatal que los árbitros deben aplicar;

2.º El régimen jurídico aplicable al fondo de la controversia debe fijarse mediante normas materiales especiales para el tráfico externo y de origen transnacional, sin remisión a ninguna ley estatal. La cuestión es abordada por el Convenio de Ginebra 1961, y en los casos no cubiertos por este, por el artículo 34 LA 2003.

3.2.1. *Supuestos cubiertos por el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961 (CGin)*

En la regulación del arbitraje comercial entre particulares, el artículo VII.1 CGin. 1961 indica:

Las partes podrán, según su libre criterio, determinar de común acuerdo la ley que los árbitros habrán de aplicar al fondo de la controversia. Si no existiera indicación por las partes en lo concerniente al Derecho aplicable, los árbitros aplicarán la ley procedente de conformidad con la regla de conflicto que estimaren apropiada en el caso en cuestión. En ambos casos, los árbitros tendrán en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos mercantiles.

Este precepto, pese a su aparente simplicidad, constituye un peligroso avispero de problemas. El precepto fija dos puntos de conexión, estructurados en cascada.

1.º *Ley elegida por las partes.* El precepto no precisa si las partes deben elegir la ley de un Estado o una normativa no estatal. Sin embargo, la dicción literal del artículo VII.1 CGin. 1961, que se refiere a una «ley», parece inclinarse por admitir que las partes solo pueden elegir el ordenamiento jurídico de un Estado como «Derecho aplicable al fondo de la controversia». Determinada la aplicación de un concreto Derecho estatal, este es aplicable en toda su integridad, lo que incluye los Convenios internacionales y demás normativa de origen internacional que se hallen en vigor en dicho Estado. En consecuencia, las partes solo pueden excluir la aplicación de un determinado Convenio internacional cuando

ello sea permitido por el Derecho estatal aplicable al fondo de la controversia (*vid.* artículos 1 y 6 CVIM 1980) (J. C. FERNÁNDEZ ROZAS).

2.º *Ley procedente de conformidad con la regla de conflicto que los árbitros estimaren apropiada en el caso en cuestión.* El artículo VII.1 CGin. 1961 sigue, por lo tanto, una «óptica conflictual»: los árbitros deben aplicar la ley de Estado designada por una norma de conflicto, y no pueden aplicar, de modo directo, una normativa material especial para resolver la controversia, a diferencia de lo que establece, para España, el artículo 34 LA 2003. No obstante, este segundo punto de conexión resulta extremadamente complejo, por varias razones, como las que exponemos a continuación:

(a) La norma de conflicto más apropiada al caso en cuestión, ¿debe ser una «norma de conflicto estatal», o por el contrario, pueden los árbitros «crear» una norma de conflicto *ad hoc* que le parezca más adecuada para el caso en cuestión o, en general, para el arbitraje comercial internacional? La letra del precepto no impide que los árbitros puedan elaborar una norma de conflicto *ad hoc*. Ahora bien: no se trata de «especular» con la Ley aplicable al fondo del asunto, sino de utilizar una norma de conflicto con puntos de conexión de calidad, que conduzcan a la aplicación de un Derecho que resulte previsible para las partes, un Derecho cuya aplicación al caso suscite costes conflictuales reducidos porque encaja con las «expectativas legales de las partes». En consecuencia, parece conveniente señalar que los árbitros deben aplicar, si fuera posible, una norma de conflicto estatal, pues resulta más sencillo para las partes prever la aplicación de un Derecho designado por una norma de conflicto estatal que pueden consultar con carácter previo, que prever la aplicación de un Derecho estatal designado por una norma de conflicto que no existe y que los árbitros deben «construir» en el laudo arbitral.

(b) Aceptado que los árbitros deben aplicar, en principio, una norma de conflicto estatal, pero que no pueden ni deben «especular» con dicha norma de conflicto, debe admitirse que los árbitros no pueden recurrir a «cualquier norma de conflicto». Deben aplicar la norma de conflicto

que resulte de previsible aplicación por las partes. Entre tales normas de conflicto pueden citarse: (1) las normas de conflicto del Estado en el que tiene su sede el tribunal arbitral, como proponía el artículo 11 Resolución IDI en su sesión de Amsterdam (*Annuaire*, 1952, t. 11, p. 484), pero siempre que sea posible concretar una «sede del arbitraje» (PH. FOUCHARD, B. GOLDMAN). Esta tesis se halla actualmente superada, pues puede existir otra norma de conflicto más apropiada que la norma de conflicto del país de la sede del arbitraje; (2) en el caso de arbitraje privado internacional que trae causa de un contrato internacional, la norma de conflicto del país cuya ley material ha sido designada por las partes para regir su contrato, siempre que las partes hayan, efectivamente, elegido el Derecho o las reglas aplicable a su contrato (B. GOLDMAN), o bien la norma de conflicto del país cuya ley rige la relación jurídica que suscitó el arbitraje privado internacional; (3) la norma de conflicto del país de la residencia habitual o sede común de las partes, si es que existe; (4) en el caso de que las partes tengan su residencia habitual o sede en Estados distintos, puede aplicarse la norma de conflicto de tales países, siempre que se trata de normas de conflicto iguales o muy similares.

(c) En los casos en los que resulte complicado identificar una única norma de conflicto de previsible aplicación para las partes en el arbitraje, puede recurrirse a la aplicación de una norma de conflicto creada por los árbitros y extraída de los «principios generales del Derecho internacional privado». Tales principios generales son aquellos generalmente aceptados por los distintos sistemas estatales de DIPr. y por los instrumentos legales de Derecho uniforme (laudo arbitral de 15 mayo 1963, caso *Cavin*, *ICLQ*, 1964, p. 1011: «the connecting factors used in doctrine and in case law»). En tal sentido, algunos de los mecanismos técnicos recogidos en el Reglamento Roma I de 17 junio 2008 pueden considerarse como instrumentos que expresan un consenso metodológico general sobre cómo acreditar el «centro de gravedad de la relación jurídica». En tal perspectiva, ciertos preceptos de dicho Reglamento Roma I, en la medida en la que expresan tales principios generales del DIPr., pueden servir a los árbitros para construir una norma de conflicto que

determine el Derecho aplicable al fondo de la controversia: cláusula de excepción, aplicación de la ley del país de residencia del vendedor, preferencia por la ley de la residencia habitual sobre la ley nacional de las partes, etc.

(d) La referencia a los usos mercantiles que realiza el precepto muestra un alcance muy dudoso. Se duda si tal referencia contempla los «usos mercantiles» como un auténtico «orden jurídico independiente», o como una mera manifestación de la «autonomía material de las partes» dentro de un determinado Derecho estatal. Pues bien, parece razonable entender que dicha referencia cubre los usos mercantiles a los que las partes se hayan referido al margen de toda legislación nacional, y también cubre la aplicación de los usos mercantiles que presentan una difusión notoria en el sector comercial de que se trate, de modo que las partes no podían desconocerlos.

3.2.2. *Supuestos regulados por la Ley 60/2003*

Igualmente, en los casos no regulados por el Convenio de Ginebra de 1961, en relación con la regulación del arbitraje comercial internacional entre particulares, personas físicas o jurídicas, el artículo 34.2 LA 2003 dispone que:

sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el arbitraje sea internacional, los árbitros decidirán la controversia de conformidad con las normas jurídicas elegidas por las partes. Se entenderá que toda indicación del Derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al Derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes. Si las partes no indican las normas jurídicas aplicables, los árbitros aplicarán las que estimen apropiadas.

El apartado 3 del artículo 34 LA 2003 añade que: «en todo caso, los árbitros decidirán con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrán en cuenta los usos aplicables».

La Exposición de Motivos (VII) de la LA 2003 explica el alcance de estas disposiciones y su leitmotiv:

3.º Siguiendo la orientación de los ordenamientos más avanzados, se suprime la exigencia de que el Derecho aplicable deba tener relación con la relación jurídica o con la controversia, ya que se trata de un requisito de difusos contornos y difícil control.

4.º La ley prefiere la expresión «normas jurídicas aplicables» a la de «Derecho aplicable», en la medida en que esta última parece englobar la exigencia de remisión a un concreto ordenamiento jurídico de un Estado, cuando en algunos casos lo que ha de aplicarse son normas de varios ordenamientos o reglas comunes del comercio internacional.

5.º La ley no sujeta a los árbitros a un sistema de reglas de conflicto.

El análisis del precepto arroja el siguiente resultado:

1.º En primer lugar, las normas jurídicas a aplicar en el arbitraje privado internacional son las «normas jurídicas elegidas por las partes». En consecuencia, las partes pueden elegir como Ley rectora del fondo de la controversia en un arbitraje privado internacional cualquiera de los siguientes «conjuntos de normas».

(a) Ordenamientos no estatales, como la *Nueva Lex Mercatoria* o los Principios Unidroit 2010, pues el artículo 34 LA 2003 autoriza a las partes expresamente a realizar tal elección. Sobre esta posibilidad, cabe realizar determinadas observaciones. Primera: se trataría de elegir como Ley rectora del fondo del asunto, un sistema jurídico independiente de cualquier Derecho estatal, auténticamente internacional, creado y custodiado por los árbitros, que de manera pretoriana formularían mediante sus laudos arbitrales y que giraría en torno a la denominada *Nueva Lex Mercatoria* (*lex mercatoria* o *jus mercatorum* o *nundinarum*). Segunda: en relación con los contratos denominados «semiinternacionales» (contratos concluidos entre un Estado y una empresa extranjera, que tienen por objeto, de ordinario, el arrendamiento o la concesión de un bien o servicio público), es

comprensible el deseo de los Estados de no verse sometidos al Derecho de otro Estado. Se comprende, pues, que se busquen «normativas no estatales» como *ad ex.*, los «principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas» que los árbitros aplicarán para resolver las controversias que les han sido sometidas. Tercera: en ocasiones, la referencia realizada por las partes en favor de este «Derecho no estatal» es un mero brindis al sol, pedaleo de gimnasio y torero de salón, pues tales «ordenamientos», como la *Nueva Lex Mercatoria*, son conjuntos fragmentarios de normas, lagunosos, incompletos, imprecisos, y compuestos por doctrinas extraídas de decisiones arbitrales no siempre publicadas (M. J. HUNTER, P. SANDERS) o no siempre motivadas. En otros casos, los árbitros dicen hacer fallado en aplicación de la *Nueva Lex Mercatoria*, pero no es cierto: forman su decisión a partir del contenido de diversos derechos nacionales, de donde, realmente, toman las normas aplicables. Cuarta: puede suceder que, desde un punto de vista procesal, el logro de un «arbitraje anacional» acabe siendo una victoria sin alas debido al llamado «síndrome NORSOLOR» (Sentencia del Tribunal de apelación de París de 9 diciembre 1980, *Société Aksa vs. société Norsolor*, texto en *RCDIP*, 1981, pp. 545-550, y *nota* de E. MEZGER). Este se produce cuando los tribunales del país donde se ha dictado el laudo estiman que dicho laudo no es un laudo nacional, sino un laudo extranjero precisamente por haber sido dictado en aplicación de una normativa no estatal. En dicho supuesto, y visto que se trata de un laudo extranjero, los tribunales pueden considerar inadmisibles un recurso previsto, exclusivamente, contra los laudos nacionales. Quinta: en principio, con arreglo al Convenio de Nueva York de 10 junio 1958, no cabe negar el *exequatur* a un laudo arbitral extranjero por el mero hecho de que los árbitros hayan aplicado la *Nueva Lex Mercatoria* al fondo de la controversia y no una Ley estatal. Sexta: la tendencia en favor de un arbitraje cuya controversia se decide mediante la aplicación de normas de Derecho que pueden ser normas no estatales, es clara. Se admite en Francia (*vid.* sent. Cass. 13 octubre 1981), en Suiza (*vid.* artículo 187 LDIPr. 18 diciembre 1987: «Il tribunale arbitrale decide la controversia secondo il diritto scelto dalle

parti o, in subordine, secondo il diritto con cui la fattispecie è più strettamente connessa»).

(b) Las partes pueden elegir como aplicables al fondo de la controversia, ciertos materiales que no constituyen «ordenamientos», sino conjuntos de reglas o pautas de comportamiento no estructurados sistemáticamente. En este grupo de materiales deben incluirse los principios generales del Derecho, los usos del comercio internacional, los códigos de conducta, convenios internacionales concretos, leyes modelo o leyes uniformes y otros materiales difusos.

(c) Las partes también pueden elegir un Derecho de un Estado, caso en el que se entiende que toda indicación del Derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que las partes hayan indicado lo contrario, al Derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes, pues ello crearía inseguridad jurídica, razón por la que se procede a la prohibición del «reenvío inesperado».

(d) Las partes pueden también elegir las normas de «conflicto de Leyes» de un ordenamiento estatal determinado.

2.º En segundo lugar, si las partes nada han señalado sobre las «normas jurídicas aplicables» para resolver el fondo de la controversia, los árbitros aplicarán las «normas que estimen apropiadas». En este sentido, los árbitros no están sujetos a una norma de conflicto concreta, ni española ni extranjera, ni tampoco están sujetos a una Ley sustantiva concreta, ni española ni extranjera. Los árbitros no son los «guardianes» de la Ley de ningún Estado específico. Para detectar la normativa aplicable al fondo del asunto, los árbitros no están obligados a aplicar, de modo previo, una norma de conflicto que determine cuál es, en particular, dicha Ley reguladora del fondo del asunto, a diferencia de lo que establece el CGin 1961 en los casos regulados por dicho convenio, pues en tales casos, el CGin 1961 obliga a los árbitros a aplicar siempre una norma de conflicto

antes de concretar la normativa sustantiva aplicable al fondo del asunto. En consecuencia, los árbitros pueden aplicar:

- (a) Una norma de conflicto estatal, la que consideren más apropiada por designar la Ley estatal de aplicación más previsible para las partes.
- (b) Una norma de conflicto creada por los mismos árbitros debido a la complejidad del caso concreto, que designará una Ley estatal sustantiva aplicable al fondo de la controversia.
- (c) Una normativa estatal sustantiva determinada sin necesidad de aplicar, previamente, una norma de conflicto. Ello supone la aplicación de una Ley estatal por *voie directe*.
- (d) Una normativa no estatal que permita resolver adecuadamente la controversia, como los Principios Unidroit 2010 sobre contratos mercantiles internacionales, normas concretas de la *Nueva Lex Mercatoria*, usos mercantiles internacionales, principios generales del Derecho, etc.

Ciertos autores han defendido la posibilidad de los árbitros de admitir la aplicación de la *Nueva Lex Mercatoria* como resultado de una llamada «elección negativa de las partes». Este fenómeno se produce cuando las partes no han elegido ninguna Ley estatal concreta, dato que el tribunal arbitral interpreta como un rechazo a aplicar la Ley del país de la sede de cualquiera de las partes y como un mandato de las partes de «no aplicar» una Ley estatal determinada. En ese caso, ciertos árbitros han recurrido a la aplicación de la *Nueva Lex Mercatoria* (Laudo CCI n.7375/1996, *Westinghouse*) (J. C. FERNÁNDEZ ROZAS).

- (e) Un conjunto normativo formado por una combinación de reglas jurídicas extraídas de legislaciones estatales, y/o normativas no estatales.

Los árbitros podrán fraccionar la relación jurídica y someter distintas partes de dicha relación jurídica a legislaciones estatales o no estatales

diferentes, lo que se conoce como *dépeçage* arbitral del contrato o de la relación jurídica de la que se trate.

3.2.3. *Supuestos cubiertos por el Convenio de Washington de 1965. El arbitraje entre Estados y personas particulares*

Está en vigor para España el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 marzo 1965 (CW 1965). Este convenio se ocupa de los arbitrajes que tienen por objeto las controversias derivadas de inversiones extranjeras, y planteadas entre sujetos privados (= normalmente empresas multinacionales de países del «primer mundo»), y Estados receptores de tales inversiones. El convenio fue impulsado por el Banco Mundial, y ha sido firmado por un gran número de Estados.

3.2.3.1. *Caracteres básicos del Convenio de Washington de 1965: arbitraje de Derecho y arbitraje de equidad*

El régimen jurídico instaurado por el CW 1965 bascula sobre tres ejes básicos:

1.º Creación de un organismo específico cuya misión es resolver, mediante arbitraje, las diferencias relativas a *inversiones* entre Estados y sujetos privados de otros países. Se trata del CIRDI, organismo también conocido como CIADI o ICSID).

2.º Fijación de normas uniformes que regulan este procedimiento arbitral, así como la Ley aplicable al fondo de la controversia.

3.º Establecimiento de un sistema de normas que aseguran el reconocimiento y *exequatur* del laudo dictado según sus disposiciones, en los diferentes Estados partes (artículos 53-55).

3.2.3.2. *Derecho aplicable a la controversia*

El arbitraje que lleva a cabo el tribunal puede ser arbitraje de Derecho o de equidad (*ex aequo et bono*), aunque este último solo se llevará a cabo si las partes así lo acuerdan. En el arbitraje de Derecho, y a tenor del artículo 42 CW 1965, el Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las siguientes normativas.

1.º En primer lugar, aplicará las «normas de Derecho» acordadas por las partes. Se reconoce, por tanto, a tales partes, una «autonomía de la voluntad conflictual». Pueden designar como aplicable al fondo del asunto, la ley de un Estado.

2.º En segundo lugar, y a falta de acuerdo entre las partes sobre la ley aplicable al fondo del asunto, el tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluidas sus normas de Derecho internacional privado. Ello significa que aplicará las normas de conflicto del Estado parte en la diferencia, las cuales señalarán la ley material o sustantiva que deberá dirimir la controversia (A. GIARDINA). El artículo 42 CW 1965 solventa, pues, un «conflicto de sistemas de DIPr.». En el fondo, se estima que el sistema de DIPr. mejor situado para señalar la ley aplicable a la diferencia, es el DIPr. del Estado receptor de la inversión (*Host State*), de modo que, en principio, el tribunal arbitral operaría como un tribunal del Estado receptor de la inversión, que en el caso de conocer del supuesto, también daría aplicación al DIPr. del *Host State*, Estado al que pertenece dicho tribunal.

3.º Paralelamente, el Tribunal también aplicará aquellas normas de Derecho internacional público que pudieren ser aplicables. El tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto silencio u oscuridad de la Ley. Los artículos 43-47 contienen las reglas de procedimiento para la formación del laudo: práctica de pruebas, comparecencia de las partes, incidentes, reconvencciones, medidas provisionales, etc.

3.2.3.3. *Supuestos cubiertos por el Convenio de Washington de 1965*

El objetivo del CW 1965 es crear un depurado ambiente jurídico para la resolución de controversias que, frecuentemente, aparecen ligadas a componentes políticos de gran envergadura. En efecto, el hecho de que las controversias suelen plantearse entre Estados del tercer mundo y empresas multinacionales de países desarrollados se presta a peligros evidentes: riesgo de nacionalización o expropiación de la inversión, actos de fuerza, incumplimiento de las obligaciones asumidas bajo pretextos políticos, ejercicio de protección diplomática de la empresa multinacional por parte de los Estados desarrollados, etc. El Convenio de Washington trata, pues, alcanzar dos objetivos básicos: 1.º reducir el recurso por parte del Estado receptor de la inversión, a la «inmunidad de jurisdicción» para librarse de ser condenado por tribunales estatales y arbitrales y para librarse de la ejecución de sentencias de condena contra los Estados; 2.º reducir, igualmente, el recurso a la protección diplomática por parte de la empresa inversora.

*Autora: Esperanza Castellanos Ruiz
(Catedrática de Derecho Internacional Privado,
Universidad Carlos III de Madrid)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. «Arbitraje y Derecho aplicable, anotaciones al título X de la Ley 36/1988 de arbitraje», *RCEA*, vol. V, 1988-1989, pp. 171-189; AUDIT, B. *L'arbitrage transnational et les contrats d'Etat*, Dordrecht, 1988; CALVO CARAVACA, A.-L. y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, L. *El arbitraje comercial internacional*, Madrid, Tecnos, 1989; CHECA MARTÍNEZ, M. «Arbitraje entre Estados e inversores privados: entrada en vigor del Convenio de Washington de 18 marzo 1965», *REDI*, 1995, vol. XLVII, pp. 322-325; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., ARROYO MONTERO, R., ESPLUGUES MOTA, C. *Comentarios a la Ley 36/1988 de 5 de diciembre, de arbitraje*, (títulos IX y X), dirigidos por BERCOVITZ, R. Tecnos, 1991, pp. 797-913; DEHAUSSY, J. y GOLDMAN, B. «Arbitrage (en général)», *E. Dalloz DI*, vol.

I, 1968, pp. 110-111; ESPLUGUES, C. A. y MC. NERNNY, M. «Aproximación a la nueva ley modelo de UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional», *RCEA*, 1986, vol. III, pp. 11-28; FERNÁNDEZ ARROYO, D. P. «La Convención interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales aprobada por la CIDIP V», *REDI*, 1994, vol. XLVI, pp. 929-940; FOUCHARD, F. *L'arbitrage commerciale international*. París, 1965; *ID.* «La loi type de la CNUDI sur l'arbitrage commercial international», *JDI Clunet*, 1987, pp. 861-900; GARRO, A. M. «El arbitraje en América Central y la ley modelo propuesta por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho mercantil internacional (UNCITRAL)», *RCEA*, 1987, vol. IV, pp. 51-80; GIARDINA, A. «Arbitrato transnazionale e lex mercatoria di fronte alla Corte di Cassazione», *RDIPP*, 1982, pp. 754-771; GOLDMAN, B. «La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux», *JDI Clunet*, 1979, pp. 475-501; *ID.* «Arbitrage (droit international privé)», *E.Daloz DI*, vol. I, 1968, pp. 111-142; GÓMEZ JENE, M. *El arbitraje internacional en la Ley de Arbitraje de 2003*, Colex, Madrid, 2007; ZAMBRANA TEVAR, N. *La determinación del Derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones*, Bosch, Barcelona, 2011.

ARBITRAJE DE INVERSIONES

El arbitraje de inversiones, habitualmente introducido en un tratado bilateral o multilateral de inversión, es un método de resolución de disputas entre un inversor extranjero y el Estado donde ha realizado la inversión, derivadas del incumplimiento por este de una obligación de Derecho internacional de proteger la inversión del inversor extranjero. El arbitraje de inversiones se concibió en parte como respuesta a las deficiencias del proceso de Derecho internacional público de la protección diplomática.

Hasta finales de los años cincuenta, solo los Estados podían demandar a otros Estados. Tradicionalmente, si un Estado extranjero violaba los derechos de un inversor, este debía pedir a su Estado de origen que lo

asistiera en la protección de su inversión. El Estado entonces podía entablar negociaciones diplomáticas con el Estado incumplidor y/o ejercer la protección diplomática ante la Corte Internacional de Justicia (o su predecesora, la Corte Permanente de Justicia Internacional). Cualquier indemnización recibida como resultado de tales negociaciones era para el Estado del inversor, ya que el daño a la inversión se consideraba como un daño causado al Estado del inversor y no al inversor mismo.

Esta situación se consideró insatisfactoria porque no proporcionaba seguridad jurídica a los inversores extranjeros, ya sea porque su Estado de origen podría no querer defender la causa de un inversor o porque el Estado de origen podría no transmitir al inversor las indemnizaciones recibidas. Por ello, se consideró apropiado crear derechos para que los inversores pudiesen demandar directamente a los Estados por daños causados a sus inversiones.

Así, pues, a diferencia de la protección diplomática, el arbitraje de inversiones contemporáneo permite a un inversor que considere que se han violado sus derechos en virtud de un tratado demandar directamente al Estado anfitrión de la inversión ante un tribunal arbitral internacional, normalmente compuesto por tres árbitros y administrado por una institución arbitral. En arbitraje de inversiones, las instituciones arbitrales más prominentes son, entre otras, el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), la Cámara de Comercio Internacional (CCI), la Cámara de Comercio de Estocolmo (CCE), la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA) y el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (SIAC).

El arbitraje de inversiones es diferente del arbitraje comercial. El arbitraje comercial tiene una tradición de muchos siglos tanto a nivel nacional como internacional. Los arbitrajes de inversión también han existido durante bastante tiempo, pero solo se empezaron a utilizar de forma habitual en la solución de controversias internacionales cuando se cele-

braron los primeros tratados bilaterales de inversión a partir de 1959. Distinguir entre el arbitraje comercial y el de inversión puede ser difícil a veces. A menudo las controversias internacionales se refieren a un contrato entre una sociedad creada por un inversor extranjero y una empresa estatal. Este tipo de contrato puede contener una cláusula de arbitraje que se refiere típicamente a una institución de arbitraje comercial. Sin embargo, este tipo de casos pueden tratar realmente de una disputa de inversión y no de una controversia puramente comercial.

Una diferencia fácilmente reconocible entre el arbitraje comercial y el de inversión son los marcos jurídicos en los que funcionan. En lo que respecta al Derecho internacional público, para el arbitraje comercial, el único tratado relevante es la Convención de Nueva York de 1958, que trata del reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros. Por otra parte, para el arbitraje en materia de inversiones, los tratados de Derecho internacional público constituyen el marco fundamental, ya sean tratados bilaterales (TBI), instrumentos multilaterales (el Convenio del CIADI o el Tratado sobre la Carta de la Energía) o regionales (como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte o el Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y los Estados Unidos de América).

Las controversias sobre inversiones difieren en otros aspectos de las controversias comerciales ordinarias. A menudo la cantidad en disputa es notable y las cuestiones pueden tener considerables implicaciones políticas. A modo de ejemplo, los arbitrajes en materia de inversiones han dado lugar a algunos de los laudos con las mayores condenas de la historia, como el laudo contra la Federación Rusa en 2014 por valor de 50 000 millones de dólares en el caso iniciado por Yukos. Asimismo, los desacuerdos suelen referirse a los objetivos de la inversión así como al control y beneficio finales de la inversión. La inversión puede estar relacionada con una infraestructura vital cuya realización es de gran importancia para la economía nacional. El resultado de la controversia también puede afectar al clima general de inversión en un país. Además, no po-

demos olvidar que una de las partes del arbitraje es un Estado soberano que, sin embargo, necesita inversiones extranjeras y está obligado por los instrumentos internacionales que haya ratificado. Así pues, el arbitraje de inversiones presenta una serie de particularidades que lo distinguen del arbitraje puramente comercial.

También cabe destacar que el arbitraje de inversiones es un área del Derecho internacional público con un alto nivel de fragmentación ya que no hay un órgano judicial al que apelar ni que asegure la consistencia de las decisiones de los tribunales arbitrales. Así, pues, ha habido casos en que dos tribunales, constituidos en virtud de un mismo tratado, han llegado a conclusiones diametralmente opuestas sobre los mismos hechos o sobre una misma cuestión.

1. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones es la principal institución mundial dedicada a la solución de controversias en materia de inversiones internacionales. La conclusión en 1965 del Convenio del CIADI, que creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, proporcionó por primera vez un foro dedicado al arbitraje de controversias de este tipo. El propósito del Convenio del CIADI es estimular el desarrollo económico mediante la promoción de la inversión internacional. El reconocimiento de que la inversión extranjera privada es un elemento importante para el desarrollo ha llevado a muchos países a esforzarse por crear condiciones que atraigan a inversores extranjeros. Una parte importante de un marco jurídico favorable a la inversión extranjera es la disponibilidad de mecanismos apropiados para la solución de controversias. Así pues, los Estados crearon este sistema autónomo mediante un tratado especializado para la solución de controversias en materia de inversiones bajo la supervisión activa del Banco Mundial. A fecha de abril de 2021, el Conve-

El convenio del CIADI ha sido firmado por 163 Estados y ratificado por 155 Estados miembros.

El proceso del CIADI está concebido para tener en cuenta las características especiales de las controversias sobre inversiones internacionales y las partes interesadas, manteniendo un cuidadoso equilibrio entre los intereses de los inversores y los Estados anfitriones. Cada caso es examinado ya sea por una comisión de conciliación o un tribunal arbitral después de escuchar las pruebas y los argumentos jurídicos de las partes. Cabe destacar que el CIADI no es un tribunal internacional, sino que simplemente proporciona un marco institucional que facilita la conciliación y el arbitraje. La solución efectiva de las controversias se realiza principalmente a través de tribunales arbitrales que se constituyen sobre una base *ad hoc* para cada controversia. A cada caso, el CIADI también asigna un equipo legal que presta asistencia especializada durante todo el proceso.

Un aspecto clave de su éxito se basa en que la mera ratificación del Convenio del CIADI no confiere jurisdicción automáticamente al Centro ni a los tribunales arbitrales constituidos bajo sus normas. La jurisdicción de un tribunal arbitral constituido bajo las normas de arbitraje del CIADI está limitada por las condiciones de la cláusula arbitral y el artículo 25 del Convenio. Es decir, si un Estado ha ratificado el Convenio del CIADI pero no ha consentido someterse a su jurisdicción mediante una cláusula arbitral, ya sea en un tratado, un contrato o una ley, el tribunal arbitral no tendrá jurisdicción para decidir la disputa.

A pesar del hecho que el arbitraje de inversiones suele estar ligado a tratados bilaterales de inversión, este método de solución de controversias utiliza las formas y procedimientos del arbitraje comercial. En el caso del CIADI, el Centro adoptó de forma consciente las formas y procedimientos del arbitraje comercial con énfasis en: (i) los derechos de acción directa de los demandantes con exclusión del Estado de origen; (ii) el consentimiento específico de ambas partes como requisito previo

a la jurisdicción de los árbitros; y (iii) la autonomía de las partes en la selección de la ley aplicable y el procedimiento arbitral.

No obstante ello, hay tres diferencias claves respecto de los arbitrajes del CIADI y los arbitrajes comerciales. En primer lugar, un arbitraje ante el CIADI carece de una *lex arbitri* nacional. Esto significa que la sede del tribunal no impone ni puede imponer ninguna regla de procedimiento civil obligatoria al proceso arbitral. En consecuencia, el propio tribunal tiene competencia, a través del tratado aplicable, para solicitar medidas provisionales u otras medidas similares, a las que las partes en el procedimiento están obligadas a adherirse. Asimismo, en ausencia de una *lex arbitri* tradicional, el tratado establecerá todas las demás cuestiones pertinentes al procedimiento arbitral.

En segundo lugar, el sistema CIADI prevé un procedimiento de anulación. La anulación es un recurso limitado y exclusivo contemplado en el Convenio del CIADI para impugnar laudos arbitrales. La anulación solo es posible si el solicitante demuestra que se da uno de los motivos específicos establecidos en el artículo 52(1) del Convenio del CIADI. La anulación no se refiere a la idoneidad sustantiva de un laudo arbitral. A diferencia de una apelación, que por lo general tiene por objeto asegurar que una decisión judicial sea correcta a nivel sustantivo y procesal, la anulación solo puede basarse en defectos fundamentales del proceso arbitral. Hay cinco causas de anulación de un laudo arbitral en el sistema del CIADI:

- El tribunal no se constituyó debidamente.
- El tribunal se ha excedido manifiestamente en sus facultades.
- Hubo corrupción por parte de un miembro del tribunal.
- Se ha producido una grave desviación de una norma fundamental de procedimiento; o

- El laudo no indica las razones en las que se basa.

El proceso de anulación tiene lugar ante un comité de anulación *ad hoc* compuesto por tres miembros. A fecha de enero de 2021, se han presentado más de 120 solicitudes de anulación en el CIADI. Cabe destacar que solo 19 de estos laudos fueron anulados en parte o en su totalidad. Como tal, un laudo anulado o las partes anuladas de un laudo dejan de tener efecto. Según el Convenio, si se anula un laudo, la controversia se someterá, a petición de cualquiera de las partes, a un nuevo tribunal.

En tercer lugar, otra de las grandes diferencias con el arbitraje comercial es que, una vez que el laudo es definitivo, no es necesario hacer uso de la Convención de Nueva York de 1958 para reconocerla y aplicarla en terceros países. Los Estados partes del Convenio del CIADI están obligados a reconocer y ejecutar todos los laudos emitidos en virtud del Convenio.

A fecha de enero de 2021, el CIADI ha registrado 803 casos en virtud del Convenio del CIADI y el Reglamento del Mecanismo Complementario. El Centro ha visto un incremento exponencial de arbitrajes desde 1997 —hubo 38 casos en los primeros 25 años del Centro mientras que, en los siguientes 23 años, el Centro registró 765 casos—. La principal razón de este incremento fue la conclusión de unos 2,500 tratados bilaterales de inversión, a los que se han sumado también acuerdos de libre comercio y un número creciente de acuerdos multilaterales regionales. Dos décadas más tarde, el potencial práctico de esos tratados para proporcionar la base del consentimiento de los Estados al arbitraje a los efectos del Convenio del CIADI desencadenó el peculiar poder del arbitraje de inversión. Hoy en día, se estima que el CIADI administra aproximadamente el 65 % de todas las controversias de tratados de inversión de dominio público.

2. Arbitraje de inversiones ad hoc

El arbitraje de inversiones es inherentemente flexible ya que los Estados tienen la prerrogativa de decidir qué características tendrá el procedimiento de resolución de disputas en la negociación de los términos del tratado en cuestión. Generalmente, los Estados se decantan por someter las disputas con inversores al sistema del CIADI o bien a arbitraje *ad hoc*.

Un arbitraje *ad hoc* es aquel que, por omisión o por designio, no requiere que el arbitraje sea administrado por una institución arbitral. Las características principales son las siguientes:

- Las partes eligen ellas mismas al tribunal, sin referencia a una institución arbitral. Sin embargo, si las partes no pueden ponerse de acuerdo sobre la elección del árbitro, es común que la decisión se remita a una autoridad nominadora como, por ejemplo, el Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje.
- No hay supervisión ni apoyo de ninguna institución en relación con las actuaciones arbitrales. No obstante, si las partes están de acuerdo, podrán solicitar ayuda a una institución arbitral para la eficaz ejecución de tareas procesales y/o administrativas.
- No hay revisión del laudo por parte de una institución arbitral como, por ejemplo, en el caso de la CCI.

Para ahorrar tiempo y dinero, los arbitrajes *ad hoc* suelen adaptar un reglamento existente en lugar de establecer un procedimiento a medida. El Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) es un conjunto de reglas procesales de arbitraje que se adoptan con mucha frecuencia en los arbitrajes *ad hoc*. La última versión del reglamento CNUDMI es de 2013 y entró en vigor el 1 de abril de 2014.

Cuando se somete un arbitraje con arreglo al reglamento de la CNUDMI, hay que tener en cuenta que:

- El laudo es definitivo y vinculante para las partes y debe ejecutarse sin demora. Sin embargo, estas reglas no excluyen los derechos legales de apelación o impugnación en virtud de las leyes nacionales aplicables, por ejemplo, en virtud del artículo 69 de la Arbitration Act de 1996 en Inglaterra. Si se trata de una consideración importante, es necesario modificar el acuerdo de arbitraje para reflejar que las partes han acordado que no habrá derecho de apelación.
- A falta de acuerdo previo sobre una autoridad nominadora en caso de que las partes no puedan llegar a un acuerdo sobre la elección del árbitro, las partes deben dirigirse al Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje, quien seleccionará una autoridad nominadora. Una vez hecha esa selección, se pedirá a la autoridad nominadora que nombre un árbitro.
- No establece una estructura de honorarios y los árbitros simplemente aplicarán sus tarifas estándar.

A diferencia del sistema del CIADI, las partes que deseen el reconocimiento y/o ejecución de un laudo arbitral que resulte de un arbitraje *ad hoc* deberán acudir a los tribunales nacionales del país donde quieren que se reconozca y/o ejecute el laudo. Además de la legislación nacional del país en cuestión, las partes pueden basar su petición en la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Esta convención ha sido ratificada por 165 Estados y prevé que los tribunales de los Estados partes deberán reconocer y ejecutar laudos arbitrales extranjeros a no ser que dichos laudos presenten alguno de los defectos enumerados en el artículo V de la Convención. Estos defectos son:

- Incapacidad de ambas o una de las partes en virtud de la ley que les es aplicable.
- Invalidez del acuerdo arbitral en virtud de la ley aplicable según las partes o bien la ley del país en que se haya dictado el laudo.
- Imposibilidad de una de las partes de hacer valer sus medios de defensa (por ejemplo, por falta de una notificación válida del procedimiento o la designación del árbitro).
- Exceso de los límites del acuerdo arbitral entre las partes.
- Constitución irregular del tribunal arbitral.
- Defectos procesales contrarios al acuerdo arbitral o bien contrarios a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje.
- Falta de obligatoriedad del laudo.
- Inarbitrabilidad de la controversia; o
- Incompatibilidad del laudo con el orden público del país.

Así pues, es indudable que el arbitraje de inversiones se ha convertido en una herramienta clave para la resolución de disputas internacionales gracias a su gran flexibilidad y a la habilidad que proporciona a las partes de participar y moldear el sistema según convenga. El sistema está compuesto por una red cada vez más interconectada de inversores, Estados, abogados de parte, árbitros, expertos, instituciones arbitrales y financiadores externos.

*Autora: Clàudia Baró Huelmo
(Abogada asociada en Withers LLP)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: MCLACHLAN, Campbell. «Investment Treaty Arbitration: The Legal Framework», en VAN DEN BERG, Albert Jan (ed.). *50 Years of the New York Convention: ICCA International Arbitration Conference, ICCA Congress Series*, vol. 14, 2009, p. 95 y ss.; CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES. *The ICSID Caseload Statistics, Issue 2020-2; FECAK, Tom, International Investment Agreements and EU Law*, Kluwer Law International, 2016, p. 11 y ss.; REISMAN, W Michael, CRAWFORD, James Richard y BISHOP, Raymond Doak (eds.). *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary*, Kluwer Law International, 2014, p. 281 y ss.; GHOURI, Ahmad. «Interaction and Conflict of Treaties in Investment Arbitration», *International Arbitration Law Library*, vol. 32, 2015, p. 11 y ss.; MCLACHLAN, Campbell, SHORE, Laurence y WEINIGER, Matthew. *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford University Press, 2017, p. 3 y ss.; SICARD-MIRABAL, Josefa y DERAIS, Yves. *Introduction to Investor-State Arbitration*, Kluwer Law International, 2018, p. 1 y ss.; SABAHI, Borzu, RUBINS, Noah y WALLACE, Don. *Investor-State Arbitration*, Oxford University Press, 2019, p. 47 y ss.; NEWCOMBE, Andrew y PARADELL, Lluís. *Law and Practice of Investment Treaties: Standards of Treatment*, Kluwer Law International, 2009, p. 1 y ss.; BLACKABY, Nigel, PARTASIDES, Constantine, REDFERN, Alan y HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 2015, p. 1 y ss.; MUTHUCUMARASWAMY, Sornarajah. *The Settlement of Foreign Investment Disputes*, Kluwer Law International, 2000, p. 159 y ss.; HORN, Norbert. «Arbitration and the Protection of Foreign Investment: Concepts and Means», en HORN, Norbert y KROLL, Stefan Michael (eds.). *Arbitrating Foreign Investment Disputes: Procedural and Substantive Legal Aspects, Studies in Transnational Economic Law*, vol. 19, 2004, p. 3 y ss.; BÖCKSTIEGEL, Karl. «Commercial and Investment Arbitration: How Different are they Today? The Lalive Lecture 2012», *Journal of the London Court of International Arbitration*, vol. 28.4, 2012, p. 577 y ss.

VOCABLOS CONEXOS: Acuerdo de protección y promoción de inversiones. Arbitraje. Arbitraje *ad hoc*. Arbitraje institucional. Árbitro. Cláusula arbitral. Laudo arbitral. Medidas cautelares en el arbitraje internacional. Nulidad del laudo arbitral. Procedimiento arbitral. Reglamento de arbitraje. Reglas de Praga. Responsabilidad internacional. Tribunal arbitral.

ARBITRAJE INSTITUCIONAL

Se entiende por arbitraje institucional aquel que es administrado por una institución arbitral de acuerdo con sus reglamentos.

Su opuesto es el arbitraje *ad hoc*, también llamado arbitraje no institucional. En el arbitraje *ad hoc*, no obstante, las partes pueden acordar y solicitar que una institución de arbitraje actúe como autoridad nominadora de árbitros para su disputa sin por ello someter el arbitraje a la administración de la institución. Además, existen casos de arbitraje *ad hoc* en que las partes solicitan que una institución arbitral administre el caso de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil).

1. Elección del arbitraje institucional

Para hacer uso del arbitraje institucional, las partes acuerdan someterse al arbitraje de una institución determinada mediante un convenio arbitral. El acuerdo puede ser previo o posterior al surgimiento de la disputa entre las partes. Lo más frecuente es que se acuerde con anterioridad, previendo una posible disputa en el futuro.

Se ha indicado como principal efecto del arbitraje institucional la adopción automática, al someter las partes su disputa a una determinada institución arbitral, del reglamento de arbitraje de la institución arbitral elegida, así como de toda otra normativa emitida por ella.

2. *Las ventajas y desventajas del arbitraje institucional*

Las ventajas que ofrece el arbitraje institucional incluyen:

- a) La disponibilidad de cláusulas de arbitraje preestablecidas (cláusulas modelo o cláusulas tipo), cuyo fin es la redacción de una cláusula arbitral clara, sin ambigüedades y que cumpla con los requisitos básicos para su efectividad.
- b) La disponibilidad de reglamentos y procedimientos de arbitraje.
- c) La asistencia que ofrece la institución arbitral para la administración del caso.
- d) La asistencia que presta la institución arbitral para la constitución del tribunal arbitral.
- e) La determinación de los honorarios de los árbitros.
- f) El establecimiento de plazos.
- g) Un control de calidad directo o indirecto del arbitraje; y
- h) El respaldo que otorga el reconocimiento nacional e internacional de la institución arbitral para efectos de la ejecución del laudo.

En cuanto a las desventajas del arbitraje institucional frente al arbitraje ad hoc, algunos señalan los aranceles que estas instituciones cobran por sus servicios, la menor flexibilidad y las demoras burocráticas. Se trata más bien de una percepción que de una realidad, al menos en lo que respecta a las instituciones arbitrales líderes. Conforme a estudios y estadísticas de instituciones arbitrales, los aranceles cobrados por estas constituyen una mínima porción de las costas totales del arbitraje. Por otra parte, se han ido incorporando a las prácticas y reglamentos de las instituciones con mayor trayectoria una mayor flexibilidad y eficiencia en el procedimiento y en los procesos administrativos.

3. *Las instituciones arbitrales*

Las primeras instituciones arbitrales se fundaron en la segunda mitad del siglo XIX. Su número aumentó rápidamente durante el siglo XX y sigue creciendo en el siglo XXI, lo cual demuestra que las partes han sabido valorar la asistencia profesional prestada por este tipo de instituciones en el nombramiento de árbitros y en la administración de los casos de arbitraje. En efecto, las encuestas y estudios que se han realizado en años recientes reflejan la gran popularidad del arbitraje institucional por sobre el arbitraje ad hoc.

Las instituciones arbitrales están presentes en todo el mundo. La mayoría de ellas tienen sitios web, a menudo en varios idiomas, lo cual les brinda presencia y alcance global. Sus estadísticas muestran un volumen de casos constante o en ascenso, lo cual refuerza el sostenido atractivo del arbitraje institucional como método de resolución de disputas en el siglo XXI.

El gran número de instituciones arbitrales existentes ha derivado en una competencia entre ellas para conseguir la preferencia de los usuarios. Esto tiene un efecto positivo en el arbitraje institucional cuando las instituciones se esfuerzan por entregar un alto nivel de servicio en la administración de los casos y la selección de los árbitros. Asimismo, esta competencia puede contribuir en ocasiones a una mayor cooperación entre instituciones arbitrales.

Dentro de la gran variedad de instituciones que administran casos de arbitraje internacional, a modo de ejemplo pueden indicarse algunas de ellas (se recomienda visitar la página web de estas instituciones para obtener un conocimiento actualizado de ellas):

- Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI)

- Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM)
- Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA)
- Corte Permanente de Arbitraje (CPA)
- Tribunal Arbitral del Deporte (TAS)
- Centro de Arbitraje Internacional de Viena (VIAC)
- Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Finlandia (FAI)
- Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (SCC)
- Centro Regional de El Cairo para Arbitraje Comercial Internacional (CRCICA)
- Comisión de Arbitraje Comercial y Económico Internacional de China (CIETAC)
- Centro de Arbitraje y Mediación de la OMPI
- Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (SIAC)
- Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (HKIAC)
- Centro Internacional para la Resolución de Disputas de la Asociación Americana de Arbitraje (ICDR)
- Servicios de Mediación y Arbitraje Judicial (JAMS)

4. Funciones de las instituciones arbitrales

Las instituciones arbitrales se dedican principalmente a la administración de casos de arbitraje conducidos conforme a sus reglamentos. Esta función comprende todos los actos de gestión necesarios para que el arbitraje se realice en forma eficaz. Cuentan con personal entrenado para cumplir tan delicada función.

No resuelven casos por sí mismas, labor que corresponde a los tribunales arbitrales que se constituyan para cada caso.

En arbitrajes ad hoc, pueden actuar como autoridad nominadora de árbitros, si así lo solicitan las partes de la disputa. También, tratándose de algunas instituciones arbitrales, pueden estas asumir la administración completa de arbitrajes ad hoc bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil).

Muchas de estas instituciones otorgan además otros servicios: servicios de mediación y otros servicios de ADR, servicios de plataforma para la realización del arbitraje desde el principio hasta el final del procedimiento, y labores de apoyo técnico para la celebración de audiencias virtuales.

Además, cumplen un rol primordial en la promoción, difusión, educación y desarrollo del arbitraje como método de resolver disputas. En este sentido, organizan frecuentemente seminarios y webinarios, y también realizan academias para preparar futuros árbitros y especialistas en arbitraje.

5. Normativa de las instituciones arbitrales

La normativa de una institución arbitral está constituida fundamentalmente por el reglamento de arbitraje de la institución en cuestión. El

reglamento de arbitraje regula, entre otras materias, la constitución del tribunal arbitral, el procedimiento de arbitraje, las costas del arbitraje, la organización de la institución arbitral. Es común que estas instituciones cuenten con uno o más reglamentos para diversos tipos de arbitraje.

A esa normativa se agregan frecuentemente directrices, guías y notas adoptadas por la institución arbitral, que complementan o detallan la regulación de el o los reglamentos. Por ejemplo, guías para el árbitro, para la conducción eficiente del arbitraje, para revisar el laudo arbitral, para el uso de secretario del tribunal, entre muchas otras que van desarrollando las instituciones arbitrales en el tiempo.

Los reglamentos son actualizados periódicamente para ajustarse a la evolución del arbitraje tanto a nivel doméstico como internacional.

6. Preferencias de los usuarios y criterios para elegir una institución arbitral

Según sondeos realizados en la materia, los usuarios se inclinan por aquellas instituciones que cuentan con las siguientes características: alto nivel de administración (proactividad y capacidad de respuesta del personal de la institución arbitral), neutralidad e internacionalidad, presencia global o la capacidad de administrar arbitrajes en todo el mundo (experiencia en casos internacionales), y cierto grado de transparencia.

Otros factores que influyen en la elección por parte de los usuarios son la posibilidad de elegir libremente a los árbitros, una conferencia procesal realizada temprano en el proceso, la revisión formal del laudo por la institución arbitral antes de ser emitido, presencia regional y conocimiento de la región, y que la institución goce de alta reputación y sea reconocida ampliamente.

Finalmente, también incide en la elección de la institución arbitral la familiaridad, lo cual incluye la experiencia previa que se ha tenido con ella,

el conocimiento previo de su reglamento, prácticas y procedimientos, y su proximidad a los usuarios.

A decir verdad, por el impacto que tiene la elección de una institución determinada en el arbitraje institucional, es recomendable hacer un estudio previo de ellas, familiarizarse con sus reglamentos, su funcionamiento, prácticas, estadísticas y aranceles.

Un buen punto de partida para estudiar a las instituciones arbitrales es examinar su página web, de la cual se puede obtener información relevante, como la que sigue:

- Antigüedad (permanencia en el tiempo), trayectoria y experiencia
- Estadísticas: volumen de casos por año, proporción de casos domésticos e internacionales, entre otros datos de interés
- Reglamento o reglamentos de arbitraje y demás normativa
- Estructura organizacional (para arbitrajes internacionales, es común que tenga un consejo con miembros de reconocida trayectoria de diversos países)
- Personal calificado
- Nivel de aranceles de la institución
- Nivel de honorarios de los árbitros

*Autor: Adriana Aravena-Jokelainen
(Abogada de Chile, administradora de casos en
el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Finlandia, Helsinki)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ARAVENA-JOKELAINEN, Adriana. «Arbitraje institucional: la importancia de la Cláusula Modelo». *El convenio arbitral*, Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, vol. 62, 2019, pp. 25-52; ARAVENA-JOKELAINEN, Adriana y WRIGHT, Sean P. «Balancing the Triangle: How Arbitration Institutions Meet the Psychological Needs and Preferences of Users», *The Roles of Psychology in International Arbitration*, Kluwer Arbitration Series, Tony Cole ed., 2017, pp. 391-417.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje. Arbitraje *ad hoc*. Cláusula arbitral. Reglamento de arbitraje.

ARBITRAJE INTERNACIONAL MULTIPARTE

Se considera arbitraje multiparte, multipartito o arbitraje con pluralidad de partes (*Multi-Party Arbitration*) a aquel arbitraje en el que concurren más de dos partes con intereses enfrentados. El fundamento del arbitraje multiparte radica en la necesidad de dar una respuesta procesal a la complejidad cada vez mayor de las relaciones comerciales como consecuencia de la intensificación de la globalización de las últimas décadas del siglo pasado. En este contexto histórico y jurídico, la noción del arbitraje con pluralidad de partes es la de un procedimiento en el que sea posible discutir múltiples pretensiones y en el que actúen como parte todos aquellos sujetos a los que, dada su participación en una misma operación comercial, haya de afectar la decisión del árbitro o tribunal arbitral.

Desde una perspectiva sustantiva, son muy diversas las relaciones comerciales que pueden dar lugar a un arbitraje multiparte, pero sí destacan algunos escenarios: por ejemplo, los grandes proyectos internacionales industriales y de la construcción, cuya consecución requiere de la participación y vinculación de una multiplicidad de sujetos y empresas, generalmente de distintas nacionalidades, cada uno de los cuales asume una

concreta responsabilidad en su ejecución y resultado. Estos proyectos son el resultado de grandes redes contractuales conformadas por una pluralidad de operadores vinculados por uno o, más frecuentemente, por varios contratos independientes y con contenido autónomo, pero unidos todos ellos por una misma finalidad: la culminación de aquel. En este marco, son múltiples los conflictos y pretensiones —indemnizatorias o monetarias, por ejemplo— que se pueden originar en el contexto de una misma operación comercial transnacional con pluralidad de partes y contratos.

El fenómeno del arbitraje multiparte no es novedoso para la ciencia jurídica. Hace ya 25 años, en 1995, la Cámara de Comercio Internacional publicó su *Final Report on Multi-party Arbitrations*, documento de referencia para las instituciones, los árbitros y los autores que se han aproximado al estudio de esta materia. Desde entonces, los números no han dejado de crecer: el 31 % de las disputas que ingresaron en la Corte de Arbitraje de la ICC en el año 2019 involucraron a una pluralidad de partes. De estas, el 87 % enfrentó a entre 3 y 5 partes, el 11 % enfrentó a entre 6 y 10 partes, tres asuntos involucraron a entre 10 y 30 partes y un caso implicó a más de 100 partes. En cuanto a la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (en lo que sigue, LCIA), el 22 % de los arbitrajes iniciados en aplicación de sus reglas en el año 2019 fueron arbitrajes multiparte; en el 1 % de estos se vieron implicadas más de 10 partes.

1. Ventajas del arbitraje multiparte

La unificación de diversas disputas en un solo arbitraje puede facilitar, en primer lugar, la reducción de los costes y del tiempo en la decisión definitiva del conflicto; entre otras razones, porque basta a las múltiples partes con la constitución de un único tribunal arbitral que conozca de todos los asuntos, evitando aquellas, además, los gastos de la presentación de pruebas en los diferentes procedimientos.

En segundo lugar, el arbitraje multiparte impide que, en contra de las exigencias de justicia, se emitan laudos arbitrales contradictorios sobre materias estrechamente conectadas. Ello es especialmente problemático en el arbitraje, dada la imposibilidad de revisar los argumentos esgrimidos por el tribunal en el laudo arbitral, estando limitado su control judicial en sede de impugnación o reconocimiento y ejecución al examen formal del cumplimiento de determinados presupuestos procesales.

2. *Obstáculos del arbitraje multiparte*

El arbitraje multiparte plantea diversas dificultades que afloran al intentar compaginar la búsqueda de la eficiencia consustancial a este tipo de arbitrajes con el principio de voluntariedad que informa la institución arbitral y conforme al cual el válido desarrollo del arbitraje queda inexorablemente supeditado a que las partes enfrentadas hayan consentido someter sus disputas a la decisión de los árbitros en el convenio arbitral, piedra angular y elemento esencial del arbitraje. Como de forma clara entendió la Comisión para el Arbitraje Internacional de la ICC en su *Final Report on Multi-party Arbitrations* (1995):

las dificultades de los arbitrajes multiparte provienen de una sola causa. El arbitraje tiene una base contractual; solo la voluntad común de las partes contratantes permite a una de ellas obligar a su contraria a someterse a un tribunal arbitral. Cuanto mayor es el número de partes, mayor será el grado de atención que haya de prestarse para asegurar que ninguna de aquellas se vea sometida al arbitraje sin su consentimiento.

El primero de los obstáculos es, pues, determinar cómo atraer o unificar, en un solo arbitraje, a los diversos sujetos afectados por unos mismos hechos, dada la complejidad de las relaciones jurídicas de las que derivan los conflictos. Pues bien, salvando los supuestos de pluralidad originaria de partes o, podríamos decir, litisconsorcio inicial, en los que varios demandantes instan un procedimiento arbitral de manera conjunta o en los que la demanda se dirige frente a varios demandados —por ser todos ellos, *prima facie*, parte del convenio arbitral—, son dos los mecanismos

procesales que dan lugar a este tipo de arbitrajes: la acumulación o consolidación de varios procedimientos arbitrales ante un mismo tribunal arbitral y la entrada e intervención de terceras partes en el arbitraje (más adelante volveremos sobre estas figuras).

Otra de las dificultades de este tipo de arbitrajes radica en el ámbito del nombramiento de árbitros. En primer lugar, no es posible o no resulta conveniente que cada una de las múltiples partes nombre a un árbitro, pues ello daría lugar a tribunales conformados por un elevado número de árbitros, lo que supondría no solo un aumento considerable de los costes del arbitraje y una merma también importante en la eficiencia del proceso, sino, en muchos casos, la imposibilidad de que todos los árbitros se pongan de acuerdo para decidir el fondo del asunto y emitir el laudo arbitral. Además, podría entenderse que la posición jurídica con menos partes tendría una menor influencia en la composición del tribunal, con la consecuente limitación de la garantía de equidad. Mayores dificultades se presentan cuando la pluralidad de partes se produce de manera sobrevenida, ya sea por la entrada de nuevas partes en el arbitraje o por la unificación de diversos procesos pendientes. En estos casos, resulta difícil preservar el derecho de las nuevas partes a participar en el nombramiento de árbitros cuando el tribunal o los tribunales arbitrales hubieran sido constituidos con anterioridad.

Por último, preocupa el cumplimiento de las garantías de privacidad y confidencialidad propias del arbitraje, que pueden verse comprometidas cuando la pluralidad de partes se produce de forma sobrevenida. Así, puede pensarse, por ejemplo, en la entrada de partes adicionales en un arbitraje pendiente como consecuencia de la extensión de la eficacia subjetiva del acuerdo arbitral, o en la acumulación de diversos procedimientos arbitrales; puede ocurrir, como resultado, que surja en una o en ambas posiciones jurídicas una pluralidad de partes que no habían celebrado el mismo convenio arbitral y cuyos intereses no sean, necesariamente, coincidentes. Esto es, que partes originarias y sobrevenidas se encuentren actuando, en un mismo arbitraje, junto con o frente a quie-

nes no les vincula ningún contrato ni, en consecuencia, acuerdo arbitral, sino únicamente la participación en una misma operación jurídica y el verse involucradas en disputas conexas. Pueden darse casos, en definitiva, en los que las audiencias, actuaciones procesales y la práctica de la prueba —ya de por sí difíciles de administrar en estos arbitrajes— queden abiertas y sean conocidas por colitigantes —sobrevenidos—.

3. *Mecanismos procesales para constituir un arbitraje multiparte*

Según hemos señalado en el anterior apartado, junto con el litisconsorcio inicial, el arbitraje multiparte puede constituirse en virtud de dos instrumentos procesales principales: la entrada e intervención de terceros y la acumulación de procesos.

En un sentido amplio, la intervención de terceros puede definirse como la incorporación de nuevas partes a un arbitraje ya iniciado como resultado de la interposición de nuevas acciones por el demandante o por el demandado originarios —a través de reconvenición— o del interés directo y legítimo en la decisión del conflicto que el tercero alegue y pruebe al tribunal. Este concepto genérico encierra los dos tipos de actuación de terceros en el procedimiento arbitral que pueden distinguirse: en primer lugar, el término *joinder* (entrada) hace referencia a la petición de una de las partes ya personadas en un procedimiento arbitral para incorporar a una nueva parte. Con la expresión *intervention* (intervención), se alude a la circunstancia en la que el propio tercero es quien se postula ante el tribunal arbitral para ingresar como parte en el arbitraje ya iniciado entre aquellas partes originarias. Como se aprecia, la diferencia entre ambas figuras radica, esencialmente y sin entrar en otras implicaciones, en el sujeto del que surge la iniciativa: si de las partes —demandante o demandado— existentes en el procedimiento arbitral en trámite o del tercero que pretende incorporarse como nueva parte. Habida cuenta de que el arbitraje, en cuanto que excepción a la exclusividad de la jurisdicción de los tribunales nacionales, está regido por el principio de voluntariedad como su rasgo más característico, una de las cuestiones impor-

tantes que plantea la entrada e intervención de partes adicionales en un procedimiento arbitral es, precisamente, la posibilidad de que esta pueda verificarse más allá del consentimiento de todas las partes involucradas —partes originarias y terceros—, incluso a través de la extensión del convenio arbitral a quienes, pese a no haber suscrito el acuerdo arbitral, pueden considerarse vinculados por sus efectos.

Por su parte, la consolidación o acumulación de arbitrajes supone la unificación de varios procedimientos arbitrales pendientes en un solo procedimiento ante un mismo tribunal arbitral. De esta forma, actuarán de forma sobrevenida varios sujetos como demandantes, como demandados, o habrá una pluralidad de partes en las dos posiciones procesales. El problema que plantea el carácter consensual del arbitraje en relación con una posible acumulación de procesos es distinto al de la intervención de terceros y se centra en la concreción de si es posible, atendiendo al contenido de los convenios arbitrales que han dado lugar a los diversos procedimientos, proceder a unificarlos en orden a evitar laudos contradictorios y, en su caso, de qué forma.

4. Una mirada a las instituciones arbitrales internacionales

De ordinario, en defecto de acuerdo —expreso o tácito—, la forma en la que las partes muestran su consentimiento al arbitraje multiparte y, con ello, a la incorporación de nuevas partes o a la acumulación de arbitrajes pendientes, es a través de la sumisión de la disputa a una institución arbitral cuyas reglas prevean estos mecanismos. El estudio de los reglamentos de algunas de las instituciones arbitrales de mayor trascendencia pone de manifiesto el interés por fomentar el recurso a estos institutos. Pero resulta patente que no existe consenso sobre cómo abordar las situaciones que se pueden dar en el contexto de los arbitrajes con pluralidad de partes.

Así, puede distinguirse un grupo de instituciones que, con un enfoque más conservador, condicionan la intervención de nuevas partes o la acu-

mulación de arbitrajes al acuerdo de todas las partes involucradas o a la posibilidad de mantener a los árbitros o tribunales que hubieran sido nombrados —incluso excluyendo la intervención o la acumulación con posterioridad a la constitución del tribunal arbitral— (así, por ejemplo, las normas de la Corte de Arbitraje Internacional de la ICC, de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA), del Centro Belga de Arbitraje y Mediación (CEPANI) o del Centro de Arbitraje Internacional de Viena (VIAC). Pero sabiendo que, incluso en este contexto, las instituciones difieren sobre la legitimación para solicitar la incorporación, la posibilidad de que esta o la acumulación de arbitrajes sea acordada de oficio, el órgano con competencia para adoptar la decisión y los márgenes preclusivos para instar cualquiera de los mecanismos.

Otras instituciones, en cambio, no supeditan la entrada de nuevas partes o la consolidación de arbitrajes al acuerdo expreso de todas las partes involucradas, siempre que se cumplan otros presupuestos que, de alguna forma, justifiquen su «imposición» a las partes. Son reglamentos que, además, contemplan la cuestionable renuncia del derecho de las partes a intervenir en el nombramiento de los árbitros, incluyendo la eventual revocación por la Corte de los tribunales ya designados (así, pueden consultarse las reglas de la Corte Suiza de Arbitraje Internacional (Swiss Rules), del Centro de Arbitraje Internacional de Hong Kong (HKIAC) y del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (SIAC).

En definitiva, el análisis de las disposiciones específicas de las instituciones arbitrales pone de manifiesto la absoluta disparidad en el modo de entender y regular la administración de los arbitrajes Multiparte para lograr procesos más eficientes que acojan a las múltiples partes que puedan verse afectadas por la decisión arbitral, así como la complejidad de armonizar los mecanismos de entrada e intervención de nuevas partes en el arbitraje y de acumulación de arbitrajes con la naturaleza eminentemente consensual de la institución y los derechos más esenciales que las partes ostentan en el arbitraje. Pese a ello, ha reconocerse el esfuerzo que desde hace años vienen realizando las instituciones arbitrales más

relevantes para dar respuesta, de la forma más detallada posible, a esta necesidad.

*Autora: M.^a Victoria Sánchez Pos
(Profesora de Derecho Procesal, Universidad de Navarra)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: PLATTE, M. «When Should an Arbitrator Join Cases?». *Arbitration International*, Kluwer Law International, 2002, vol. 18, n.º 1; VOLLBRECHT SPERANDIO, F.. «The Reach of the Arbitration Agreement to Parties involved in the Same Legal Relationship», *Rev. e-mercatoria*, vol. 11, n.º 1 (enero-junio 2011); VOSER, «Multi-party Disputes and Joinder of Third Parties», VAN DEN BERG, A. J. *50 Years of the New York Convention: ICCA International Conference*, ICCA Congress Series, Kluwer Arbitration 2009, n.º 14; BREKOULAKIS, *Third parties in International Commercial Arbitration*, Oxford 2010; LEW/L. MISTELIS/S. KRÖLL, «Multiparty and Multicontract Arbitration», *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International 2003; LEBOULANGER, «Multi-Contract Arbitration», *Journal of International Arbitration*, Kluwer Law International 1996, vol. 13 issue 4; HANOTIAU, «Complex-Multicontract-Multiparty-Arbitrations», *Arbitration International*, Kluwer Law International 1998, vol. 4, n.º 4.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje. Arbitraje comercial internacional. Arbitraje institucional.

ÁRBITRO

En el marco del arbitraje, un árbitro es un tercero independiente encargado de resolver como árbitro único o como miembro de un tribunal, un conflicto entre dos o más partes con base en el Derecho, la equidad, o en algunos casos, a la *lex mercatoria*. Normalmente, el rol del árbitro empieza con su nombramiento y concluye con la emisión de un laudo, que tiene una eficacia equiparable a una sentencia judicial.

El proceso de selección del árbitro, así como sus facultades y deberes, varían según la autonomía de la voluntad de las partes, las leyes que regulan el convenio arbitral y el fondo de la controversia, la legislación de la sede del arbitraje, y la legislación del lugar de ejecución y reconocimiento del laudo. A pesar de estas diferencias, a nivel internacional, un árbitro debe reunir una serie de características comunes que trataremos a continuación.

1. Selección del árbitro

La figura del árbitro es, junto con el convenio arbitral, una de las piedras angulares del arbitraje. De hecho, el resultado del procedimiento arbitral depende en gran parte de la labor y calidad de los árbitros. Por eso, el proceso de selección de los árbitros es fundamental.

En primer lugar, en cuanto a los requisitos que debe reunir un árbitro, las partes buscarán —dependiendo del caso— una serie de cualidades profesionales, académicas, o lingüísticas, que a veces vendrán impuestas por el convenio arbitral, el contrato, las reglas institucionales, o la ley aplicable (p. ej., la necesidad de un árbitro de ser jurista, de tener una nacionalidad distinta a la de las partes o una determinada experiencia, o de ser parte de una lista de una institución).

En segundo lugar, en cuanto al proceso de selección del árbitro, este se encuentra generalmente definido en las reglas institucionales aplicables, o en su defecto en la *lex arbitri*, aunque las partes siempre pueden acordar un procedimiento diferente. Normalmente, un árbitro actúa como árbitro único o como parte de un tribunal de tres árbitros en el que habrá un presidente (aunque en ocasiones especiales, hay tribunales de dos, o cuatro o más árbitros). A nivel internacional, el procedimiento más común para la selección de árbitros es el que figura en el artículo 11 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI):

Cada parte nombrará un árbitro y los dos árbitros así designados nombrarán al tercero, y si los dos árbitros no consiguen ponerse de acuerdo sobre el tercer árbitro dentro de los treinta días contados desde su nombramiento, la designación será hecha, a petición de una de las partes, por el tribunal u otra autoridad competente.

Es importante apuntar, que, cuando el arbitraje sea *ad hoc* y las partes no hayan acordado cómo nombrar a los árbitros, las partes podrán nombrar a una autoridad nominadora (como la Corte Permanente de Arbitraje), o solicitar asistencia a los tribunales nacionales de la sede (si la *lex arbitri* lo permite) para que procedan al nombramiento de un árbitro.

Tercero, en el contexto de un tribunal de tres árbitros, es menester traer a colación el término árbitro «de parte». Los árbitros designados unilateralmente por una parte no tienen el deber o función especial de asegurarse de que el caso de la parte que los designó sea adecuadamente entendido por el resto de los miembros del tribunal arbitral, ni ningún otro deber o función especial en relación con el caso de la parte que los designó, salvo acuerdo en contrario de las partes.

2. *Deberes y obligaciones del árbitro*

Independientemente de la sede del arbitraje o de las reglas aplicables al procedimiento, un árbitro tiene que atenerse a una serie de deberes y obligaciones que debe respetar desde la propuesta de su nombramiento hasta la conclusión del procedimiento arbitral. En esta sección nos centraremos en las obligaciones más relevantes de los árbitros.

En primer lugar, los árbitros deben ser imparciales e independientes. La independencia implica que el árbitro tenga la capacidad para desempeñar su función sin favoritismo hacia ninguna de las partes. Por otro lado, la imparcialidad exige que el árbitro mantenga una distancia objetiva frente a las partes, la disputa, y otras personas implicadas en el arbitraje.

Los árbitros tendrán que cumplir con su deber de revelar a las partes cualquier circunstancia que pueda dar lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia, y de abstenerse de la disputa en el caso de que finalmente su imparcialidad o independencia se vean comprometidas. Si no se respetan las obligaciones de imparcialidad e independencia, esto podrá derivar en la recusación del árbitro.

Los miembros de la comunidad arbitral (incluyendo árbitros, partes, abogados, e instituciones arbitrales) suelen tener en cuenta las Directrices de la International Bar Association (IBA) sobre Conflictos de Interés —consideradas por muchos como Derecho internacional consuetudinario—, así como otros códigos de buenas prácticas para evaluar la independencia e imparcialidad de un árbitro.

Segundo, todo árbitro o candidato debe abstenerse de mantener comunicaciones unilaterales o *ex parte*, en especial con las partes y sus abogados, excluyendo la entrevista inicial con el árbitro o las comunicaciones *ex parte* que un coárbitro pueda tener con la parte que lo haya designado, o con su abogado, cuando los coárbitros deban intentar hacer una designación conjunta del presidente.

Tercero, salvo que las partes acuerden algo distinto, el árbitro deberá mantener confidencial toda la información que conozca a través de las actuaciones arbitrales.

Cuarto, los árbitros tienen que asegurarse de que el arbitraje se desarrolle sin problemas, y deben encargarse a veces de tareas administrativas como planificar reuniones y audiencias, o establecer el calendario procesal. Debido al trabajo que supone lo anterior, previo consentimiento de las partes, el presidente o árbitro único podrá normalmente designar un secretario, para que, siguiendo sus instrucciones y bajo su supervisión, realice ciertas tareas de carácter administrativo, organizativo, y de apoyo.

Cabe destacar que, en un tribunal de tres árbitros, el presidente tendrá obligaciones adicionales: deberá llevar las riendas de las deliberaciones del tribunal arbitral, así como de la realización de reuniones y audiencias.

Quinto, los árbitros también tienen obligaciones impuestas por la ley como la obligación de respetar el debido proceso, y de actuar con la diligencia debida.

Por último, siempre que las partes no lleguen antes un acuerdo o que decidan finalizar el procedimiento, un árbitro tiene el deber de redactar un laudo (i) que sea válido según el Derecho de la sede del arbitraje (o, si se tratara de un arbitraje CIADI, un laudo en el que no concurren ninguno de los motivos de anulación del artículo 52 de la Convención de CIADI); y (ii) que sea ejecutable, generalmente bajo la Convención de Nueva York.

3. *Facultades del árbitro*

El árbitro tiene numerosas facultades que podrían dividirse en tres clases: (i) facultades directas (p. ej., facultades que las partes acuerdan expresamente como la producción de documentos); (ii) facultades indirectas (p. ej., facultad de determinar el lugar del arbitraje si no hay acuerdo entre las partes); y facultades otorgadas por la ley (p. ej. mediante una autorización conferida a los tribunales nacionales para que ejerzan determinadas facultades a nombre de los tribunales arbitrales). De entre todas las facultades, las más importantes son las siguientes:

En primer lugar, los árbitros pueden adoptar decisiones vinculantes. Es lo que distingue al arbitraje como método de solución de controversias de otros procedimientos tales como la mediación y la conciliación, cuyo objetivo consiste en lograr una transacción negociada.

Segundo, el árbitro tiene la potestad de decidir sobre su propia competencia (*kompetenz-kompetenz*) después de haber analizado el convenio arbitral.

De todos modos, al ejercer esta facultad, los árbitros deberán tener en cuenta que únicamente están autorizados para resolver las controversias que las partes hayan acordado, y la controversia deberá ser «arbitrable».

*Autora: Ana Martínez Valls
(Abogada especialista en arbitraje internacional,
Cuatrecasas, Madrid)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BLACKABY, N., Constantine PARTASIDES *et al.* *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6.^a ed., Oxford University Press, 2015; JIMÉNEZ-BLANCO, G y OSORIO, L. «Los Llamados “Árbitros de Parte”», *Spain Arbitration Review | Revista del Club Español del Arbitraje, Club Español del Arbitraje*, 2013, vol. 2013, Issue 18, pp. 63-122; BISHOP, D. y REED, L. «Practical Guidelines for Interviewing, selecting and challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration», SALOMON, C. *Selecting an International Arbitrator: Five Factors to Consider*, Mealey’s International Arbitration Report, 2002; LALIVE, J. F. «Mélanges en l’honneur de Nicolas Valticos» en *Droit et Justice*, Editions Pédone, 1989, p. 289.

OTRAS REFERENCIAS: ICC Rules, París, International Chamber of Commerce, 2021; ICSID Convention, Regulations and Rules. Washington, D. C.: International Centre for Settlement of Investment Disputes, 2003; Directrices de la IBA sobre Conflictos de Intereses en el Arbitraje, International Bar Association, 2014; Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional con las enmiendas aprobadas en 2006, Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional; Código de Buenas Prácticas del Club Español del Arbitraje, Comisión del CEA, 2018.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje. Arbitraje de inversiones. Arbitraje comercial. Laudo arbitral. Convenio arbitral. Cláusula arbitral. *Kompetenz-kompetenz*.

AUSENCIA

Etimológicamente, el vocablo «ausente» procede del latín «absens», que significa «que está fuera del lugar». Jurídicamente, el concepto de «ausencia» define la situación legal de aquella persona que se encuentra en paradero desconocido, sin que exista constancia fehaciente de su fallecimiento, de forma que no es posible tener seguridad alguna sobre su localización o, incluso, su propia supervivencia (AAP Soria 14/2011 de 4 mayo). Desde una perspectiva legal, esta situación genera una serie de conflictos pues la falta de presencia del individuo obliga a adoptar medidas destinadas a proteger y conservar su patrimonio, ejercitar sus obligaciones personales y patrimoniales, realizar pesquisas de cara a la averiguación de su paradero o situación.

1. La ausencia legal en el ordenamiento jurídico español: concepto y plazos

El ordenamiento jurídico español recoge el régimen legal de la ausencia en los artículos 183 a 192 del Código Civil y 70 a 73 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

El artículo 183 del Código Civil establece los requisitos legales para poder efectuar la declaración de ausencia legal respecto de una persona. El plazo para hacerlo varía en función de la situación en que se encuentre el desaparecido, fijándose en un mínimo de un año. Antes de cumplirse tal periodo, y una vez desaparecida la persona de su domicilio sin que se tengan más noticias de ella, aunque no puede solicitarse la declaración de ausencia legal, sí cabe que el nombramiento de un defensor, «que ampare y represente al desaparecido en juicio o en los negocios que no admitan demora sin perjuicio grave» (artículo 181 CC). Es lo que se denomina «desaparición simple», que por el transcurso del tiempo puede convertirse en «ausencia legal». Obviamente, no procede el nombramiento de representante en los términos antes descritos cuando el ausente hubiese nombrado un apoderado, al situarse en tal caso en situa-

ción de representación voluntaria conforme al artículo 183 CC, como se expone más adelante.

Se proceda a no a la designación de representante en caso de desaparición, una vez transcurrido un año desde la misma, es decir, desde las últimas noticias o falta de estas, y si el ausente no hubiese dejado nombrado apoderado con facultades de administración de sus viene, cabe solicitar la declaración de ausencia legal.

El plazo se amplía a tres años si hubiese mediado dicha representación, precisamente debido a la existencia de dicho apoderamiento. En este supuesto, tanto la muerte o renuncia justificada del mandatario, como la caducidad del mandato, generan la situación de ausencia legal, siempre que al producirse aquellas se ignore el paradero del desaparecido y haya transcurrido un año desde que se tuvieron las últimas noticias, y, en su defecto, desde su desaparición. En tal caso, una vez inscrita en el Registro Civil la declaración de ausencia, quedan extinguidos de derecho todos los mandatos generales o especiales otorgados por el ausente.

2. Legitimación y competencia judicial

Legalmente están obligados a promover la declaración de ausencia las siguientes personas, sin jerarquía u orden de preferencia: el cónyuge del ausente no separado legalmente; los parientes consanguíneos hasta el cuarto grado; y el Ministerio fiscal, de oficio o en virtud de denuncia (artículo 182 CC). El mismo precepto extiende esta facultad a «cualquier persona que racionalmente estime tener sobre los bienes del desaparecido algún derecho ejercitable en vida del mismo o dependiente de su muerte». En la práctica, el reconocimiento de esta condición exige también cierto grado de contacto con o conocimiento de la persona desaparecida, y en todo caso, será la autoridad jurisdiccional la que valore, caso por caso, si concurre o no dicha legitimación. *Vid.*, como ejemplo, el Auto 39/2002, de 20 de marzo, de la Audiencia Provincial de Asturias (JUR 2002\162712), que denegó la legitimación de la promotora del ex-

pediente de declaración de ausencia, por no haber conocido ni contactado con las personas objeto del mismo, hijos del segundo marido de su madre.

En el aspecto procedimental, la declaración de ausencia constituye un ejemplo emblemático de la expansión competencia experimentada por la figura del secretario judicial a raíz de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial (BOE n.º 266, de 4 de noviembre), que vino a ejecutar la previsión contenida en el artículo 456 LOPJ, que otorga competencias al Secretario judicial en materia de jurisdicción voluntaria cuando así lo prevean las leyes procesales.

Sobre esta base legal, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE n.º 158, de 3 de julio), atribuyó un considerable volumen de asuntos tradicionalmente sujetos a la potestad jurisdiccional a operadores jurídicos no investidos de dicha potestad, como los secretarios judiciales, notarios y registradores de la propiedad y mercantiles. En el caso de la ausencia legal, el secretario judicial asume importantes funciones, como el impulso del expediente de jurisdicción voluntaria y la emisión de las resoluciones interlocutorias necesarias.

La competencia para la declaración de ausencia corresponde al juzgado de primera instancia del último domicilio de la persona de cuya declaración de ausencia o fallecimiento se trate, o, en su defecto, el de su última residencia (artículo 68.1 LJV).

2.1. *Competencia judicial internacional*

A la hora de determinar la competencia de los tribunales españoles para conocer de la solicitud de declaración de ausencia, en ocasiones es preciso realizar dicho análisis en dos fases: primero hay que delimitar la competencia internacional y, solo en caso de que concurra, la compe-

tencia interna. Ello ocurre en los supuestos donde existe un elemento extranjero en la situación, que en este ámbito suele ser el hecho de que el desaparecido hubiera abandonado el territorio español.

Durante décadas, España fue un país de emigrantes, que partían al extranjero en busca de oportunidades económicas, a menudo dejando atrás bienes y familia. Transcurrido un tiempo sin noticias del ausente, dicha familia podía necesitar obtener una declaración judicial en tal sentido, principalmente para poder gestionar el patrimonio radicado en España. Hasta el año 2015, esta petición no podía ser atendida por los tribunales españoles, por carecer de competencia judicial internacional para conocer de la demanda. El artículo 22 LOPJ vigente hasta entonces consagraba un único foro en esta materia, que exigía que el desaparecido hubiera tenido su último domicilio en territorio español. Obviamente, en los supuestos internacionales este requisito no solía concurrir, puesto que, aun ignorándose el paradero del ausente, solía quedar acreditado que su último domicilio no había radicado en España. Esta regulación —también aplicable a la declaración de fallecimiento— causaba un considerable perjuicio a los familiares del desaparecido, que veían cerrado el camino a obtener una respuesta judicial a tan complicada situación.

Además, la existencia de un único foro de competencia judicial basado en la residencia podía constituir una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en los artículos 6.1 del Convenio del Consejo de Europa para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, y 24 de la Constitución española. Ambos preceptos consagran el «principio de vinculación mínima» como criterio de acceso a la jurisdicción, de forma que las partes tienen derecho a acceder a los tribunales cuando el asunto presente unos mínimos vínculos con España (CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, pp. 112-113). Resulta evidente la vinculación con la jurisdicción española de los casos de ausencia o desaparición de nacionales españoles cuya familia continúa teniendo en España su residencia.

Así lo entendió finalmente el legislador español, y la Ley 7/2015, de 7 de julio (BOE n.º 174, de 22 de julio) añadió un segundo foro de competencia judicial internacional en materia de declaración de ausencia y fallecimiento: la nacionalidad española del desaparecido. De este modo, actualmente cabe someter a la jurisdicción española tanto los supuestos en los que el último domicilio radicase en España como aquellos en que, situándose fuera de nuestro país, conste la nacionalidad española del desaparecido. En este sentido, *vid.* AAP Lérida 2/2018, de 27 de febrero, que declara que constando la nacionalidad española del desaparecido, no cabe apreciar falta de competencia internacional, «sin que sea óbice para ello que el último domicilio conocido no radique en territorio español». La regulación actual resulta mucho más respetuosa que su predecesora con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y coherente con la realidad de este tipo de situaciones.

En caso de que no concurra ninguno de los dos foros de competencia judicial, no cabe la posibilidad de acudir al foro general del domicilio del demandado del artículo 22 *ter* LOPJ, pues al tratarse de un proceso de jurisdicción voluntaria no concurre la figura procesal del demandado. En consecuencia, procederá la declaración de falta de competencia de la jurisdicción española. La apreciación de oficio de la falta de competencia judicial internacional debe acordarse audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal (artículo 38 LEC). No cabe la inadmisión *a limine* de la solicitud, sin observar previamente este trámite, que conforme al artículo 58 LEC, también resulta preceptivo en el supuesto de estimarse la falta de competencia territorial (AAP Barcelona Auto 84/2007, de 2 abril).

2.2. *Competencia judicial interna*

Una vez declarada la competencia judicial internacional, procede determinar la competencia territorial y funcional del concreto tribunal español ante el que debe sustanciarse el procedimiento de declaración de ausencia. Conforme al mencionado artículo 68 LJV, esta corresponde al Juzgado de Primera Instancia del último domicilio de la persona de cuya

declaración de ausencia o fallecimiento se trate, o, en su defecto, el de su última residencia.

El mismo precepto establece una regla competencia especial para los supuestos de desapariciones como consecuencia de un siniestro, atribuyendo la competencia la Juzgado de Primera Instancia del lugar del siniestro. En caso de que hubiera tenido lugar fuera del territorio español, será competente, respecto de los españoles y de las personas residentes en España, el del lugar donde se inició el viaje. Si el viaje se hubiera iniciado en el extranjero, la competencia corresponde al juzgado de primera instancia del lugar de domicilio o residencia en España de la mayoría de los afectados. Y en todo caso, cuando la competencia no se pudiera determinar conforme a los anteriores criterios, será competente el juzgado de primera instancia del lugar del domicilio o residencia de cualquiera de los desaparecidos.

3. El procedimiento de declaración de ausencia legal

Sentada la competencia sobre las anteriores reglas legales, el procedimiento se desarrollará conforme a lo estipulado en los artículos 69 a 71 LJV. En los casos de desaparición «simple» del artículo 181 CC, la comparecencia debe celebrarse en un plazo máximo de cinco días desde la presentación de la solicitud, citándose para ello a los interesados y al Ministerio Fiscal, y dándose audiencia a los testigos propuestos por el solicitante. En caso de que por razón de perjuicio inminente no fuese posible esperar a la celebración de la comparecencia, el Secretario judicial puede designar con carácter inmediato un defensor, bien *motu proprio* bien a propuesta del solicitante, y adoptar medidas urgentes de protección del patrimonio del desaparecido. En tal caso, la tramitación ordinaria del expediente se seguirá *a posteriori*, y la resolución que se dicte ratificará o revocará el nombramiento y las medidas ya acordadas.

Cuando se trata de una declaración de ausencia, la parte que la inste debe aportar en la comparecencia las pruebas que acrediten la concurrencia

de los requisitos exigidos por el Código Civil para la procedencia de tal declaración. Admitida la solicitud por el secretario judicial, señalará día y hora para para la comparecencia, que deberá celebrarse en el plazo máximo de un mes. Serán citados el solicitante y el Ministerio Fiscal, así como a los parientes indicados en la solicitud inicial y quienes consten en el expediente como interesados. Por mandato del Secretario judicial, la resolución de admisión debe ser publicada dos veces mediante edictos, con intervalo mínimo de ocho días, tanto en el boletín oficial del Estado como en el tablón del Ayuntamiento de lugar donde el ausente hubiere tenido su último domicilio. En el edicto se hará constar que podrá intervenir en la comparecencia cualquiera que pudiera tener interés en la declaración de ausencia.

Durante la tramitación del expediente, el secretario judicial podrá adoptar de oficio o a instancia de interesado, con intervención del Ministerio Fiscal, cuantas medidas de averiguación e investigación considere procedentes, así como todas las de protección que juzgue útiles al desaparecido o ausente. Cabe también la posibilidad de que durante la comparecencia se proponga la práctica de algún medio probatorio o alguna actuación útil para la averiguación del paradero del desaparecido, en cuyo caso, el secretario judicial podrá acordar que sean practicados una vez celebrada la comparecencia.

Realizadas las pruebas oportunas y finalizada la comparecencia, el secretario judicial dictará, si procede, decreto de declaración legal de ausencia, nombrando al representante del ausente conforme a lo establecido en el artículo 184 CC.

4. Efectos de la declaración de ausencia: el representante del ausente y sus funciones

Este precepto establece una prelación de personas a las que, salvo motivo grave apreciado por el secretario judicial, corresponde la representación del declarado ausente, la pesquisa de su persona, la protección y

administración de sus bienes y el cumplimiento de sus obligaciones. Conforme a dicha prelación, se atribuirá la representación a las siguientes personas: 1.º el cónyuge presente mayor de edad no separado legalmente o de hecho; 2.º el hijo mayor de edad; si hubiese varios, tendrán preferencia los que convivían con el ausente, y entre ellos, el mayor sobre el menor; 3.º el ascendiente más próximo de menos edad, de una u otra línea; 4.º los hermanos mayores de edad que hayan convivido familiarmente con el ausente, con preferencia del mayor sobre el menor. En defecto de dichas personas, la ley dispone que corresponde «en toda su extensión a la persona solvente de buenos antecedentes que el secretario judicial, oído el Ministerio Fiscal, designe a su prudente arbitrio».

En la medida que resulten adaptables a la especificidad de la representación del ausente, el régimen jurídico del representante del ausente es el aplicable a la figura del tutor en lo relativo a su nombramiento, aceptación, excusa y remoción de su cargo, prestación de fianza y determinación de su retribución. En cuanto a las autorizaciones y aprobaciones para realizar determinados actos relativos a los bienes y derechos del ausente, serán tramitados y decididos por el Secretario judicial, ante quien habrá de efectuarse asimismo la rendición de cuentas una vez concluida su gestión (artículo 71.2 LJV).

En virtud de su nombramiento, el representante del ausente asume las siguientes obligaciones: inventariar los bienes muebles y describir los inmuebles de su representado; prestar la garantía que el Secretario judicial determine, salvo que sea representante el cónyuge, descendiente o ascendiente del ausente; conservar y defender el patrimonio del ausente y obtener de sus bienes los rendimientos habituales que produjeran; y cumplir la normativa procesal en materia de posesión y administración de los bienes. En cuanto al régimen jurídico de su representación, resulta aplicable el relativo a la tutela en materia de ejercicio de la misma, causas de inhabilidad, remoción y excusa (artículo 185 CC). Las autorizaciones y aprobaciones para realizar determinados actos relativos a los bienes y derechos del ausente serán tramitados y decididos por el secretario judi-

cial, ante quien habrá de efectuarse asimismo la rendición de cuentas una vez concluida su gestión (artículo 71.2 LJV).

Una particularidad del régimen jurídico del representante del ausente estriba en la prerrogativa que determinadas personas poseen por su proximidad con la persona representada: se trata del cónyuge, descendientes o ascendientes del declarado ausente, que disfrutan de la posesión temporal del patrimonio del ausente y pueden hacer suyos los productos del mismos, en la extensión y cuantía que determine el secretario judicial. Por su parte, si el representante fuera hermano del ausente, esta prerrogativa se otorga igualmente, pero con la limitación legal de que los productos obtenidos no superen los dos tercios, debiendo reservarse el tercio restante para el ausente, o en su caso, herederos o causahabientes (AAP Huelva 18/2005 de 23 febrero).

Por lo que se refiere al ámbito personal y familiar, la declaración de ausencia tiene diversas consecuencias. En materia matrimonial, el cónyuge del ausente podrá solicitar la separación legal o el divorcio. Respecto a las relaciones patrimoniales del matrimonio, el cónyuge del ausente adquiere la administración y disposición de los bienes gananciales (artículo 1387 CC), cuya disolución también está facultado para solicitar (artículo 1393.1 CC). En cuanto a las relaciones paternofiliales, la patria potestad de los hijos comunes será ejercida exclusivamente por el progenitor presente (artículo 116 CC), al tiempo que se excluye la aplicación de la presunción de paternidad de los hijos de su cónyuge.

En el ámbito registral, la declaración de ausencia legal deberá constar en el Registro Civil, al igual que las declaraciones de desaparición o fallecimiento, junto con las representaciones establecidas, y su extinción. Deben también ser objeto de anotación registral los inventarios de bienes muebles y la descripción de inmuebles, así como todas las transacciones y gravámenes que sobre ellos realicen los representantes de los ausentes.

5. *Extinción de la situación de ausencia legal*

La situación de ausencia legal se extingue cuando se dé alguno de los siguientes supuestos: que resulte acreditada la existencia del ausente, que se pruebe su fallecimiento, o que sea declarado legalmente fallecido. En el primer supuesto, corresponde al secretario judicial comprobar fehacientemente que la persona aparecida es el declarado ausente. A tal efecto, ordenará su identificación por los medios adecuados, de oficio o a instancia de parte, convocando la comparecencia de la persona presentada, el Ministerio Fiscal, y todos los que hubieran intervenido en el expediente de declaración. Finalizada la cual, y dentro de los tres días siguientes, el secretario judicial dictará decreto bien dejando sin efecto la declaración de ausencia o bien ratificando dicha resolución.

En el supuesto de que resulte probado el fallecimiento del ausente, corresponde la apertura de su sucesión en beneficio de los que fuesen sus sucesores voluntarios o legítimos en el momento del fallecimiento. Esta consecuencia es común al supuesto de que se efectúe la declaración de fallecimiento, que pone fin también a la presunción de supervivencia del ausente, que se considerará que ha vivido hasta que deba reputarse fallecido.

*Autora: Pilar Juárez Pérez
(Universidad Carlos III de Madrid)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Derecho internacional privado*, vol. I, 18.^a ed., Comares, Granada, 2018; LACALLE NORIEGA, María. *La persona como sujeto de derecho*. Dykinson, Madrid, 2013; REPRESA POLO, M.^a Patricia. «Los derechos sucesorios del declarado ausente», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* n.º 10/2017, parte Doctrina.

AUTONOMÍA DE LA CLÁUSULA ARBITRAL

1. Contexto

El convenio arbitral es el acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje los litigios que surjan de una concreta relación jurídica. Como acuerdo que es entre las partes, tiene naturaleza contractual, es un *contrato en sí mismo* (CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, p. 828; *vid.*, también, PEREIRA, p. 86).

A través del convenio arbitral puede pactarse someter a arbitraje las controversias futuras o las presentes. En el primer caso, recibe la denominación de cláusula compromisoria. En el segundo, se conoce como compromiso arbitral.

Cuando nos situamos frente a una cláusula compromisoria, normalmente, se encuentra inserta en el contrato que une a las partes, respecto del cual se pacta la sumisión a arbitraje de las controversias que puedan surgir. En este escenario es en el que nos planteamos la autonomía de la cláusula arbitral —cláusula compromisoria— en relación con el contrato del que forma parte.

Pues bien, en este contexto, podemos afirmar que el convenio arbitral es independiente del contrato en el que se encuentra. Dicho de otra manera, la validez del primero no corre pareja a la validez del segundo.

Así lo dice la Ley de Arbitraje española —Ley 60/2003, BOE n.º 309, 26 diciembre 2003— con estas palabras: «Los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. A este efecto, el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato

no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral» (artículo 22.1). El precepto mencionado destaca que la autonomía del convenio arbitral permite que el árbitro pueda decidir sobre su propia competencia. Así, «[...] El principio de la separabilidad del pacto compromisorio tiene por objeto primordial, permitir que los árbitros se pronuncien sobre la validez de la cláusula (El tribunal arbitral inglés ha indicado en su decisión que ha incumplido el compromiso arbitral la actora), y a su vez el principio reseñado hace posible el también “principio competencia de la competencia” (*kompetenz-kompetenz*), que la Ley Arbitral Española establece claramente también en el artículo 22 [...]» (SAP A Coruña 19 marzo 2015, ECLI:ES:APC:2015:737, FD segundo).

La jurisprudencia española también se pronuncia en este sentido en resoluciones como el Auto del Tribunal Supremo de 20 junio 2000 (RJ 2000\4656) (FD quinto), el Auto del Tribunal Supremo de 1 de abril 2003 (JUR 2003\118425) (FD quinto) o el Auto del Tribunal Supremo de 29 abril 2003 (JUR 2003\132244) (FD sexto). Según la Audiencia Provincial de A Coruña, en la sentencia ya citada anteriormente, «Ley Arbitral Española (RCL 2003, 3010) recoge el principio de separabilidad de la cláusula compromisoria en el artículo 22.1, esto es se “considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones, que se reproduce en el artículo 16.1 de la Ley modelo UNCITRAL”. El principio de la separabilidad del pacto compromisorio tiene por objeto primordial, permitir que los árbitros se pronuncien sobre la validez de la cláusula (El Tribunal arbitral inglés ha indicado en su decisión que ha incumplido el compromiso arbitral la actora), y a su vez el principio reseñado hace posible el también “principio competencia de la competencia” (*kompetenz-kompetenz*), que la Ley Arbitral Española establece claramente también en el artículo 22. Es la propia actora, la que dentro de su oferta final introduce el compromiso arbitral vía condiciones generales. La exposición de motivos de la Ley de Arbitraje vigente contempla la regla de la separabilidad del convenio arbitral, respecto al contrato principal, en el sentido de que la validez del convenio arbitral no depende de la del contrato principal, siendo uno de los pilares fundamentales de la funcio-

alidad del arbitraje» (SAP A Coruña 19 marzo 2015, ECLI:ES:APC:2015:737, FD segundo).

2. Autonomía de la cláusula arbitral recogida en las normas aplicables

El convenio arbitral, se encuentre recogido en un contrato o se haya acordado fuera del mismo, es el elemento más importante del arbitraje. En este sentido, no debemos olvidar que esta vía, extrajudicial y contenciosa de solución de diferencias, encuentra su fundamento en la voluntad de las partes, que son ellas las que lo activan; la validez del arbitraje tiene su origen en esa manifestación de voluntad que se materializa a través del convenio arbitral. Así es, de la misma manera que no es necesaria la voluntad de las partes para solucionar su controversia a través de la vía judicial, sí es imprescindible el consentimiento de ambas partes si se quiere resolver el litigio a través del arbitraje.

La autonomía de la voluntad de las partes, por tanto, es el principio que regula el funcionamiento del arbitraje y, en este sentido, las partes son las que deben decidir todo lo relativo a esta forma de solución de controversias. Así, ellas pueden elegir ley aplicable a fondo del asunto y, también, de manera independiente, la ley aplicable a la cláusula arbitral. Respecto de lo primero, lo que estarían haciendo sería escoger la normativa rectora de su relación contractual y, por ende, la que debería aplicar el árbitro para resolver el litigio surgido de la misma. En relación con lo segundo, las partes pueden elegir la ley reguladora de la validez de la cláusula arbitral. De esta forma, sería posible que el contrato se rigiera por un Derecho y la cláusula arbitral por otro. Y, así, sería posible que el contrato fuera válido y la cláusula arbitral nula, y viceversa.

Siendo posible que las partes elijan ley aplicable a las dos cuestiones mencionadas en el párrafo anterior, podría ocurrir que no lo hicieran. En esta situación, el legislador ofrece puntos de conexión subsidiarios para determinar, tanto la ley rectora del contrato como la ley reguladora de la validez de la cláusula arbitral. Pues bien, además de que la norma-

tiva aplicable distingue a estos efectos entre estos dos elementos —contrato y cláusula arbitral—, también estipula puntos de conexión diferentes para cada uno de ellos; profundizando, con ello, aún más, en la autonomía del convenio arbitral.

La validez de la cláusula arbitral puede tener que ser analizada por los árbitros o por los jueces. Los árbitros lo harán, tanto de manera principal como de forma incidental. Los órganos jurisdiccionales, en cambio, solo pueden hacerlo de manera incidental (CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, p. 828).

Empezando por los primeros, los árbitros tienen competencia para conocer de la validez de la cláusula arbitral y, por lo tanto, para conocer de su propia competencia en relación con el asunto planteado ante ellos. «Este es el principio internacionalmente conocido como “kompetenz-kompetenz”: competencia del árbitro para decidir sobre su propia competencia, resolviendo las impugnaciones que surjan acerca de su capacidad de juzgar, de la extensión de sus poderes, de la arbitrabilidad de la controversia; en fin, avalando la eficacia y la extensión de los poderes que las partes le han conferido tanto por vía de la cláusula compromisoria como por medio del compromiso arbitral» (PEREIRA CAMPOS, p. 82; *vid.*, también, VIRGÓS, pp. 29-30). El artículo 22.1 de la Ley de Arbitraje española, como ya se ha mencionado anteriormente, también recoge este principio de «competencia de la competencia» de los árbitros. Recordamos que este precepto indica que «Los árbitros estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. A este efecto, el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral».

Los tribunales judiciales, por su parte, podrán tener que estudiar la validez de la cláusula arbitral en tres circunstancias (*vid.*, en este sentido, VIRGÓS, pp. 29-32).

En primer lugar, cuando se plantee ante ellos una declinatoria porque el demandado alegue la existencia del convenio arbitral para indicar que los jueces no pueden conocer del caso planteado ante ellos, por ser la voluntad de ambas partes someter la controversia a arbitraje. En este caso, según el Convenio de Ginebra de 1961 (*BOE* n.º 238, de 4 octubre 1975), el juez debe analizar la validez del convenio arbitral alegado para, después, si es válido, no conocer del caso.

En segundo lugar, cuando se plantea un recurso de anulación del laudo arbitral. En este escenario, el Convenio de Ginebra de 1961 recoge la nulidad del convenio arbitral como uno de los motivos de anulación del laudo.

Por último, si se solicita ante los jueces el reconocimiento o el *exequatur* de un laudo arbitral. En esta situación, la Convención de Nueva York de 1958

(<https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/NY-conv/New-York-Convention-S.pdf>) contiene la nulidad del convenio arbitral como uno de los motivos de denegación de la validez extraterritorial de los laudos arbitrales.

En estos tres escenarios, las normas mencionadas no remiten a la ley reguladora del contrato para conocer la validez del convenio arbitral, lo que hacen es ofrecer puntos de conexión diferentes y aplicables específicamente a la cláusula arbitral.

2.1. *Declinatoria ante el órgano judicial*

En este escenario, las partes han pactado una cláusula arbitral según la cual deciden someter las controversias que surjan de su relación contrac-

tual al arbitraje. Sin embargo, llegado el momento del litigio, la parte demandante interpone demanda en vía judicial ante los órganos jurisdiccionales de un determinado Estado. En esta situación, el demandado se opone a la competencia del tribunal alegando la cláusula arbitral.

El Convenio de Ginebra de 1961, en relación con la oposición del demandado a que el juez conozca del caso que las partes han decidido someter a arbitraje, indica que el órgano judicial deberá analizar si el convenio arbitral alegado es válido antes de dejar de conocer del supuesto (artículo VI.1). Para ello, tendrá que estudiar la capacidad de las partes en el convenio arbitral —conforme a la ley a ellas aplicable—, la arbitrabilidad de la controversia —conforme a la *lex fori*— y el resto de materias relacionadas con la cláusula arbitral. Respecto a estas últimas, el artículo VI.2 remite a la ley elegida por las partes. En el caso de que no haya habido elección de ley, el ordenamiento aplicable será el del Estado donde deba dictarse el laudo. Por último, si no pudiera conocerse con antelación cuál es ese país porque, por ejemplo, la institución arbitral elegida posea diversas sedes y no se sepa en ese momento dónde se desarrollaría el procedimiento arbitral, el Convenio de Ginebra remite a la norma de conflicto de producción interna del foro. Suponiendo que el foro sea España, esa norma de conflicto se encuentra en el artículo 9.6 de la Ley de Arbitraje española. Según este precepto, el convenio arbitral será válido si lo es conforme a cualquiera de las siguientes leyes: ley elegida por las partes, ley reguladora del fondo del asunto o Derecho español. Como vemos, también en la norma de producción interna española se distingue entre ley elegida por las partes para regir el convenio arbitral y ley rectora del fondo del asunto o ley reguladora del contrato; incidiendo, así, en la autonomía de la cláusula arbitral.

El Reglamento Bruselas I bis también alude a este escenario en el Considerando 12. En virtud del mismo, «El presente Reglamento no se aplica al arbitraje. Ningún elemento del presente Reglamento debe impedir que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que conozca de un asunto respecto del cual las partes hayan celebrado un convenio

de arbitraje remita a las partes al arbitraje o bien suspenda o sobresea el procedimiento, o examine si el convenio de arbitraje es nulo de pleno derecho, ineficaz o inaplicable, de conformidad con su Derecho nacional. [...]».

El Tribunal de Justicia hace referencia a esta situación en la sentencia dictada en el asunto *West Tankers* con las siguientes palabras: «A este respecto, como indica la Abogado General en los puntos 53 y 54 de sus conclusiones, debe considerarse que si por objeto del litigio, es decir, por la naturaleza de los derechos que deben salvaguardarse en un procedimiento, como una demanda de indemnización de daños y perjuicios, ese procedimiento está comprendido en el ámbito de aplicación del Reglamento n.º 44/2001, una cuestión previa relativa a la aplicabilidad de un convenio arbitral que incluya, en particular, su validez, está igualmente comprendida en ámbito de aplicación de dicho Reglamento. Corroborra esta conclusión el punto 35 del informe relativo a la adhesión de la República Helénica al Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO 1972, L 299, p. 32; en lo sucesivo, “Convenio de Bruselas”, presentado por los Sres. Evrigenis y Kerameus (DO 1986, C-298, p. 1; versión en español en DO 1990, C-189, p. 257). Este señala que cabe considerar como propio del Convenio el control incidental de la validez del acuerdo de arbitraje solicitado por una de las partes con vistas a cuestionar la competencia internacional del órgano jurisdiccional ante el que se le demanda en virtud de dicho convenio» (STJCE 10 febrero 2009, *West Tankers*, C-185/07, ECLI:EU:C:2009:69, FD 26). También los órganos jurisdiccionales españoles se han pronunciado en relación con esta cuestión (STS 10 de marzo de 2010, ECLI:ES:TS:2010:1132; SAP A Coruña 19 marzo 2015, ECLI:ES:APC:2015:737; AAP Barcelona 28 mayo 2009, ECLI:ES:APB:2009:5849A).

Según el Tribunal Supremo: «Es cierto que en una de las cláusulas del mutuo disenso las partes convinieron en someter a arbitraje las contro-

versias que surgieran en su interpretación y ejecución, pero ninguna opuso oportunamente la correspondiente excepción, como exigía el artículo 11 de la entonces vigente Ley 36/1.988, de 5 de diciembre (RCL 1988, 2430 y RCL 1989, 1783) , de arbitraje, para impedir a los órganos jurisdiccionales conocer de las cuestiones litigiosas» (STS 10 de marzo de 2010, ECLI:ES:TS:2010:1132, FD segundo).

La Convención de Nueva York de 1958, por su parte, también se refiere a esta situación en el artículo II.3. Según este precepto: «El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable» (*vid.*, también, en este sentido, STJCE 10 febrero 2009, *West Tankers*, C-185/07, ECLI:EU:C:2009:69, FD 33). Al respecto, hay que tener en cuenta que «[...] tales normas supranacionales desplazan el régimen de Derecho internacional privado [ley de arbitraje] en lo concerniente a la validez, alcance y eficacia del acuerdo arbitral, rigiendo la normativa interna solo con carácter subsidiario en lo no dispuesto por aquellas» (AAP Barcelona, ECLI:ES:APB:2009:5849A, FD segundo).

2.2. *Fase posarbitral: recurso de anulación del laudo arbitral y solicitud de reconocimiento o exequatur del mismo*

Si el conocimiento de la validez del convenio arbitral se plantea en sede postarbitral, esto es, una vez ya se ha dictado el laudo, tanto si es en el marco de un recurso de anulación como si lo es en el de un procedimiento de validez extraterritorial de la sentencia arbitral, para conocer la validez de la cláusula arbitral, el Convenio de Ginebra de 1961, en el primer caso, y la Convención de Nueva York de 1958, en el segundo, remiten a la ley elegida por las partes al respecto y, en defecto de ejercicio de la autonomía de la voluntad, a la ley del Estado en el que se ha dictado el laudo.

Como vemos, en ningún momento estas normas indican que la ley aplicable a la validez del convenio arbitral sea la ley rectora del contrato.

3. Consecuencias de la autonomía de la cláusula arbitral

La cláusula compromisoria es un contrato dentro de otro contrato y cada negocio jurídico tiene su propia ley reguladora de validez. Dicho de otra manera, el convenio arbitral tiene autonomía respecto del contrato que une a las partes. Esto tiene varias consecuencias. En primer lugar, es posible que el convenio arbitral sea nulo y que el contrato en el que se encuentra inserto sea válido. En segundo lugar, puede ocurrir lo contrario, cual es, que el convenio arbitral sea válido y el contrato, nulo.

En el primer escenario planteado, si no existe acuerdo de ambas partes de someter el litigio al arbitraje, la controversia surgida del contrato que les une no puede ser llevada al arbitraje. La única forma de solución de las disputas que surjan de esa relación contractual será la vía judicial, la cual no necesita el acuerdo de las partes para su activación.

En la segunda situación, el litigio que surja del contrato deberá ser llevado al arbitraje —salvo que la voluntad de ambas partes cambie— y, en sede arbitral, será donde se dilucide si el contrato es nulo. Una vez se llegue a esa conclusión, no habrá contrato ni obligaciones contractuales a cumplir y, por lo tanto, no habrá controversias que surjan de esa relación contractual inexistente. Por todo ello, a partir de ese momento, el convenio arbitral, aún siendo válido, no podrá ser utilizado para iniciar procedimiento arbitral ninguno, ya que, la relación contractual a la que se refiere no existe.

Juliana Rodríguez Rodrigo
(Profesora titular de Derecho Internacional Privado,
Universidad Carlos III de Madrid)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. «Competencia judicial internacional y Derecho de los negocios internacionales. El Reglamento 1215/2012 Bruselas I bis, de 12 diciembre 2012», en CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (dirs.). *Derecho internacional privado*, vol. II, 18.^a ed., Comares, Granada, 2018, pp. 697-841; LLAIN ARENILLA, Shirley. «El rol del principio de *competence-competence* en la prevención de tácticas dilatorias en el arbitraje comercial internacional», *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, vol. 12, n.º 24, 2014, pp. 143-168; PEREIRA CAMPOS, Santiago. «Autonomía de la cláusula arbitral y competencia del tribunal arbitral para resolver sobre su competencia en el arbitraje interno uruguayo», *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, año 2, n.º 4, 2003, pp. 81-92; VIRGÓS SORIANO, Miguel. «Arbitraje comercial internacional y Convenio de Nueva York de 1958», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez (Homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González)*, 2006, pp. 21-33, <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/1660/documento/art02.pdf?id=2160>

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje. Cláusula arbitral. Ley aplicable a la cláusula arbitral. Declinatoria. *Kompetenz-kompetenz* en el arbitraje.

AUTORIDAD CENTRAL (EN EL MARCO DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA)

1. Definición

La Conferencia de La Haya es una organización internacional que «tiene por objeto trabajar en la unificación progresiva de las normas de Derecho internacional privado» (artículo 1 de su Estatuto). Sobre el terreno, la Conferencia de La Haya ha contribuido y contribuye a la unificación del Derecho en materias relativas a la cooperación de autoridades y la

ley aplicable en circunstancias jurídicas internacionalizadas, siendo por tanto, una fuente de producción normativa a nivel estatal.

En concreto en materia procesal ha impulsado la colaboración entre los Estados a través de diferentes instrumentos, siendo en el marco de la cooperación jurídica internacional donde entra en juego la Autoridad Central, la cual explicaremos a continuación.

Efectivamente, algunos Convenios en el seno de la Conferencia de La Haya serían de imposible materialización en términos procesales si los Estados no tuvieran un órgano de coordinación que les diera competencia para emitir solicitudes de cooperación dirigidas a otros Estados u órganos competentes para recibir de forma directa estas solicitudes provenientes de otros Estados.

En consecuencia, la Autoridad Central en el marco de la Conferencia de La Haya se puede describir como un órgano estatal sobre quien recae la responsabilidad de emitir y de ejecutar solicitudes de cooperación respecto de los convenios que así lo establecen. En este contexto, es necesario precisar, que la Conferencia de La Haya no determina qué órgano o administración pública debe ser nominado, siendo potestad de cada Estado designar cual es su Autoridad Central o autoridades centrales.

Así por ejemplo en el caso de España, la Autoridad Central se encuentra situada en la Subdirección de Cooperación Jurídica Internacional adscrita a la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia.

Desde el punto de vista práctico, se puede decir que si no existieran estas autoridades centrales, los operadores jurídicos podrían, según cada caso, ver mermada su actividad en la medida que la comunicación directa entre las autoridades estatales a la hora de resolver un asunto carecerían del cause procesal privilegiado que entrañan algunos convenios, tal como veremos a continuación.

2. La Autoridad Central en el contexto de los Convenios de La Haya

La aparición de la figura de la Autoridad Central en los Convenios de La Haya se produjo por primera vez en el Convenio de La Haya relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial de 15 de noviembre de 1965, convirtiéndose a partir de este momento en el eje central de las actividades procesales del Derecho internacional procesal.

No obstante, ya en los inicios de la Conferencia de La Haya, y en concreto en el primer Convenio de La Haya de 14 de noviembre de 1896 sobre procedimiento civil, ya se establecía un sistema de cooperación al que el Prf. Droz denominó «tiempo de los embajadores», en el que todo se hacía «con majestad y lentitud» ya que la vía diplomática era la que se utilizaba normalmente para la comunicación entre los tribunales.

El antecedente inmediato de la introducción de la Autoridad Central en los Convenios de La Haya fue el Convenio de Nueva York de 20 de junio de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero en cuyo artículo 2-2 establece la designación de los organismos públicos o privados que ejercen las funciones de «autoridades remitentes o instituciones intermediarias», cuya función, según el artículo 1 es intervenir para hacer efectiva la obtención de alimentos. Esta experiencia estuvo muy presente en la Comisión especial que elaboró en 1964 el Convenio de La Haya sobre notificaciones de 1965, primer Convenio de La Haya donde se incluye la figura de la Autoridad Central.

Posteriormente la Autoridad Central se ha consolidado en los convenios internacionales como respuesta a la necesidad de cooperación entre las autoridades judiciales o administrativas de los diferentes Estados. En este sentido, la razón de su éxito se debe a que el tipo de convenios en el que se aplica permite agilizar los trámites facilitando la obtención de los objetivos establecidos en cada convenio.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que no todos los convenios de la Conferencia de La Haya implican la designación de una Autoridad Central, siendo específicamente dos materias, Derecho procesal civil y protección de menores, donde este figura de cooperación, ha desarrollado su actividad principal.

2.1. *La Autoridad Central en los convenios de cooperación en materia procesal*

En los primeros convenios de la Conferencia de La Haya dedicados al ámbito procesal, en concreto los relativos al procedimiento civil de 1896 y 1905 y el Convenio de La Haya de 1 de marzo de 1954 sobre procedimiento civil, el sistema utilizado era la vía consular. Este mecanismo permitía al cónsul del Estado requirente ponerse en contacto con «la autoridad designada por el Estado requerido». Ahora bien, el hecho de que los Estados no designaran cual era dicha autoridad, obligaba a realizar intercambios de notas o a elaborar circulares para poner en conocimiento de las autoridades competentes las funciones asignadas. No fue hasta 1965 cuando se incorporó esta figura procesal, por petición expresa de la Unión Internacional de *hussiers de justice* y oficiales judiciales, ya que este cuerpo procesal conocía bien las ventajas de llevar a cabo una transmisión rápida de documentos entre tribunales.

En este sentido el artículo 2 del Convenio de La Haya sobre notificaciones de 1965 establece que: «cada Estado contratante designará una Autoridad Central que asuma conforme a los artículos 3 al 6, la función de recibir las peticiones de notificación o traslado procedentes de otro Estado contratante y de darle curso ulterior».

Con este sistema, el Estado de origen de la notificación se puede dirigir directamente a la Autoridad Central en el Estado requerido evitando de este modo la complicada vía consular. Dado que cada Estado designa, en el momento de ratificar el convenio, quien es su Autoridad Central, desde un primer momento, en el Estado de origen saben a quien deben

dirigirse en el Estado de recepción. Además la Autoridad Central no es un simple «*buzón*», sino que asume un rol activo que queda especificado en los artículos 4 a 6 del Convenio.

El buen funcionamiento del Convenio de 1965 hizo que esta solución se replicara en el Convenio de La Haya de 1970 relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil. Así el artículo 2 se refiere a que la Autoridad Central «[...] estará encargada de recibir las comisiones rogatorias expedidas por una autoridad judicial de otro Estado contratante y de remitirlas a la autoridad competente para su ejecución».

El siguiente instrumento internacional que recogió la figura de la Autoridad Central fue el Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre acceso internacional a la justicia incorporando algunas modificaciones respecto a los anteriores. En este sentido se designa una autoridad receptora (artículo 3) y una autoridad expedidora (artículo 4) que se encargan de transmitir las solicitudes de asistencia judicial a la Autoridad Central competente del Estado requerido. No obstante la práctica hizo que en el momento de la ratificación los Estados designaran a la misma autoridad para desempeñar ambas funciones.

Para reforzar y actualizar el funcionamiento de la Autoridad Central la Conferencia de La Haya publica guías prácticas y celebra comisiones especiales en la que participan expertos y representantes de las autoridades centrales que ponen en común los problemas que se han ido planteando, facilitando su actuación.

2.2. *La Autoridad Central en los convenios sobre protección de menores*

Otro ámbito en el que la Autoridad Central ha actuado de forma muy efectiva ha sido en la protección de menores, debido a que es una materia a la que los Estados han dado mucha importancia especialmente para defender sus intereses en situaciones internacionales donde los niños

pueden quedar desprotegidos. Es por ello que la Conferencia de La Haya ha adaptado el papel de la Autoridad Central a las necesidades y defensa de los menores en cada convenio.

La protección para los menores fue tratada por la Conferencia de La Haya desde sus orígenes en el Convenio sobre tutela de menores de 1902. No obstante, en este Convenio solo exigía una vaga información al Gobierno del Estado de la nacionalidad del menor. No fue hasta el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de las autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores cuando se considera necesaria la colaboración entre autoridades. En este sentido, la regla general contenida en su artículo 2 establece que sean competentes las autoridades judiciales o administrativas del Estado de la residencia habitual del menor, dando también competencia a las autoridades del Estado de su nacionalidad para tomar medidas de protección siempre que lo comuniquen a las autoridades de la residencia habitual (artículo 11). Fue en este primer paso en el que Droz consideró que los Estados contratantes empezaban a perder «su anonimato y o su confidencialidad», siendo necesario un nuevo impulso que incorporara un sistema de cooperación sobre la base del establecimiento de un procedimiento inspirado en el sistema de autoridades centrales.

Esta idea fue plamada en el Convenio de La Haya 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, en el que se introdujo en su capítulo V dedicado a la cooperación, la figura de la Autoridad Central. En concreto, el artículo 30 establece que deberán cooperar entre ellas y promover la colaboración entre las autoridades competentes de sus respectivos Estados para alcanzar los objetivos del Convenio. En su artículo 31 enumera las medidas apropiadas que la Autoridad Central debe desarrollar para implementar su tarea:

- a) facilitar las comunicaciones y ofrecer la asistencia,
- b) facilitar por la mediación, la conciliación o cualquier otro procedimiento análogo, acuerdos amistosos para la protección de la persona o de los bienes del niño, en las situaciones a las que se aplica el Convenio;
y
- c) ayudar, a petición de una autoridad competente de otro Estado contratante, a localizar al niño cuando parezca que este se encuentra en el territorio del Estado requerido y necesita protección.

Junto a estos convenios que se ocupan de forma genérica de la protección de menores se encuentran otros instrumentos internacionales que abordan dicho amparo de manera específica. Es el caso del Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores que justifica la intervención de la Autoridad Central por la necesidad de una intervención activa e inmediata para restituir al menor con carácter urgente (artículos 6 y 7). En este sentido su artículo 7 otorga a la Autoridad Central competencias para:

- a) localizar al menor trasladado o retenido de manera ilícita;
- b) prevenir que el menor sufra mayores daños o que resulten perjudicadas las partes interesadas, para lo cual adoptarán o harán que se adopten medidas provisionales;
- c) garantizar la restitución voluntaria del menor o facilitar una solución amigable;
- d) intercambiar información relativa a la situación social del menor, si se estima conveniente;
- e) facilitar información general sobre la legislación de su país relativa a la aplicación del Convenio;
- f) incoar o facilitar la apertura de un procedimiento judicial o administrativo, con el objeto de conseguir la restitución del menor y, en su caso, permitir que se regule o se ejerza de manera efectiva el derecho de visita;

- g) conceder o facilitar, según el caso, la obtención de asistencia judicial y jurídica, incluida la participación de un abogado;
- h) garantizar, desde el punto de vista administrativo, la restitución del menor sin peligro, si ello fuese necesario y apropiado;
- i) mantenerse mutuamente informadas sobre la aplicación del presente Convenio y eliminar, en la medida de lo posible, los obstáculos que puedan oponerse a dicha aplicación.

En el mismo sentido el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional ha seguido una solución similar estableciendo para la Autoridad Central un papel activo que se encuentra regulado en sus artículos 6 a . En este sentido, asegura la protección de los niños, tomando directamente las medidas adecuadas para proporcionar información sobre la legislación de sus Estados así como otras informaciones generales, tales como estadísticas y formularios; e informarse mutuamente sobre el funcionamiento del Convenio y, en la medida de lo posible, suprimir los obstáculos para su aplicación. Entre las actividades encomendadas a la Autoridad Central se encuentran las de:

- a) reunir, conservar e intercambiar información relativa a la situación del niño y de los futuros padres adoptivos en la medida necesaria para realizar la adopción;
- b) facilitar, seguir y activar el procedimiento de adopción;
- c) promover, en sus respectivos Estados, el desarrollo de servicios de asesoramiento en materia de adopción y para el seguimiento de las adopciones;
- d) intercambiar informes generales de evaluación sobre las experiencias en materia de adopción internacional y
- e) responder, en la medida en que lo permita la ley de su Estado, a las solicitudes de información motivadas respecto a una situación particular

de adopción formuladas por otras Autoridades centrales o por autoridades publicas. (Artículo 9)

3. La actualización de la regulación de la Autoridad Central

La figura de la Autoridad Central ha ido adaptándose a los tiempos y a la evolución de la cooperación entre tribunales teniendo en cuenta los nuevos escenarios legislativos de los Estados, así como las exigencias existentes en un mundo cada vez más globalizado. En este sentido, a continuación se exponen algunos de los cambios que han dado lugar a la actualización de esta figura procesal.

3.1. La Autoridad Central en los sistemas plurilegislativos

Uno de los cambios incorporados en la regulación de la Autoridad Central se ha debido a la toma en consideración, por parte de la Conferencia de La Haya, de los Estados plurilegislativos y la posibilidad de que estos nombraran más de una Autoridad Central. En este sentido, la Conferencia de La Haya ha incorporado en sus Convenios la denominada «cláusula federal» dando libertad a los Estados para aumentar el número de autoridades centrales en su territorio en función de su sistema político. En definitiva, los Estados federales, aquellos en los que esté vigente más de un sistema jurídico o los que cuenten con organizaciones territoriales autónomas tendrán libertad para designar más de una Autoridad Central y especificar la extensión territorial de los poderes de cada una de estas Autoridades. En estos casos el Estado que haga uso de esta facultad deberá informar de que Autoridad Central sería competente en cada caso.

Es por ejemplo el caso de España, cuyo sistema plurilegislativo ha dado lugar a la multiplicación de las autoridades centrales a demanda de las comunidades autónomas y en función de las competencias que estas tienen atribuidas en determinadas materias.

Esta cláusula está presente desde la década de los años ochenta en el Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción de menores Convenio de La Haya, el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, el Convenio 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, el Convenio de 13 de enero de 2000 sobre Protección Internacional de los Adultos y en el Convenio de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia.

3.2. *La presencia de formularios para facilitar la función de la Autoridad Central*

Asimismo, en los últimos convenios de la Conferencia de La Haya se ha reforzado la función de la Autoridad Central con el uso de formularios que sirven para facilitar y agilizar su trabajo. Es el caso del Convenio de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia. En dicho Convenio, el capítulo III titulado «Solicitudes por intermedio de autoridades centrales» desarrolla de manera minuciosa las actividades que estas deben realizar para llevar a cabo el cumplimiento de las obligaciones presentes en el Convenio. Para ello se han creado una serie de formularios que figuran en sus Anexos que sirven para comunicar a la Autoridad Central el tipo de actuación que se le reclama en cada momento (formulario de transmisión en virtud del artículo 12(2) y el formulario de acuse de recibo en virtud del artículo 12(3)) que permite agilizar la comunicación entre tribunales.

3.3. *La regulación del coste de las actuaciones de la Autoridad Central*

La regulación de los costes por las actividades desarrolladas por la Autoridad Central es otro indicio del aumento y de la complejidad de actuaciones que se les exigen para cumplir con los objetivos del Convenio.

En este sentido, el Convenio de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia también establece en su artículo 8 unas reglas relativas a los costes que generan la actuación de la Autoridad Central. En este sentido el Convenio establece, que cada Autoridad Central asumirá sus propios costes derivados de la aplicación de las actividades que deben realizar para cumplir con sus objetivos. Por otro lado no impondrán al solicitante ningún cargo por los servicios prestados por ellas en virtud del Convenio, salvo los costes excepcionales que se deriven de una petición de medidas específicas (de las que están previstas en el artículo 7), no pudiendo recuperar los costes excepcionales sin el consentimiento previo del solicitante sobre la prestación de dichos servicios a tales costes.

4. *La presencia de la Autoridad Central en otros instrumentos internacionales*

Los buenos resultados obtenidos con la figura de la Autoridad Central ha servido para extrapolar su actividad a otros instrumentos internacionales tanto en el seno de la Conferencia de La Haya como en otras organizaciones especializadas o de ámbito regional.

En la Conferencia de La Haya la Autoridad Central también está presente en Convenio de 13 de enero de 2000 sobre Protección Internacional de los Adultos en sus artículos 28 a 30 en unas condiciones similares a las de los Convenios sobre protección de menores. Así mismo el Convenio de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia también utiliza la Autoridad Central en este caso reforzando su actividad diferenciando las actividades generales: «a) cooperar entre sí y promover la cooperación

entre las autoridades competentes de sus Estados para alcanzar los objetivos del Convenio; b) buscar, en la medida de lo posible, soluciones a las dificultades que pudieran surgir en la aplicación del Convenio” (artículo 5), de las actividades específicas:” a) transmitir y recibir tales solicitudes; b) iniciar o facilitar la iniciación de procedimientos con respecto a tales solicitudes» (artículo 6-1).

A nivel europeo el Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos se apoya también en el sistema de cooperación entre autoridades centrales designadas por los Estados Miembros (capítulo VII) para facilitar el cobro transfronterizo de créditos alimenticios. Dado que el sistema de cooperación a nivel europeo está muy evolucionado, se ha establecido un sistema muy completo de presentación de solicitudes de reconocimiento, de carácter ejecutorio y de ejecución, de modificación de las resoluciones existentes, o para obtener una resolución. Asimismo, las autoridades centrales llevan a cabo tareas de intercambio de información a efectos de localizar a los deudores y acreedores y de determinar sus ingresos y su patrimonio en la medida en que sea necesario. Por último, cooperan entre sí intercambiando información general y fomentando la cooperación entre las autoridades competentes de sus respectivos países. Reglas sobre cobro (artículo 57), protección de datos (artículo 61 y 62) así como el uso de formularios también están presentes en el Reglamento.

En el ámbito de las Conferencias interamericanas de Derecho internacional privado (CIDIP) se puede apreciar también la influencia de la Conferencia de La Haya en el uso de la figura de las autoridades centrales. Así sucede por ejemplo en la Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias hecha en Panamá el 30 de enero de 1975 que incorpora esta figura en su artículo 4. Lo mismo sucede en el artículo 9 de la Convención interamericana sobre prueba e información acerca del Derecho extranjero hecha el 8 de mayo de 1979 en Montevideo, o la

Convención interamericana sobre el retorno internacional de menores de Montevideo 1989 donde se incorpora un sistema de autoridades centrales.

5. *Conclusión*

La figura de la Autoridad Central es fundamental para el buen funcionamiento de los Convenios de cooperación o para aquellos Convenios que necesitan facilitar mecanismos de contacto entre las autoridades de diferentes Estados, tal y como sucede en el caso de la protección de las personas bien sean menores o adultos.

Para ello los Estados deben dotar a las autoridades centrales de medios materiales y humanos que permitan llevar a cabo su actuación de forma correcta. Por ello, la designación de autoridades centrales de ámbito territorial en Estados plurilegislativos, así como la utilización de formularios, sirven para facilitar su actuación y ofrecer mejores servicios a los beneficiarios de los convenios.

*Autora: Carmen Parra Rodríguez
(Profesora de Derecho Internacional Privado,
Universidad Abat Oliba CEU)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BORRÁS RODRÍGUEZ, A. «El papel de la “Autoridad Central”: los convenios de La Haya y España», *REDI*, vol. XLV, n.º 1, 1993, pp. 63-79; BORRÁS RODRÍGUEZ, A. «Cuatro elementos estructurales de los convenios de La Haya, con especial referencia a los convenios ratificados por España», *Revista Jurídica de Catalunya*, 1993, n.º 1, pp. 9-24. CAPATINA, O. «L’entraide judiciaire internationale en matière civile et commerciale», *RCADI*, vol. 179, 1983-1, p. 309 y ss.; DROZ, G.A.L. «Le présent et l’avenir de la Convention de La Haye sur la notification des actes judiciaires et extrajudiciaires à l’étranger», *Revue des Hussiers de Justice*, 1977, pp. 197-201; DROZ, G.A.L. «Evolution du rôle des autorités administratives dans les conventions de

droit international privé au cours du premier siècle de la Conférence de La Haye», *Etudes offertes à Pierre Bellet*, París, 1991, p. 129 y ss.; PARRA, C. «De la cooperación administrativa a la era de los formularios. La cooperación internacional de autoridades: Ámbitos de familia y del proceso civil», *Jornadas organizadas por el Departamento de Derecho y Economía Internacionales de la Universidad de Barcelona*, IProlex, 2009, pp. 217-235; PARRA, C. «Checklist sobre el cobro internacional de alimentos: una perspectiva española. Adaptación de la legislación interna a la normativa de la Unión Europea en materia de cooperación civil», *Homenaje al Prf. Dr. Ramón Viñas*, Marcial Pons, 2012, pp. 219-242; PARRA, C. *La implementación del ordenamiento catalán del Derecho internacional de los alimentos: especial referencia al Reglamento 4/2009. Nuevos reglamentos comunitarios y su impacto en el Derecho catalán*. J. M. Bosch editor. 2012, pp. 137-180; RIGAUX, F. «La signification des actes judiciaires à l'étranger», *Revue Critique de droit international privé*, pp. 447-474; SILBERMAN, L. «Cooperative efforts in private international law on behalf of children: The Hague Children's Conventions», *RCADI* vol. 323, 2006, pp. 261-477.

C

CALIFICACIÓN

1. Definición

Cualquier litigio bien sea interno o internacional, plantea la necesidad de determinar qué norma ha de ser aplicada a la cuestión. Para ello es necesario analizar los supuestos fácticos que plantean las partes, y una vez identificados, interpretar el contenido jurídico de la norma. Es lo que se podría denominar la «conversión» del hecho en una categoría jurídica, o dicho de otra manera, la concreción de una situación privada internacional en términos jurídicos.

La importancia de este proceso calificadorio es una actuación básica en la labor de la aplicación del Derecho, ya que es a través de esta categoría jurídica donde se basa el juez para determinar el punto de conexión que llevará a elegir la norma aplicable a la solución del conflicto planteado por las partes.

Si bien es cierto que en el Derecho interno este proceso se hace de manera automática e inconsciente, en el Derecho internacional la «conversión» del hecho en una norma jurídica plantea problemas específicos dadas las diferentes categorías jurídicas existentes en los diversos ordenamientos jurídicos.

La calificación es por tanto una norma de aplicación general que tiene una especial incidencia en el ámbito de las normas de conflicto, ya que la introducción del hecho dentro de una determinada categoría jurídica tendrá como resultado la atribución de un determinado punto de conexión que nos llevará a un ordenamiento concreto, lógicamente, el mejor conectado con esa determinada situación. Es por ello que equivocarse en la calificación conlleva la pérdida de sentido del proceso conflictual, ya que relacionaría unos hechos con un ordenamiento con el cual no tendría una estrecha conexión.

2. Problemas que plantea la calificación

Hay conceptos jurídicos que podríamos calificar como universales, es decir, que son comunes a todos los ordenamientos jurídicos. Es el caso por ejemplo de la sucesión, entendida como la categoría jurídica que regula los aspectos legales en torno a la muerte.

No obstante una aproximación mayor a conceptos como este revela la existencia de diferencias, a veces insubsanables entre los ordenamientos jurídicos, lo que obliga al juez a analizar la situación de hecho planteada para incorporarla posteriormente en la categoría jurídica existente dentro de su ordenamiento.

En este sentido son varias las situaciones que se nos pueden presentar en el ámbito del Derecho internacional privado.

2.1. *Concepto jurídico conocido en los diferentes ordenamientos, pero encuadrado en diferentes categorías jurídicas*

Es el caso de las obligaciones alimenticias, concepto este que posee connotaciones diferentes en las legislaciones de los Estados. Así por ejemplo existe una variedad de conceptos utilizados en diferentes legislaciones para referirse a las obligaciones alimenticias adoptando en cada una de ellas diferentes matices. Así por ejemplo, dependiendo del ordenamiento en que se realice la calificación las obligaciones alimenticias pueden formar parte del Derecho de familia, de las obligaciones contractuales, o de las obligaciones extracontractuales.

Esta variedad conceptual nos da una idea de la complejidad del fenómeno calificadorio, por lo que su adscripción a una u otra categoría jurídica dependerá de la función que cumpla dentro del ordenamiento jurídico del que forme parte.

2.2. *Concepto jurídico desconocido por el ordenamiento jurídico del juez*

En el caso de que el concepto jurídico no coincida con ninguna de las categorías jurídicas existentes en el ordenamiento jurídico del juez que deba calificar, existen diferentes soluciones dependiendo del problema a resolver.

2.2.1. *Concepto jurídico asignable dentro de una única categoría jurídica*

Se trata en este caso de supuestos de hecho conocidos en un ordenamiento extranjero, y desconocidos para el Derecho de foro, como sucede por ejemplo en el caso de la *kafala* musulmana o el *talaq* musulmán.

En estos casos el juez actúa en dos etapas: esta solución que fue impulsada por H. BATIFFOL se desarrolla a través de dos fases en la primera fase, o «fase de definición» se analiza la función que desarrolla la «institución desconocida» en el Derecho extranjero del que procede, tratándose de una consulta simplemente informativa. En la segunda fase o «fase de decisión» debe buscarse una institución jurídica en el Derecho del foro que desarrolle la función que la institución desconocida despliega en el ordenamiento extranjero, o al menos una «función similar».

Así por ejemplo en el caso de la *kafala* musulmana se trata de una adopción según el Derecho coránico, sin embargo los efectos que produce esta figura no se corresponden con los de la adopción plena reconocida en la mayor parte de los ordenamientos occidentales.

En este sentido, el análisis jurídico de la *kafala* nos lleva a su calificación dentro de otra categoría jurídica diferente a aquella donde se encuentra enmarcada, en concreto y dado que se trata de una figura de protección de las personas que no rompe los vínculos con la familia biológica, quedaría catalogado como un acogimiento, y por tanto sometido a un punto de conexión diferente, y por tanto a la aplicación de una ley distinta a la que regularía la adopción.

Para el *talaq* la situación es similar. Si se estudia el Derecho egipcio el *talaq* no es exactamente un divorcio o una separación judicial tal como se entiende en los Derechos continentales; sin embargo, si se observa la función que esta figura desarrolla en el Derecho egipcio, el *talaq* sería similar a un divorcio, ya que ambas instituciones persiguen la disolución del matrimonio.

Por tanto, la norma de conflicto del foro que señale la ley aplicable al divorcio debería utilizarse para fijar también la ley aplicable al *talaq*.

2.2.2. *Concepto jurídico asignable a más de una categoría jurídica*

En este caso se trata de supuestos desconocidos para el Derecho del foro y que una vez analizados no se corresponden con ninguna de sus categorías jurídicas. Sería por ejemplo el caso del *trust* propio de los sistemas anglosajones pero desconocido para los sistemas continentales.

En este caso la solución más directa trataría de analizar la función social que cumple la institución desconocida para el foro, y a continuación se intentaría encuadrar en alguna de las categorías existentes en el ordenamiento del foro.

Por ejemplo en el *trust* anglosajón estamos en presencia de una figura de administración que puede encuadrarse en diferentes categorías jurídicas según la función que cumpla en el caso concreto del litigio. En este sentido, si se trata de administrar una herencia se enmarcaría en la categoría jurídica de la sucesión; si se tratase de administrar un bien inmueble, quedaría enmarcado en la institución de las obligaciones contractuales sobre bienes inmuebles, etc.

3. *Conflicto de calificaciones*

Una de las primeras cuestiones que se deben resolver cuando se está ante un litigio que presenta elementos de tráfico externo es el de individualizar la regla aplicable al supuesto de hecho, lo que produce el denominado conflicto de calificaciones.

En concreto se trata de saber si la calificación de la norma material extranjera ha de hacerse según categorías jurídicas propias del mismo (calificación *lege causae*) o simplemente aplicamos al supuesto la categoría jurídica a la que esta regla pertenece según el Derecho del foro (calificación *lege fori*).

En este sentido hay que decir que la calificación *lege fori* ha sido defendida por la mayor parte de la doctrina (E. BARTIN, F. KAHN, J. MAURY), siendo también la solución adoptada por un gran número de ordenamientos. Esta teoría consiste en determinar la naturaleza jurídica de la situación privada internacional según la norma de conflicto del país cuyos tribunales conocen del asunto.

Respecto a la calificación *lege causae* (F. DESPAGNET, G. PACCHIONI Y M. WOLFF) defiende la calificación en función del ordenamiento jurídico destinado a resolver el fondo del asunto.

El conocido caso del matrimonio maltés puede servir de ejemplo para ilustrar lo que aquí se explica y lo comentamos a continuación. Una pareja de nacionalidad maltesa contrajo matrimonio en Malta (colonia británica en aquel momento), trasladándose al poco tiempo de contraer matrimonio a Argelia (colonia francesa en aquel momento). Toda su vida transcurrió en Argelia hasta la muerte del marido, momento en el que se inició un litigio por la herencia entre la viuda que reclamaba la cuarta trebeliánica, típica del Derecho maltés y los hijos del matrimonio que entendían que esta figura no se aplicaba y por tanto tenían derecho a una parte mayor de la herencia de su padre.

El caso se abrió ante el juez argelino que debía calificar la naturaleza jurídica de la cuarta trebeliánica. El juez tenía una doble opción: por un lado analizarlo como una figura del Derecho argelino (*calificación lege fori*) en cuyo ordenamiento no existía esta figura, pero que quedaba calificada como perteneciente al derecho sucesorio, o según el Derecho maltés (*calificación lege causae*) donde sí existía esta figura como parte del derecho matrimonial. Si calificaba conforme la ley argelina la norma de conflicto aplicable a la sucesión era la ley del lugar donde existían inmuebles y por tanto se aplicaba el Derecho argelino; la esposa según este derecho no tenía derecho a la cuarta trebeliánica. Si calificaba conforme al Derecho maltés la norma de conflicto remitía al lugar de celebración del matrimonio, por tanto era aplicable el Derecho maltés que daba la cuarta tre-

veliánica a la esposa. Había por tanto un conflicto de calificaciones que el juez debía resolver con base en el principio de proximidad y flexibilidad.

4. *Calificación autónoma*

La solución planteada por la denominada «tercera escuela» (E. RABEL, seguido por F. DE CASTRO) consiste en prescindir de la calificación *lege fori* y *lege causae* ya que la práctica ha demostrado que son procedimientos no aptos para solucionar los problemas planteados para las situaciones de tráfico externo. Por el contrario, hay que crear conceptos propios para los supuestos de hecho de las normas de conflicto, de tal modo que estos conceptos adquieran un significado válido y exclusivo para el Derecho internacional privado.

El ordenamiento internacional por tanto crea su propio sistema independientemente del Derecho interno, lo que le permite desplegar correctamente su función (F. SCHWIND, J. MAURY, E. VITTA) a través de una técnica sencilla adaptada a la realidad.

¿Cómo se crean estos conceptos jurídicos propios de las calificaciones autónomas?

Dos han sido las tesis que han dado respuesta a esta pregunta.

Por un lado E. RABEL, F. DE CASTRO optan por buscar definiciones a través del Derecho comparado, consiguiendo así un conjunto normativo común a un gran número de países. Este sistema, sin dejar de ser interesante resulta complejo en su puesta en marcha.

La otra solución es más rápida, y consiste en partir de los conceptos existentes en el Derecho interno del país cuyos tribunales conocen del asunto (*lex fori*), dotándolos de un significado propio y específico para el Derecho internacional privado.

Esta solución incorpora una serie de conceptos que crean un nuevo ámbito para el Derecho internacional que pueden ser individualizados sin carácter exhaustivo.

4.1. *Conceptos materiales propios del Derecho internacional privado*

Los ordenamientos internos contienen conceptos jurídicos propios que cumplen con una función específica para los casos que afectan a su territorio y a sus nacionales, pero que no siempre tienen el mismo alcance cuando se trata de situaciones con elementos de extranjería.

Es el caso del concepto de «menor», que en la mayor parte de ordenamientos jurídicos se refiere a la persona por debajo de los 18 años. Sin embargo, en los ordenamientos internacionales varía en función de la norma aplicable. Así por ejemplo en *el Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores* el menor es aquel que tiene menos de 16 años o en *el Convenio de 23 de noviembre de 2007 sobre el Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia*, son menores los que tienen menos de 21 años.

4.2. *Conceptos amplios para el Derecho internacional privado*

En ocasiones, el concepto jurídico que está contenido en el Derecho interno es demasiado concreto o no abarca la casuística que puede plantear el ámbito internacional. Es por ello que se buscan categorías más amplias, que no se corresponden con una figura jurídica concreta del foro, pero que sí que se identifican con una parte de la institución de Derecho interno.

Es el caso de los pactos matrimoniales contenidos en el artículo 9-2 del Código Civil español. El pacto matrimonial como tal no existe en el Derecho español, ya que en el artículo 9-3 del Código Civil habla de capitulaciones matrimoniales, institución esta que requiere una forma solemne (escritura pública) entre otros requisitos formales. La calificación

amplia en este caso serviría para abarcar tanto el supuesto específico del Derecho español, como cualquier otro tipo de contrato matrimonial que procediera de otros ordenamientos.

Otra solución interesante de analizar es la contenida en el Código belga de Derecho internacional privado de 2004. Esta codificación ha tomado como ejemplo la técnica de los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado. En concreto consiste en añadir junto a la calificación amplia, de forma ejemplificativa, el ámbito de aplicación al que se debe aplicar la ley seleccionada. Con ello se evitan posibles calificaciones superfluas que ya quedan contenidas en el supuesto de hecho.

Así, por ejemplo, en el artículo 78 del Código belga de Derecho internacional privado (2004) establece como categoría jurídica «la sucesión», que se regula por la ley del país de la última residencia habitual del causante. A continuación en el artículo 80 de la misma norma se establece una lista no exhaustiva de cuestiones que se regulan por esta ley como por ejemplo: la causa y el momento de apertura de la sucesión, la sucesión del Estado y del cónyuge superviviente, causas de desheredación e indignidad, las legítimas, condiciones y efectos de aceptación de la herencia, etc.

4.3. Conceptos compartidos pero reinterpretados

Es el caso del matrimonio, que debe ser interpretado de forma amplia, dependiendo de la función social que cumpla dentro de un determinado ordenamiento como, por ejemplo, el matrimonio poligámico, las parejas de hecho o el caso del repudio, como una forma de ruptura del vínculo matrimonial. En todos estos casos se trata de instituciones en principio inaceptables en ordenamientos que defienden el principio de monogamia, o la no discriminación por razón de sexo, pero que sin embargo, dependiendo del caso concreto, pueden llevar a cabo una función social aceptable en el ordenamiento jurídico del foro.

Autora: Carmen Parra Rodríguez
(Profesora titular de Derecho Internacional Privado,
Universidad Abat Oliba CEU)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ANCEL, B. «L'Object de la qualification», *JDI (Clunet)*, vol. 107, pp. 227-268; BARTIN, E. «La doctrine des qualifications et ses rapports avec les caractères u conflict de lois», *RCADI*, 1930, vol. 31, pp. 561-620; BATIFFOL, H. «Tendances doctrinales actuelles en droit international privé», *RCADI*, 1948, vol. 72, pp. 5-66; DE CASTRO BRAVO, F., «La cuestión de las calificaciones», *RDP*, 1933, pp. 217-249 y 265-286; DESPAGNET, F. «Les conflits de lois relatifs à la qualification des rapports juridiques», *JDI (Clunet)*, 1898, p. 253 y ss.; KAHN-FREUND, O. «General Problems of Private International Law», *RCADI*, 1974, vol. 143, pp. 165-288; MAURY, J. «Règles générales des conflits de lois», *RCADI*, 1936, vol. 57, pp. 329-563; PACCHIONI, G. *Elementi di Diritto Internazionale Privato*, Padua, 1930; RABEL, E. «Das Problem der Qualifikation», *RabelsZ*, n.º 5, 1931, pp. 241-288; SCHWIND, F. «Aspects et sens du droit international privé», *RCADI*, 1984, vol. 187, pp. 9-144; VITTA, E. «Cours Général de droit international privé», *RCADI*, 1979, vol. 162, pp. 21-243; WOLF, M. *Private International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1950, pp. 22, 146-147.

CERTIFICADO SUCESORIO EUROPEO (CSE)

El Certificado sucesorio europeo es un documento emitido en un Estado de la Unión Europea al amparo del Reglamento (UE) 650/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y a la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación del certificado sucesorio europeo (en adelante, RSE).

1. *Introducción*

a) Regulación

El RSE incluye un capítulo, el VI (arts 62 a 73), dedicado al Certificado Sucesorio Europeo (en adelante, CSE), regulación que se completa con el Reglamento de Ejecución 1329/2014, de 9 de diciembre (en especial, formulario IV, respecto a la solicitud; y V, respecto a su expedición).

b) No incidencia en los derechos materiales internos

El CSE no afecta a la estructura transmisiva *mortis causa*. Su expedición presupone, al menos, el *título sucesorio*, pues es posible que el CSE solo albergue el testamento, pacto o declaración de herederos. Y, además, podrá incluir la aceptación de la herencia; y, en su caso, la adjudicación de los bienes hereditarios, en cuyo caso el CSE servirá de prueba del *iter traslativo mortis causa* completo.

c) Compatibilidad con el sistema documental de cada país.

Según el artículo 62.3 RSE «[e]l certificado no sustituirá a los documentos internos empleados en los Estados miembros para fines similares».

En realidad, por el formato del CSE, no es que no sustituya a los documentos internos, sino que no puede sustituirlos, de acuerdo con la configuración que el propio RSE le atribuye. El RSE recoge manifestaciones de voluntad ya emitidas con anterioridad, no *ex novo* en el certificado, pues es un documento expedido *por una autoridad pública*, en el que no intervienen —salvo para solicitarlo— los particulares.

2. *Concepto*

El CSE es un documento público, emitido por autoridad competente, con vocación trasnacional que actúa como acreditación de hechos y ac-

tos jurídicos previos con trascendencia sucesoria (la muerte de una persona; su voluntad formalmente manifestada en testamento; la aceptación del llamado), y cuyo objetivo principal es servir como medio de prueba, toda vez que «[e]l certificado se expedirá para ser utilizado por los herederos, legatarios que tengan derechos directos en la herencia y ejecutores testamentarios o administradores de la herencia que necesiten invocar, en otro Estado miembro, su cualidad de tales o ejercer sus derechos como herederos o legatarios, o bien sus facultades como ejecutores testamentarios o administradores de la herencia» (artículo 63.1 RSE) sin necesidad de legalización internacional.

3. Características

1.º No necesidad de legalización internacional: «El certificado surtirá sus efectos en todos los Estados miembros sin necesidad de ningún procedimiento especial» (artículo 69.1 RSE).

2.º Produce efectos probatorios plenos sobre los hechos que acredita (artículo 69.2 RSE), de manera que «ninguna autoridad o persona ante la que se presente un certificado expedido en otro Estado miembro debe estar facultada para pedir en lugar del certificado la presentación de una resolución, de un documento público o de una transacción judicial» (considerando 69).

3.º Tiene vocación internacional, por lo que será ocioso expedirlo si no hay en la herencia ningún elemento de extranjería que lo aconseje, si bien «una vez expedido para ser utilizado en otro Estado miembro, el certificado producirá igualmente los efectos enumerados en el artículo 69 en el Estado miembro cuyas autoridades lo hayan expedido» (artículo 62.3 RSE).

4.º Aun existiendo un elemento internacional, no es de obligatoria formalización (artículo 62.2 RSE). En el caso de que no se expida, se seguirán las pautas habituales de efectos de los documentos públicos en el

extranjero, cuyo régimen, no obstante, ha sido agilizado por el RSE (artículo 59.1 RSE).

5.º Es un documento dinámico, cuyo contenido podrá ir variando conforme avance el *iter* sucesorio (por ejemplo, recogiendo primero el testamento; y, más adelante, las eventuales aceptaciones o renunciaciones a la herencia).

4. Expedición del CSE

4.1. Sujetos: *órgano competente y persona solicitante*

a) Órgano competente según el artículo 64 RSE

a.1) Competencia funcional. La autoridad expedidora deberá ser un tribunal tal como se define en el artículo 3.2 RSE; u otra autoridad que, en virtud del Derecho nacional, sea competente para sustanciar sucesiones *mortis causa* (artículo 64 RSE).

En España, en virtud de la comunicación hecha a la UE (artículo 78.1.c RSE), tal competencia corresponde a las autoridades judiciales y los notarios.

a.2) Competencia territorial. El certificado será expedido en el Estado miembro cuyos tribunales sean competentes en virtud de los artículos 4, 7, 10 u 11 (artículo 64 RSE), que nos remite a las autoridades correspondientes del país de residencia del causante, si la de este fuera la ley aplicable; si ha habido *professio iuris*, lo serán las del país de la nacionalidad elegida; en tercer lugar, los de país con el que el causante tuviera vínculos más estrechos; y si no hay ningún Estado miembro según los criterios anteriores, la ley del lugar donde radiquen los bienes de la herencia. Son competencias excluyentes.

b) Solicitante. Los artículos 65.1 y 63.1 RSE

El certificado se expedirá a instancia de:

los herederos, legatarios que tengan derechos directos en la herencia y ejecutores testamentarios o administradores de la herencia que necesiten invocar, en otro Estado miembro, su cualidad de tales o ejercer sus derechos como herederos o legatarios, o bien sus facultades como ejecutores testamentarios o administradores de la herencia [albaceas y contadores-partidores]. (Artículos 65.1 y 63.1 RSE)

Con relación al derecho a obtener copia, el artículo 70.1 RSE señala que la autoridad emisora entregará una o varias copias auténticas al solicitante y a «cualquier persona que demuestre un interés legítimo».

4.2. *Solicitud. Los artículos 65 y 66 RSE*

El RSE detalla con precisión el contenido de la solicitud, indicando que, en ella, constará la información que a continuación enumera:

en la medida en que la misma obre en poder del solicitante y sea necesaria para que la autoridad expedidora acredite los elementos que el solicitante desea que le sean certificados, acompañada de todos los documentos pertinentes, en original o copias que reúnan las condiciones necesarias para considerarlas como auténticas. (Artículo 65.3)

No obstante, «[s]i el solicitante no puede presentar copias de los documentos pertinentes, que reúnan las condiciones necesarias para considerarlas como auténticas, la autoridad emisora podrá decidir aceptar otros medios de prueba» (artículo 66.2 RSE).

De acuerdo con lo anterior, la información que han de figurar en la solicitud es la relativa a (artículo 65.3 RSE) los datos del causante; datos del solicitante; en su caso, datos del representante del solicitante; datos del cónyuge o de la pareja del causante y, si procede, de su excónyuge o sus excónyuges o de su expareja o sus exparejas; datos de otros posibles

beneficiarios en virtud de una disposición *mortis causa* o de la ley; el fin para el cual se solicita el certificado; los datos de contacto del tribunal u otra autoridad competente (normalmente, notario) que sustancie o haya sustanciado la sucesión; los extremos en los que el solicitante fundamente sus derechos; indicación de si el causante había otorgado una disposición *mortis causa*; indicación de si el causante había celebrado capitulaciones matrimoniales o un contrato relativo a una relación que pueda surtir efectos análogos al matrimonio; indicación de si alguno de los beneficiarios ha declarado que acepta la herencia o renuncia a ella; declaración de que no existe ningún litigio pendiente relativo a los extremos que vayan a ser certificados; y cualquier otra información que el solicitante considere útil a los efectos de la expedición del certificado.

La solicitud se ajustará al formulario IV establecido por el Reglamento de Ejecución 1329/2014.

4.3. *Examen de la solicitud. El artículo 66 RSE*

El RSE dispone:

[a]l recibir la solicitud, la autoridad emisora verificará la información y las declaraciones así como los documentos y demás pruebas presentados por el solicitante. Realizará de oficio las averiguaciones necesarias para efectuar esta verificación, cuando así lo disponga o autorice su propia legislación, o instará al solicitante a presentar cualesquiera otras pruebas que considere necesarias. (Artículo 66.1 RSE).

Añade:

[s]i así lo dispone su ordenamiento jurídico, y en las condiciones que se establezcan en el mismo, la autoridad emisora podrá pedir que las declaraciones se hagan bajo juramento o, en su lugar, mediante declaración responsable. (Artículo 66.3 RSE)

4.4. Expedición. El artículo 67 RSE

El RSE es taxativo al ordenar:

[l]a autoridad emisora expedirá sin demora el certificado de acuerdo con el procedimiento establecido en el presente capítulo una vez que los extremos que vayan a ser certificados hayan sido acreditados con arreglo a la ley aplicable a la sucesión o en virtud de cualquier otra ley aplicable a extremos concretos de la herencia. (Artículo 67.1)

La autoridad expedirá el CSE utilizando el formulario V aprobado por el Reglamento de Ejecución 1329/2014 y adoptará todas las medidas que sean necesarias para informar a los beneficiarios de la expedición del certificado (artículo 67.2 RSE).

5. Contenido del CSE

En realidad, el contenido del CSE es, casi en su totalidad, reproducción de los datos habituales de una sucesión *mortis causa*. Así resulta del artículo 68 RSE, a cuyo tenor:

[e]l certificado contendrá la siguiente información, en función del fin para el cual se expide:

- a) nombre y dirección de la autoridad emisora;
- b) número de referencia del expediente;
- c) los extremos que fundamentan la competencia de la autoridad emisora para expedir el certificado;
- d) fecha de expedición;
- e) datos del solicitante: apellidos (si procede, apellidos de soltera); nombre; sexo; fecha y lugar de nacimiento; estado civil; nacionalidad; número de identificación (si procede); dirección y, en su caso, relación con el causante;

f) datos del causante: apellidos (si procede, apellidos de soltera); nombre; sexo; fecha y lugar de nacimiento; estado civil; nacionalidad; número de identificación (si procede); dirección en el momento del fallecimiento; fecha y lugar del fallecimiento;

g) datos de los beneficiarios: apellidos (si procede, apellidos de soltera); nombre y número de identificación (si procede);

h) información relativa a las capitulaciones matrimoniales celebradas por el causante o, en su caso, al contrato celebrado por el causante en el contexto de una relación que conforme a la ley aplicable surta efectos similares al matrimonio e información relativa al régimen económico matrimonial o equivalente;

i) la ley aplicable a la sucesión y los extremos sobre cuya base se ha determinado dicha ley;

j) la información relativa a si la sucesión es testada o intestada, incluyendo la información sobre los extremos de los que se derivan los derechos o facultades de los herederos, legatarios, ejecutores testamentarios o administradores de la herencia;

k) cuando proceda, información sobre la naturaleza de la aceptación o renuncia de la herencia de cada beneficiario;

l) la parte alícuota correspondiente a cada heredero y, cuando proceda, el inventario de los derechos y/o bienes que corresponden a cada heredero determinado;

m) el inventario de los derechos y/o bienes que corresponden a cada legatario determinado;

n) las limitaciones de los derechos del heredero o los herederos y, en su caso, del legatario o los legatarios en virtud de la ley aplicable a la sucesión o de una disposición *mortis causa*;

o) las facultades del ejecutor testamentario o del administrador de la herencia y sus limitaciones en virtud de la ley aplicable a la sucesión o de una disposición *mortis causa*.

Por su parte, el citado Reglamento de Ejecución 1329/2014 prevé una serie de anexos, con posibilidad de incluir amplia información en los mismos:

- i. Datos del solicitante persona jurídica.
- ii. Datos del representante de la persona jurídica.
- iii. Información sobre el REM del causante. Recordemos que, a diferencia de lo que establece el 9.8 CC español, los derechos sucesorios del viudo se registrarán por la ley sucesoria, no por la que rija el REM.
- iv. Cualidad y derechos del heredero. En este anexo se recogerían todos los datos relativos a la aceptación o renuncia (en su caso) de la herencia, y la descripción de los bienes heredados.
- v. Cualidad y derechos del legatario que tenga derechos directos sobre la herencia.
- vi. Facultades para ejecutar el testamento o administrar la herencia.

6. Efectos. El artículo 69 RSE

Los efectos del CSE se producirán, *ex* artículo 69.1, «en todos los Estados miembros sin necesidad de ningún procedimiento especial», evitando, pues, cualquier trámite adicional, incluyendo legalización diplomática (es decir, la apostilla prevista en el convenio de La Haya de 1961).

1.º Prueba de la cualidad de heredero, legatario y albacea (artículos 69.2 y 63.2 RSE)

Existe, por un parte, una presunción general consistente en que «el certificado prueba los extremos que han sido acreditado de conformidad

con la ley aplicable a la sucesión o con cualquier otra ley aplicable a extremos concretos de la herencia» (artículo 69.2 RSE, parte primera).

Y, además, unas presunciones especiales, pues:

[s]e presumirá que la persona que figure en el certificado como heredero, legatario, executor testamentario o administrador de la herencia tiene la cualidad indicada en él o es titular de los derechos o de las facultades que se expresen sin más condiciones o limitaciones que las mencionadas en el certificado. (Artículo 69.2, parte segunda)

Con más precisión, el artículo 63.2, parte segunda, extiende esta presunción a:

- a) la cualidad y/o los derechos de cada heredero o, en su caso, de cada legatario mencionado en el certificado y sus respectivas cuotas hereditarias;
- b) la atribución de uno o varios bienes concretos que formen parte de la herencia al heredero o a los herederos o, en su caso, al legatario o a los legatarios mencionados en el certificado;
- c) las facultades de la persona mencionada en el certificado para ejecutar el testamento o administrar la herencia.

Estas presunciones son *iuris tantum* (admiten, pues, prueba en contrario); de manera si se acredita que alguno de los extremos reflejados en el CSE no es veraz, su eficacia decaería.

2.º Eficacia de los pagos hechos o bienes entregados a persona que, según el certificado, esté legitimada para recibirlos (artículo 69.3)

Según el artículo 69.3 RES:

[s]e considerará que cualquier persona que, en virtud de la información contenida en un certificado, efectúe pagos o entregue bienes a una persona que figure facultada en el certificado para recibir tales pagos o bie-

nes ha tratado con una persona autorizada para ello, a menos que tenga conocimiento de que el contenido del certificado no responde a la realidad o no tenga conocimiento de ello por negligencia grave.

No obstante, la eficacia que esta norma (artículo 69.4 RSE) atribuye a la apariencia creada por el CSE deberá compatibilizarse con las normas sustantivas aplicables al caso (que puede que no sean las de la ley reguladora de la sucesión), las cuales preverán o no ese efecto derivado de la apariencia.

3.º Eficacia de las transmisiones realizadas a un tercero por persona facultada para ello según el CSE (artículo 69.4 RSE)

Según el artículo 69.4 RSE:

[c]uando una persona que figure facultada en el certificado para disponer de bienes de la herencia disponga de los mismos en favor de otra persona, se considerará que esta, si actúa en virtud de la información contenida en el certificado, ha tratado con una persona facultada para disponer de los bienes en cuestión, a menos que tenga conocimiento de que el contenido del certificado no responde a la realidad o no tenga conocimiento de ello por negligencia grave.

La norma del artículo 69.4 RSE debe compatibilizarse con el régimen conflictual de los derechos reales (incluidas su adquisición y pérdida), el cual sigue siendo el de cada país (artículo 1.2.g y k RSE), por lo que si, por ejemplo, los bienes, muebles o inmuebles, están situados en España, se regirá la materia por la ley española (artículo 10.1 CC), sea la del CC o la de alguna de las legislaciones autonómicas.

En el caso de los bienes muebles, si la ley aplicable fuera la española (artículo 10.1 CC), dentro de ella se aplicará el CC o, en su caso, la ley que corresponda por razón de la ubicación de los bienes (artículo 16.1 CC, que remite, a su vez, al 10.1 CC). Si la que resultara aplicable es la

del CC, había que acudir a los artículos 464 CC y 85 del Código de Comercio.

En los supuestos de bienes inmuebles inscritos, la protección del tercero que hubiera adquirido del heredero vendrá dada por el artículo 34 de la Ley Hipotecaria, siempre tal adquirente reúna todos los requisitos establecidos dicha norma (adquisición onerosa; de buena fe; de titular inscrito; y que inscriba él adquirente inscriba su adquisición); a los que habría que añadir el transcurso de dos años desde la muerte del causante, salvo que se trate de inscripciones por título de herencia, mejora o legado a favor de legitimarios (artículo 28 LH).

4.º Inscribibilidad del CSE (artículo 69.5 RSE)

Según el artículo 69.5 RSE, «[e]l certificado será un título válido para la inscripción de la adquisición hereditaria en el registro competente de un Estado miembro, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1, apartado 2, letras k) y l)». Como sabemos, estos apartados señalan que quedarán excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento «la naturaleza de los derechos reales»; y «cualquier inscripción de derechos sobre bienes muebles o inmuebles en un registro, incluidos los requisitos legales para la práctica de los asientos, y los efectos de la inscripción o de la omisión de inscripción de tales derechos en el mismo».

El CSE será, pues, inscribible en el país en que se encuentren (artículo 10.1 CC) de acuerdo con su legislación propia. En el caso de España, tratándose de bienes inmuebles, se estará a lo dispuesto en la Ley Hipotecaria. En este sentido, la formalización del CSE (como la de la aceptación de la herencia; o la del pacto sucesorio) deberá incluir las menciones que la LH exige para la inscripción o anotación de las titularidades derivadas de la adquisición sucesoria.

7. Conservación y reproducción (artículo 70 RSE)

La conservación y reproducción del CSE se asemeja al del sistema notarial:

1.º Respecto a la matriz, «[l]a autoridad emisora conservará el original del certificado».

2.º Con relación a las copias, La autoridad emisora «entregará una o varias copias auténticas [que acrediten, de modo fehaciente, el contenido del original] al solicitante y a cualquier persona que demuestre un interés legítimo» (artículo 71.1 RSE); y «conservará una lista de las personas a quienes se entregaron copias auténticas», a los efectos de poder comunicarles una eventual rectificación, modificación o anulación del CSE, o la suspensión se sus efectos (artículos 71.1 y 73.3 RSE).

Además, las copias auténticas «tendrán un plazo de validez limitado a seis meses que se hará constar en ellas mismas, especificando su fecha de expiración. En casos excepcionales debidamente justificados, la autoridad emisora podrá decidir ampliar el plazo de validez. Transcurrido ese plazo, cualquier persona en posesión de una copia auténtica deberá solicitar a la autoridad emisora, para poder utilizar el certificado a los efectos indicados en el artículo 63, una prórroga de su plazo de validez o una nueva copia» (artículo 70.3 RSE). Advertencia: lo que caduca es la copia, no el CSE.

8. Rectificación, modificación y anulación (artículo 71 RSE)

Como es natural, en caso de que se haya detectado un error material (por ejemplo, fecha de fallecimiento equivocada, un DNI erróneo) en el CSE, «[l]a autoridad emisora deberá rectificar el certificado, de oficio o a petición de cualquier persona que demuestre tener un interés legítimo» (artículo 71.1 RSE).

De la misma forma, cuando se haya acreditado «que el certificado o extremos concretos del mismo no responden a la realidad» (por ejemplo, emitido sobre la base de un testamento que resultó no ser el último) la autoridad emisora «deberá modificar o anular el certificado, a petición de toda persona que demuestre tener un interés legítimo o, si ello es posible en virtud del Derecho nacional, de oficio» (artículo 71.2 RSE).

En los casos anteriores, la autoridad emisora, a instancia de cualquier persona que demuestre tener un interés legítimo, en tanto se procede a modificar o anular el certificado, podrá suspender los efectos del certificado (artículo 73.1.a), en cuyo caso comunicará sin demora a todas las personas a las que se entregaron copias auténticas del certificado la suspensión de sus efectos, sin que puedan, en tanto dure tal suspensión expedirse nuevas copias auténticas (artículo 73.2 RSE).

9. *Recursos (artículo 72 RSE)*

Los recursos se interpondrán ante un órgano judicial del Estado miembro de la autoridad emisora, de acuerdo con la ley de dicho Estado, por las siguientes personas y basados en alguna de las causas que se indican (artículo 72 RSE):

1.^a Toda persona que tenga derecho a solicitar un certificado podrá recurrir las decisiones tomadas por la autoridad competente negándose a su expedición (artículo 67). Y si resulta acreditado que la negativa a expedir el certificado era injustificada, «el órgano judicial competente expedirá el certificado o garantizará que la autoridad emisora vuelva a examinar el caso y tome una nueva decisión» (artículo 72.2, párrafo 2.º).

2.^a Toda persona con interés legítimo podrá recurrir las decisiones tomadas por la autoridad emisora sobre la rectificación, modificación o anulación del CSE o la suspensión de sus efectos (artículos 71 y 73,1, a). Y si «resulta acreditado que el certificado expedido no responde a la realidad, el órgano judicial competente rectificará, modificará o anulará

el certificado, o garantizará que la autoridad emisora lo rectifique, modifique o anule» (artículo 71.2, párrafo 1.º).

El órgano judicial, a instancia de cualquier persona que tenga derecho a recurrir la decisión adoptada por la autoridad emisora, podrá suspender los efectos del certificado en tanto se sustancia dicho recurso (artículo 73.1.b RSE); y comunicará sin demora a todas las personas a las que se entregaron copias auténticas del certificado la suspensión de sus efectos. Mientras dure tal suspensión no podrán expedirse otras copias auténticas del certificado (artículo 73.2 RSE).

Autor: Jesús Gómez Taboada
(Notario. Profesor asociado de Derecho Civil, UIC - Barcelona)

CIUDADANÍA EUROPEA

La expresión «ciudadanía europea» designa el estatuto que en el marco de la Unión Europea ostentan los nacionales de los Estados miembros, que por su condición de tales adquieren la categoría de ciudadanos de la Unión. La ciudadanía de la Unión constituye una figura complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía —o nacionalidad— nacional.

1. Antecedentes y nacimiento

La ciudadanía europea nace en la ciudad holandesa de Maastricht, con la firma en dicha ciudad del Tratado de la Unión Europea, el 7 de febrero de 1992. Se trata de un texto decisivo en el proceso de construcción comunitaria, que dio lugar a la creación de una verdadera Unión Política entre los Estados integrantes de lo que hasta entonces constituía una mera asociación económica o mercantil. La expresión más clara de esta aspiración de convertir la Comunidad Europea en una verdadera unión política es la proclamación de una ciudadanía común al conjunto de los nacionales de los Estados miembros.

En el momento de surgir, constituyó una figura novedosa, que dota de una proyección *ad extra* al propio concepto de ciudadanía, de la que carecen las ciudadanía estatales, a las que en modo alguno sustituye. Estableció una ciudadanía común a los nacionales de los países miembros, con el objetivo primordial de reforzar la protección de sus derechos e intereses, e integrarlos mejor en su Estado miembro de acogida.

Pese a su fecha de nacimiento, el proyecto de crear esta ciudadanía surgió en los albores del proceso de construcción europea. Pero los primeros logros comunitarios debían centrarse necesariamente en el terreno económico, a fin de asentar una base sólida sobre la que edificar una futura unidad política, tal como preconizaba la «doctrina Monet». Alcanzada la meta de la solidez económica, la Europa de los ciudadanos pasa a ser un objetivo político declarado a lo largo de la década de los setenta. El período transcurrido desde entonces hasta el efectivo surgimiento de la ciudadanía de la Unión puede dividirse en dos grandes etapas. La primera se extiende de la Cumbre de París (1974) a los Informes del Comité Adonnino (1985); la segunda, del Acta Única Europea (1986) a la Propuesta del Gobierno español (1990).

Es en la Cumbre de París de 1974 donde los jefes de Estado y de Gobierno manifiestan su interés por atribuir a los ciudadanos de los Estados miembros —nueve entonces— una serie de «derechos especiales», entendidos como predicables de los nacionales de dichos Estados en su calidad de miembros de la Comunidad Europea. Empieza a hablarse ya de la «Europa de los ciudadanos», a afirmarse la identidad comunitaria de cara al exterior y a reforzarse en los nacionales de los Estados miembros su sentimiento de pertenencia a dicha Comunidad. El siguiente hito en este proceso es el llamado «Informe Tindemans» sobre la transformación de la Comunidad Europea en una Unión Europea (1975), donde el primer ministro belga Leo Tindemans fijó como objetivo primordial de este proyecto la creación de una Europa de los ciudadanos. La propuesta se basaba en dos directrices: la protección y fortalecimiento de

los derechos de los ciudadanos europeos, y la creación y expansión de signos externos que fueran testimonio de la identidad europea.

Un impulso más a la ciudadanía de la Unión viene de mano de los Trabajos del Parlamento Europeo, que en 1983 y 1984 dieron lugar al Anteproyecto de Tratado sobre la Unión Europea («Proyecto Spinelli»), adoptado por Resolución de 14 de noviembre de 1983, cuyo artículo 4 ya declaraba que «los ciudadanos de los Estados miembros son asimismo ciudadanos de la Unión». Un año después, el Proyecto de Tratado sobre la Unión Europea, adoptado mediante Resolución de 14 de febrero de 1984, recogía también dicho concepto, consolidando su posición como eje central de la construcción política comunitaria.

En 1984 se celebra asimismo el Consejo Europeo de Fontainebleau, que impulsa el concepto de ciudadanía como puente para salvar la distancia existente entre la Comunidad y sus ciudadanos. El resultado fue un cambio de orientación irremisible: de la «Europa de los mercaderes» a la «Europa de los ciudadanos», gestándose ya las primeras aproximaciones viables al concepto de ciudadanía europea. A partir de este momento, el proyecto comienza a tomar velocidad, sucediéndose hitos, como los Informes del Comité Adonnino, dirigidos a buscar el acercamiento de la construcción comunitaria a los ciudadanos, poniendo el eje de dicho objetivo en la eliminación de las barreras físicas, económicas y jurídicas en el ámbito de los Estados miembros.

La segunda etapa de este proceso constructivo se inicia con la aprobación del Acta Única Europea (1986), cuyo objetivo fue la total supresión de las fronteras interiores de la Comunidad. Entre sus logros destaca la creación de la Cooperación Política Europea, donde desarrollan las prácticas que posteriormente darían lugar al derecho de protección diplomática y consular consagrado en el Tratado de la Unión Europea de 1992. El Acta se configura como un «puente» necesario entre el Tratado de Roma de 25 de marzo de 1957 y el Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992. La construcción de un mercado único es un factor decisivo

para la efectiva creación de la ciudadanía europea, ya que la libre circulación de personas constituye uno de los pilares de dicho mercado y un elemento para perfilar el propio concepto de Europa de los ciudadanos.

El impulso a la ciudadanía de la Unión se complementa con la Propuesta del Gobierno español presentada a la presidencia de la Comunidad y aceptada por el Consejo Europeo de Roma en diciembre de 1990. Concebía la ciudadanía como uno de los elementos sobre los que edificar la futura Unión Europea. El concepto de ciudadanía experimenta aquí un cambio fundamental respecto de la ciudadanía comunitaria, una noción mucho más estática. Se abandona la idea de acercar la construcción europea al ciudadano y se opta por convertirlo en su protagonista. Surge la necesidad de crear un espacio público europeo, propio del nacional de los Estados miembros como ciudadano de la Unión, frente a la antigua concepción del ciudadano como mero destinatario de las normas de Derecho comunitario.

Este proceso de creación y modulación de la ciudadanía europea culmina en el Tratado de Maastricht (1992), lo cual resulta lógico, pues la ciudadanía de la Unión se crea en el mismo texto que instaura la Unión Política. Con posterioridad, la ciudadanía de la Unión se vería afectada por las modificaciones introducidas por el Tratado de Ámsterdam (1997), la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000), y el Tratado de Lisboa (2007), textos que han ampliado la base jurídica que ha permitido convertirla en una verdadera ciudadanía europea.

2. Estatuto jurídico de la ciudadanía de la Unión

Los derechos que configuran este estatuto poseen los mismos caracteres que fundamentan el elemento constitucional comunitario: primacía, efecto directo, irreversibilidad de la atribución competencial, sujeción a los sistemas de revisión contenidos en los tratados, efectos de su jerarquización normativa comunitaria, y garantía judicial frente a las institu-

ciones comunitarias y nacionales. El estatuto jurídico de la ciudadanía de la Unión se sustenta en la actualidad sobre una triple base jurídica: el Tratado de la Unión Europea (artículo 8), el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (artículos 18 a 25) y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículos 39 a 46).

2.1. *Derecho de libre circulación y residencia (artículos 21 TFUE y 45 Carta)*

Existe una íntima interrelación entre la libertad de circulación y la construcción de la ciudadanía europea. Se trata de una de las libertades básicas en las que ya se fundamentaba el Tratado de Roma (1957), pero sin las restricciones que consagraba aquel texto. Con la ciudadanía de la Unión, el derecho de libre circulación y residencia se concede a los nacionales de los Estados miembros por su condición de tales, prescindiendo de cualquier otra consideración laboral o económica.

Desde entonces, la ampliación, flexibilización y extensión de este derecho en el ámbito de la Unión Europea ha sido imparable. Así lo evidencia la normativa comunitaria y lo ha interpretado reiteradamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (*vid. ad ex.*, SSTJUE de 2 de marzo de 2010, asunto C-135/08, *Janko Rottmann c. Freistaat Bayern*; y de 8 de marzo de 2011, asunto C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi*)

En este sentido se orienta 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. Beneficiario es «cualquier ciudadano de la Unión que se traslade a, o resida en, un Estado miembro distinto del Estado del que tenga la nacionalidad, así como a los miembros de su familia, tal como se definen en el punto 2 del artículo 2, que le acompañen o se reúnan con él» (artículo 3). Concretamente, para los miembros de la familia de un ciudadano

comunitario que sean nacionales de terceros países, la Directiva prevé la expedición de un permiso de residencia permanente de duración ilimitada y automáticamente renovable cada diez años.

2.2. *Derecho de sufragio en las elecciones al Parlamento Europeo (artículos 22 TFUE y 39 Carta)*

Fue el propio Parlamento Europeo el que originariamente alentó la creación de este derecho, presentando en 1960 una propuesta para establecer un procedimiento uniforme de sufragio universal directo. Muchos años y vicisitudes después, se integra en el primitivo estatuto de la ciudadanía de la Unión, modificando la relación de representatividad que hasta entonces fundamentaba la elección al Parlamento Europeo, basada en la idea de pueblos europeos diversos: con este derecho, se permite al no nacional elegir su representante en otro Estado y se elegido por ciudadanos de distinta nacionalidad.

La articulación de este derecho se recoge en la Directiva 93/109/CE del Consejo, de 6 de diciembre de 1993, por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones al Parlamento Europeo por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales. La Directiva parte de la consideración del derecho de sufragio activo y pasivo al Parlamento Europeo como una aplicación del principio de no discriminación entre nacionales y no nacionales y como corolario del derecho de libre circulación y residencia.

Su artículo 3 reconoce el derecho de sufragio activo y pasivo en el Estado miembro de residencia en las elecciones al Parlamento Europeo de todo ciudadano de la Unión que, sin haber adquirido la nacionalidad del Estado miembro de residencia, cumpla las condiciones que la legislación de dicho Estado exija a sus nacionales. Correlativamente, el artículo 4 establece que el elector comunitario ejercerá su derecho de sufragio activo en el Estado miembro de residencia o en el Estado miembro de

origen, no pudiendo votar más de una vez en las mismas elecciones, ni ser candidato en más de un Estado miembro en las mismas elecciones.

2.3. *Derecho de sufragio en las elecciones municipales (artículos 22 TFUE y 40 Carta)*

Integra el derecho de sufragio activo y pasivo, y constituye una prolongación lógica del derecho de libre circulación y residencia, al que complementa. Su concesión requiere la correlativa atribución del Derecho electoral, de forma que el ejercicio del primero no implique la privación del segundo. El derecho de sufragio vino a reconocer que no resulta justo excluir de su ejercicio a quienes residen en el lugar de celebración de las elecciones y se ven directamente afectados por su resultado.

El ejercicio del derecho de sufragio activo requiere la inscripción en el censo electoral, abordándose esta y otras cuestiones procedimentales en la Directiva 94/80/CE del Consejo, de 19 de diciembre de 1994, por la que se fijan las modalidades de ejercicio del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales por parte de los ciudadanos de la Unión residentes en un Estado miembro del que no sean nacionales. Los requisitos de inscripción y las condiciones para el ejercicio de este derecho son comunes a los nacionales del Estado de residencia, lo que resulta coherente con la propia configuración de este derecho y constituye una escrupulosa observación del principio de no discriminación por razón de nacionalidad.

2.4. *Derecho a la protección diplomática y consular (artículos 23 TFUE y 46 Carta)*

Constituye el único derecho de la ciudadanía de la Unión que despliega sus efectos fuera de su territorio. La protección del ciudadano no se encomienda directamente a los Estados, sino a sus «autoridades diplomáticas y consulares», lo que asimila esta figura a la «asistencia» diplomática y la aleja de la verdadera «protección» diplomática.

Se trata de un derecho de protección subsidiario, destinado a sustituir la acción del Estado miembro de nacionalidad del ciudadano comunitario ante la eventualidad de que dicho Estado no tenga representación en el tercer país donde se requiera la tutela. Además, su efectivo ejercicio queda supeditado a la buena voluntad de los terceros Estados, en el sentido de que no exijan a los Estados miembros de la Unión que se cumpla el requisito del vínculo de nacionalidad entre el particular objeto de la protección y los agentes diplomáticos y consulares que la dispensan. Con este objetivo, el artículo 23 TFUE insta a los Estados miembros a adoptar las disposiciones necesarias y entablar las negociaciones internacionales precisas para garantizar dicha protección.

2.5. *Derecho de petición ante el Parlamento Europeo (artículo 24 TFUE, artículo 44 Carta)*

Como el anterior, se trata de un derecho extendido a los residentes en los Estados miembros, sin que sea necesario que tengan la condición de ciudadanos de la Unión. Al igual que el derecho a la libre circulación y residencia, el derecho de petición no constituyó una novedad consecuencia del surgimiento de la ciudadanía de la Unión, pues el Parlamento Europeo ya lo concedía, a través de su Reglamento interno, a los «ciudadanos de la Comunidad», a título individual o colectivo. El mérito del Tratado de Maastricht fue «constitucionalizarlo», elevando su fundamento jurídico al integrarlo en el estatuto del ciudadano comunitario, y ampliando su titularidad a los residentes pero no ciudadanos de la Unión.

El objeto de este derecho puede ser cualquier asunto propio de los ámbitos de actuación de la Unión que afecte directamente a su titular (artículo 227 TFUE). La exigencia de afectación directa fue introducida por el Tratado de Maastricht, pues el Reglamento del Parlamento no la preveía. El requerimiento de la petición verse sobre ámbitos de actuación comunitarios deja fuera de este derecho los asuntos internos que pertenezcan exclusivamente al ámbito estatal.

2.6. *Derecho a dirigirse al Defensor del Pueblo (artículo 24 TFUE, artículo 43 Carta)*

Reconocido también a quienes, sin ser ciudadanos de la Unión, residen en el territorio comunitario, este derecho permite someter al Defensor del Pueblo de la Unión los casos de mala administración en la acción de las instituciones u órganos comunitarios, con exclusión del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

En el marco de la Unión Europea, el Defensor del Pueblo (*ombudsman*) constituye una institución única, unipersonal, con inmunidad funcional, no política y complementaria de otros organismos de protección, por lo que no cabe considerarla una ulterior Administración. Su ámbito de actuación es restringido, excluyendo la supervisión de los actos jurisdiccionales del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia. Además de esta exclusión expresa, el precepto omite toda referencia a las instituciones nacionales, lo que implica la misma imposibilidad de ejercer su función respecto de dichas instancias.

2.7. *Derecho a una buena administración y a la transparencia (artículos 41 y 42 Carta)*

El artículo 41 de la Carta recoge una amalgama de distintos derechos que configuran la posición central del ciudadano respecto a la Administración comunitaria. Esta posición se sustenta sobre idea base de que los asuntos ciudadanos deben ser tratados por las instituciones y órganos de la Unión de forma imparcial y equitativa, y dentro de un plazo razonable. Este derecho a la buena administración y a la transparencia incorpora, a su vez, varios derechos.

Estos derechos son: el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente; el derecho a acceder al expediente que le afecte, dentro del

respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial; el derecho a obtener de la administración una decisión motivada; el derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, conforme a los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros; y el derecho a dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los tratados y recibir una contestación en la misma lengua.

Este elenco se completa con el artículo 42 de la Carta, que consagra el derecho de acceso a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión. Como otros derechos del estatuto del ciudadano de la Unión, este se extiende a toda persona física y jurídica que resida o tenga su domicilio social en un Estado miembro, sin necesidad de que ostente además la ciudadanía comunitaria.

3. La ciudadanía de la Unión y su proyección de futuro

La ciudadanía de la Unión presenta un contenido material heterogéneo, no solo en cuanto a los concretos derechos que lo integran sino también respecto a su origen, pues algunos pertenecían ya al acervo comunitario (derechos de libre circulación y residencia y de petición), y otros fueron consecuencia de la promulgación de los tratados de Maastricht (derecho de sufragio activo y pasivo en elecciones municipales y del Parlamento Europeo, la protección diplomática y consular, el Defensor del Pueblo) y Ámsterdam.

Esta circunstancia pone de relieve una evidencia: que la ciudadanía de la Unión es un concepto vivo, cambiante y creciente. Décadas después de su nacimiento, dos cuestiones parecen fuera de duda: su progresiva emancipación del rígido vínculo que la UNE a la nacionalidad de los Estados miembros, y la estrechez e insuficiencia de esta base jurídica, que ha venido ganando terreno por la acción de la jurisprudencia comunitaria. Respecto a la primera cuestión, perdura la dependencia originaria

de la ciudadanía respecto de la nacionalidad, pero ha ido modulando los regímenes estatales sobre nacionalidad, que ya no son incondicionados, sino que deben resultar conformes al ordenamiento comunitario. En cuanto a la segunda cuestión, el Tribunal de Justicia ha modulado significativamente el alcance material y subjetivo de los derechos de la ciudadanía de la Unión, elaborando una concepción mucho más amplia y funcional que la originaria.

*Autora: Pilar Juárez Pérez,
(Profesora titular de Derecho Internacional Privado,
Universidad Carlos III de Madrid)*

CLÁUSULA ARBITRAL PATOLÓGICA

La redacción de la cláusula arbitral no siempre es sencilla. A la hora de pactar un convenio arbitral las partes han de procurar expresar su consentimiento de una forma clara y precisa evitando ambigüedades que puedan dar lugar a distintas interpretaciones que pongan en entredicho su validez. Así, una cláusula arbitral patológica es aquella que por presentar algún defecto en su redacción resulta incoherente, ambigua o inaplicable pudiendo impedir la remisión de una eventual disputa entre las partes a arbitraje sin que medie un nuevo acuerdo entre ellas o sin la intervención de un juez nacional.

El término fue introducido por primera vez en 1974 por Frédéric Eisemann, ex secretario general de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). Eisemann usó esta terminología para referirse a convenios arbitrales que, como consecuencia de la forma en la que están redactados, no permitían cumplir alguna de sus funciones esenciales. Para Eisemann una cláusula arbitral tiene cuatro funciones esenciales, en particular, debe: (i) producir necesariamente consecuencias para las partes; (ii) excluir la intervención de un juez estatal en la resolución del conflicto (al menos hasta que el laudo haya sido

dictado); (iii) facultar al árbitro para resolver una eventual disputa que pueda surgir entre las partes; y, (iv) permitir un procedimiento rápido y eficiente que resulte en un laudo ejecutable judicialmente.

Así, pues, para Eisemann cualquier convenio arbitral que no permitiese cumplir alguna de estas funciones habría de ser considerado como «patológico». Es preciso señalar que, tal y como se desarrollará más adelante, a pesar del término acuñado para referirse a este tipo de cláusulas, el hecho de que una cláusula arbitral adolezca de algún defecto y sea, por tanto, considerada como «patológica» no conlleva necesariamente la invalidez de la misma, existiendo una tendencia generalizada a defender la voluntad y autonomía de las partes de someterse a arbitraje.

Distintos autores han identificado distintos tipos de patologías en cláusulas arbitrales. Estas patologías pueden resultar del convenio arbitral en sí mismo o de la falta de coordinación de varios convenios arbitrales que afectan a distintas relaciones jurídicas vinculadas entre sí. A continuación, nos referiremos, de forma meramente enunciativa, a algunas de esas patologías que pueden conllevar una eventual anulación del convenio arbitral:

1. Cláusulas potestativas. El uso de lenguaje potestativo o facultativo en la redacción de la cláusula arbitral (por ejemplo, al pactarse que una parte «puede someter la disputa a arbitraje») puede poner en duda el carácter imperativo del sometimiento a arbitraje de las partes. Algunos autores se han referido a este tipo de cláusulas como convenios arbitrales incompletos. El uso de lenguaje facultativo en un convenio arbitral puede acarrear dificultades adicionales cuando dicho convenio forma parte de un acuerdo más amplio en el que se incluye una cláusula de jurisdicción exclusiva.
2. Cláusulas ambiguas en las que no existe una referencia explícita de remisión de una eventual disputa a arbitraje.

3. Cláusulas de resolución de conflictos contradictorias. Por ejemplo, en el supuesto de una cláusula de resolución de conflictos que contenga una cláusula de elección de foro y un convenio arbitral en un mismo acuerdo.
4. En caso de arbitraje institucional, cláusula arbitral con una referencia incorrecta a la institución cuyo reglamento de arbitraje ha de aplicarse a la eventual disputa. Si las partes claramente han pactado someterse a arbitraje, pero el reglamento arbitral elegido no existe puede desencadenar la nulidad de la cláusula arbitral.
5. Incertidumbre en cuanto a la sede arbitral. Además de una posible incertidumbre en relación con el reglamento arbitral a aplicar, un convenio arbitral también puede declararse nulo en caso de que exista incertidumbre en relación con la sede del arbitraje elegida por las partes. La falta de un acuerdo claro en cuanto a la sede del arbitraje conlleva incertidumbre en relación con el Derecho aplicable.
6. Remisión a una autoridad nominadora inexistente. La mención a una autoridad nominadora inexistente no siempre implica una cláusula arbitral «patológica». Normalmente es posible remitirse a las provisiones del Derecho aplicable que contendrán un mecanismo o procedimiento alternativo para aquellos supuestos en los que el procedimiento de nombramiento elegido por las partes falle.
7. Pasos previos a arbitraje inciertos. Algunas cláusulas escalonadas de resolución de conflictos o *multi-tiered clauses* pueden resultar en que un convenio arbitral sea declarado nulo al no haberse regulado correctamente el momento en el que las partes pueden acudir a arbitraje.

8. Imposibilidad de la cláusula arbitral. Una cláusula arbitral también puede ser considerada como patológica en caso de contener una imposibilidad. La imposibilidad de una cláusula arbitral es un término general que engloba, por ejemplo, la referencia a un árbitro que ha fallecido en el momento de la disputa o que contiene un acuerdo sobre el reglamento arbitral aplicable que implica una violación de las reglas procesales del país de la sede.
9. Acontecimientos posteriores. Un convenio arbitral puede devenir ineficaz en un momento posterior en el tiempo. Un ejemplo de lo anterior se daría en una situación en la que la institución arbitral pactada por las partes se disuelve o deja de existir lo que convertiría el convenio arbitral en ineficaz.
10. Falta de coordinación de convenios arbitrales en distintos contratos relacionados y que es previsible que se vean afectados de forma conjunta en caso de una eventual disputa entre las partes.

Tal y como se indicaba anteriormente, la existencia de una patología en la cláusula arbitral no conlleva necesariamente la invalidez o ineficacia de la misma, aunque ciertamente dificulta e incluso puede llegar a impedir la resolución de la controversia mediante arbitraje. La consecuencia inmediata de un convenio arbitral defectuoso es la necesidad de que las partes alcancen un acuerdo adicional para subsanar o sustituir la parte problemática de la cláusula (extremo difícil una vez surgida la controversia) o que acudan a un juez estatal para lograr la remisión de la disputa a arbitraje. En cualquier caso y aun cuando se logre un laudo que no sea anulado, una incorrecta redacción conllevará cuanto menos retraso y un incremento de los costes al tener que acudir primero a los tribunales estatales.

A pesar de la terminología acuñada por Eisemann, la realidad es que, en la práctica, la mayoría de los jueces estatales o árbitros que han tenido que resolver una disputa relativa al carácter defectuoso de una cláusula

arbitral han optado por interpretarla respetando la voluntad de las partes de someter sus controversias a arbitraje, validando así convenios arbitrales imperfectos.

En este sentido, la Corte de Apelaciones de Singapur en el caso *Insignia v. Alstom* concluyó que «where the parties have evinced a clear intention to settle any dispute by arbitration, the court should give effect to such intention, even if certain aspects of the agreement may be ambiguous, inconsistent, incomplete or lacking in certain particulars [...] so long as the arbitration can be carried out without prejudice to the rights of either party and so long as giving effect to such intention does not result in an arbitration that is not within the contemplation of either party».

A pesar de que la mayoría de los tribunales estatales han tratado de interpretar cláusulas arbitrales con contradicciones o ambiguas respetando la voluntad y autonomía de las partes de someterse a arbitraje, esto no siempre es posible y tampoco siempre se plantea el problema ante tribunales de jurisdicciones que se rijan por el principio *favor arbitri*.

Los juzgados y tribunales estatales que han optado por ratificar la validez del convenio arbitral han adoptado dos enfoques distintos:

- Una opción adoptada en algunos casos ha sido salvar la cláusula arbitral eliminando las partes defectuosas del acuerdo. Así, por ejemplo, en el caso de *Lucky-Goldstar c Ng Moo Kee Engineering* las partes habían pactado someter sus disputas a arbitraje, pero bajo un reglamento arbitral inexistente. El Tribunal concluyó que, dado que el reglamento arbitral en cuestión no existía, la disputa debía ser resuelta de conformidad con el Derecho de la sede del arbitraje elegida por las partes en el convenio arbitral.
- En otros casos, los tribunales han reescrito la parte defectuosa de la cláusula arbitral proporcionando un significado o interpretación que resulta razonable en el contexto del acuerdo entre las

partes. El Tribunal Supremo de la India adoptó este enfoque en el caso de *Pricol c Johnson Controls Enterprises* al entender que cuando las partes se refirieron a la inexistente «Corte de Comercio de Singapur» (*Singapore Chamber of Commerce*) pretendían referirse al Centro Internacional de Arbitraje de Singapur (*Singapore International Arbitration Centre*).

La mayoría de la doctrina arbitral aboga por un sesgo pro arbitraje cuando se trata de interpretar convenios arbitrales defectuosos. El motivo es que la invalidez de las cláusulas arbitrales patológicas puede conllevar efectos adversos. La necesidad de litigar ante un tribunal estatal acercar de la validez o invalidez de una cláusula arbitral es diametralmente opuesta a los principales beneficios del arbitraje, véase la eficiencia y el carácter definitivo del laudo arbitral. Dejando de lado la considerable pérdida de tiempo y esfuerzo que acarrea el litigar este tipo de cuestiones, también puede desembocar en inconsistencias a la hora de ejecutar la decisión en distintas jurisdicciones.

*Autora: Ana Morales Ramos
(Asociada sénior de De Braw Blackstone Westbroek)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: EISEMANN, F. «La Clause d'arbitrage pathologique», en *Commercial Arbitration: Essays in Memoriam Eugenio Minoli* 129, 130 (1974); BORN, G. B., ANGELINI, M. *et al.* Capítulo 4: Rethinking «Pathological» Arbitration Clauses: Validating Imperfect Arbitration Agreements, in S. TUNG *et al* (eds.). *Finances in International Arbitration: Liber Amicorum Patricia Shaughnessy*, Kluwer International Law (2019); CRAIG, L., PARK, W. y PAULSSON, J. *International Commercial Arbitration*, 2000, 3.^a ed.; P. FOUCHARD, E. GAILLARD y B. GOLDMAN. *International Commercial Arbitration*. Londres: Kluwer Law International, 1999; PRAKASH, S.S y THOMAS, A. G. (eds.). *Critical Issues in International Commercial Arbitration*, National Seminar on Critical Issues in International Commercial Arbitration, National Law Institute University (Centre for Business and Commercial Laws), 2012; BADRINATH, S. *Defective*

Arbitration Clauses: An Overview, Indian Institute of Quantity Surveyors Annual Insight, 2015; KIRBY, J. *Insigma Technology Co. Ltd. vs. Alstom Technology Ltd.: SIAC Can Administer Cases under the ICC Rules?*, Arbitration International, 2009, vol. 25, n.º 3, 2009; RIVERA, C. «Cláusulas (arbitrales) patológicas», en *Enciclopedia del Arbitraje*, Primera Parte, Lima, Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, 2018.

JURISPRUDENCIA SELECCIONADA: *Insigma Technology Co Ltd c Alstom Technology Ltd*, *Court of Appeal*, (2009) SGCA 24, 2 de junio de 2009; *Lucky-Goldstar International (H.K.) Limited c Ng Moo Kee Engineering Limited*, HCA 94/1993, High Court, In the Supreme Court of Hong Kong, 5 de mayo de 1993; *Pricol Limited c Johnson Controls Enterprise Ltd* (2015), 4 SCC 177:MANU/SC/1165/2014.

VOCABLOS CONEXOS: Cláusula arbitral. Convenio arbitral. Declinatoria. Ley aplicable al convenio arbitral.

CLÁUSULA MULTIMODAL

La cláusula multimodal es aquella cláusula de resolución de conflictos que prevé la utilización de más de un mecanismo de resolución de diferencias ante el surgimiento de una controversia entre las partes.

La cláusula multimodal más frecuente es aquella que prevé que el uso de los diversos mecanismos se realice con carácter sucesivo. Esta cláusula se conoce también como cláusula escalonada.

La finalidad de la cláusula multimodal es abrir la puerta a que la controversia, además de su sumisión a un mecanismo heterocompositivo —que suele ser el arbitraje, pero puede ser también la jurisdicción ordinaria— pueda ser tratada también en sede autocompositiva, a través de negociación directa entre las partes, de facilitación por tercera

persona neutral, de mediación o de cualquier otro mecanismo de índole similar.

La redacción de las cláusulas multimodales abarca una amplia horquilla que va desde contemplar la opción de un mecanismo autocompositivo sin perjuicio de cualquier otro procedimiento que se prevea a establecer la obligación de iniciar un procedimiento autocompositivo cuando surja la controversia. En este último supuesto, cabe dejar libertad a las partes para que puedan iniciar el procedimiento heterocompositivo en paralelo o sin haber todavía concluido el procedimiento autocompositivo o, por el contrario, imponer que el mecanismo heterocompositivo tan solo pueda ser iniciado una vez transcurrido un plazo determinado desde el inicio del procedimiento autocompositivo.

Ejemplos detallados y acotados de este abanico pueden encontrarse en las cláusulas tipo que se acompañan al Reglamento de Mediación de la Cámara de Comercio Internacional (2014).

Para evitar toda patología en la cláusula multimodal es importante velar por su cuidadosa redacción. Conviene establecer con claridad el carácter opcional u obligatorio de acudir al mecanismo autocompositivo. Así mismo, en las cláusulas escalonadas se debe fijar con precisión los plazos a respetar entre un procedimiento y el siguiente.

A su vez, para evitar que la cláusula multimodal pierda sentido o se vacíe de contenido en la práctica, es conveniente tener presente los tiempos reales de puesta en marcha de los procedimientos. Así, por ejemplo, si el cómputo del plazo del mecanismo autocompositivo se establece a partir de la solicitud por una parte de inicio del procedimiento, un porcentaje considerable del plazo se consumirá en la notificación a la otra parte y la designación de la tercera persona neutral.

El inicio de un procedimiento heterocompositivo sin el preceptivo procedimiento autocompositivo previo puede tener consecuencias negati-

vas, tanto cuando el primero comporta la sumisión a la jurisdicción ordinaria como cuando comporta la sumisión a arbitraje. En ambos casos deberá ser la demandada quien manifieste la oposición al procedimiento.

En el caso de la jurisdicción estatal y suponiendo que la ley procesal del Estado ante cuyos tribunales se ejercite la acción no prevea expresamente la declinatoria para ese supuesto, la parte demandada podrá alegar falta de cumplimiento de los pasos previos previstos en la cláusula escalonada.

En el caso del arbitraje, la opinión mayoritaria es que corresponde al tribunal arbitral decidir sobre las consecuencias del no cumplimiento, excluyéndose así la sumisión de la cuestión ante los tribunales ordinarios de la sede del arbitraje. Acreditado el no cumplimiento de los pasos previos al arbitraje pactados por las partes, el tribunal arbitral decidirá si desestimar la demanda por entenderla prematura al no haberse cumplido con un requisito procesal previo o suspender el procedimiento de arbitraje hasta que las partes hayan cumplido con el procedimiento auto-compositivo al que se habían obligado con carácter previo.

Si el tribunal arbitral considera no acreditado el incumplimiento del intento de autocomposición previo al arbitraje y decide en consecuencia la continuación del arbitraje, la demandada podrá someter la cuestión ante la jurisdicción ordinaria. En este sentido, es un referente la Sentencia 4A_628/2015 de 16 de marzo de 2016 de la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Federal suizo.

*Autora: Mercedes Tarrazon
(Dispute Management)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Reglamento de Mediación de la Cámara de Comercio Internacional (Cláusulas A, B, C y D); JOLLES, Alexander. «Consequences of Multi-tier Arbitration Clauses: Issues of Enforcement», en *72 Arbitration 4* (2006), p. 335; PAULSSON, Jan «Juris-

diction and admissibility» in Global Reflections On International Law, Commerce And Dispute Resolution (2005), pp. 601-617; BORN, Gary. International Commercial Arbitration (3.^a ed., 2009), pp. 842.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje. Mediación. Sistemas alternativos de resolución de conflictos.

COBRO INTERNACIONAL DE ALIMENTOS

En el ámbito internacional existen una serie de Convenios e instrumentos comunitarios, de los que forma parte España, que facilitan el cobro internacional de alimentos, que ha sido considerado por la comunidad internacional como prioritario al proporcionar a una persona necesitada, generalmente un menor, una esencial manutención. Estos Convenios e instrumentos son:

1. Convenio sobre obtención de alimentos en el extranjero, hecho en Nueva York, el 20 de junio de 1956 (*BOE n.º 281, de 24 de noviembre de 1966*)
2. Convenio sobre cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia, hecho en La Haya el 23 de noviembre de 2007 (*Diario oficial de la Unión Europea número 192, de 22 de julio de 2011*)
3. Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y cooperación en materia de obligaciones de alimentos (*Diario Oficial de la Unión Europea n.º L 7 de 10 de enero de 2009, con numerosas correcciones de errores posteriores*).

1. *El Convenio de Nueva York de 1956*

Es el Convenio más antiguo, elaborado en el seno de Naciones Unidas y son Estados parte: Alemania, Argelia, Argentina, Australia, Austria, Barbados, Bélgica, Bielorrusia, Bolivia, Bosnia-Herzegovina, Brasil, Burkina Faso, Cabo Verde, Colombia, Croacia, Cuba, Chile, Chipre, Dinamarca, Ecuador, El Salvador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Exrepública Yugoslava de Macedonia, Filipinas, Finlandia, Francia, Grecia, Guatemala, Haití, Hungría, Irlanda, Israel, Italia, Kazajstán, Kirguizistán, Luxemburgo, Marruecos, Mónaco, Montenegro, Níger, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, R. Centrafricana, R. Checa, R. Dominicana, R. de Kampuchea, Rumania, Santa Sede, Sri Lanka, Serbia, Suecia, Surinam, Suiza, Túnez, Turquía, Ucrania y Uruguay.

Este Convenio tiene como finalidad facilitar la obtención de alimentos de los demandantes, que se encuentren en un Estado contratante, contra un demandado que se encuentra sujeto a la jurisdicción de otro Estado contratante (artículo 1.1). Al ser exclusivamente un convenio de cooperación no contiene reglas de competencia, ley aplicable o reconocimiento, y establece la intermediación de autoridades centrales designadas en cada uno de los Estados miembros, tanto para facilitar la interposición de la demanda en ellos, como para ayudar al reconocimiento de las resoluciones dictadas en el extranjero, sin que el demandante tenga que acudir al país donde se encuentre el deudor de alimentos.

En España la Autoridad Central para este Convenio es la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional y ello de conformidad a lo dispuesto en el RD 1475/2004, de 18 de junio, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Justicia (BOE de 16 de junio de 2004).

El Convenio establece tres vías para conseguir la satisfacción de alimentos a favor de las personas que, sin recursos tienen derecho a obtenerlos en el extranjero y que son:

- La obtención de un acuerdo extrajudicial con el obligado.
- Mediante reclamación desarrollada totalmente ante los Tribunales españoles o en el extranjero (ante los tribunales de un Estado miembro).
- Reconocimiento y ejecución de una sentencia extranjera proveniente del extranjero o españolas en el extranjero (ante los Tribunales de un Estado miembro).

Supuesto.- M. M. nacional argentino, menor de edad —representado en el procedimiento por su madre— y residente en Argentina, desea reclamar alimentos a P. M., su padre, de nacionalidad alemana residente en España. Puede suceder que: a) todavía no haya interpuesto la demanda de alimentos, b) que haya obtenido una sentencia española que le otorga alimentos y desea hacerla valer en Alemania o, finalmente, c) que pretenda modificar en España la sentencia de alimentos obtenida en Alemania.

En cualquiera de estos tres supuestos, M. M. puede solicitar los alimentos a través del Convenio de Nueva York, y para ello debe presentar ante la Subdirección General una solicitud encaminada a obtener alimentos del demandado. La solicitud debe ir acompañada de todos los documentos que resulten pertinentes y de un poder que autorice a la institución intermediaria para actuar en nombre del demandante, o para designar a

un tercero con ese objeto (si fuese necesario); una fotografía del demandante y, a ser posible, del demandado (artículo 3).

Una vez recibida la solicitud, la autoridad remitente (que es aquella a la que ha acudido el solicitante), si considera que la solicitud ha sido formulada de buena fe, la transmitirá a la institución intermediaria del Estado del demandado, cumpliendo los requisitos de forma de los documentos exigidos en dicho Estado. La autoridad remitente puede ofrecer en dicha solicitud su opinión acerca de los méritos de la pretensión del demandante y recomendar, en su caso, que se le conceda a este asistencia jurídica gratuita y exención de costas (artículo 4). Si existiere resolución de alimentos a favor del demandante en un tribunal competente de cualquiera de las partes contratantes se podrá transmitir en la solicitud copia de dicha resolución (artículo 5).

Una vez que recibe la solicitud, la institución intermediaria, actuando dentro de las facultades conferidas por el demandante, tomará todas las medidas apropiadas para obtener el pago de alimentos, inclusive por transacción y podrá, en caso de ser necesario, iniciar y proseguir una acción de alimentos y hacer ejecutar cualquier sentencia decisión u otro acto judicial. Del mismo modo, mantendrá informada a la autoridad remitente. Si no pudiere actuar, le hará saber los motivos de ello y le devolverá la documentación. (artículo 6).

2. Convenio de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia

Estados Parte: Albania, Alemania, Bielorusia, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Brasil, Bulgaria, Burkina Faso, Canadá, Chipre, Croacia, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Guyana, Honduras, Hungría, Irlanda, Italia, Kazajstán, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Montenegro, Nicaragua, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido,

República Checa, Macedonia, Alemania, Suecia, Turquía, Ucrania y la Unión Europea.

En España como para el resto de los Estados miembros de la UE entró en vigor el 1 de agosto de 2014. Se trata de un convenio de cooperación de Autoridades como el Convenio de Nueva York. Al igual que ocurre con todos los Convenios de La Haya de cooperación de autoridades de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, este Convenio funciona a través de autoridades centrales designadas por cada uno de los Estados miembros que serán, tal y como se indica en su artículo 6 las encargadas de: a) transmitir y recibir las solicitudes; b) iniciar o facilitar la iniciación de procedimientos con respecto a tales solicitudes.

El objeto de este Convenio, que se encuentra recogido en su artículo 1, consiste en garantizar la eficacia del cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia, en particular: a) estableciendo un sistema completo de cooperación entre las autoridades de los Estados contratantes; b) permitiendo la presentación de solicitudes para la obtención de decisiones en materia de alimentos; c) garantizando el reconocimiento y la ejecución de las decisiones en materia de alimentos; y d) exigiendo medidas efectivas para la rápida ejecución de las decisiones en materia de alimentos.

Para ello establece un sistema muy similar al descrito para el Convenio de Nueva York de 1956. La principal diferencia, es que, aparte de regular todo el proceso de una forma mucho más detallada, se pueden solicitar dentro del mismo modificaciones a las sentencias: bien dictadas en el Estado requerido, bien dictadas en un Estado distinto al Estado requerido (artículo 6. 2).

3. Cooperación de autoridades en aplicación del Reglamento 4/2009

El Reglamento 4/2009 establece un sistema de cooperación de autoridades entre los Estados miembros que sustituye entre ellos al Convenio de Nueva York (artículo 69). El reglamento prevalece también entre los Estados miembros sobre el Convenio de La Haya en materia de cobro de alimentos de 2007. Los artículos que la regulan son del 49 al 63. La cooperación intracomunitaria es más intensa que la establecida por el Convenio de Nueva York y se refiere, no solo a la interposición de demandas de alimentos o la solicitud de ejecución de las mismas, si no también sirve para: a) interponer demandas de filiación cuando sea necesaria para la obtención de alimentos; b) obtener resoluciones *ex novo* cuando no sea posible el reconocimiento o ejecución de una resolución dictada en un Estado que no sea el Estado miembro requerido; o c) modificar una resolución dictada en un Estado distinto del Estado miembro requerido.

Se prevé, igualmente, que el deudor de alimentos pueda solicitar, por ejemplo: el reconocimiento de una resolución que dé lugar a la suspensión o la limitación de la ejecución de una resolución anterior en el Estado miembro requerido; la modificación de una resolución en el Estado miembro requerido; o la modificación de una resolución dictada en un Estado distinto del Estado miembro requerido.

De hecho, las funciones específicas de las autoridades centrales se acrecientan enormemente en el ámbito comunitario en aras a tratar de facilitar la localización del deudor y a conseguir una mayor rapidez y eficacia en el cobro de alimentos, así el artículo 51 del Reglamento indica como funciones novedosas de las autoridades centrales: funciones específicas de las autoridades centrales las de tomar medidas apropiadas para: a) conceder o facilitar la concesión del beneficio de justicia gratuita, cuando las circunstancias lo requieran; b) ayudar a localizar al deudor o al acreedor; c) facilitar la obtención de información pertinente sobre los ingresos y, en caso necesario, sobre el patrimonio del deudor o del acreedor,

incluida la localización de sus bienes; d) promover las soluciones amistosas a fin de obtener el pago voluntario de los alimentos, recurriendo cuando sea apropiado a la mediación, la conciliación o mecanismos análogos; e) facilitar la ejecución continuada de las resoluciones en materia de alimentos, incluido el pago de atrasos; f) facilitar el cobro y la transferencia rápida de los pagos de alimentos; g) facilitar la obtención de pruebas documentales y de otros tipos; h) proporcionar asistencia para determinar la filiación cuando sea necesario para el cobro de los alimentos; i) iniciar o facilitar la iniciación de procedimientos para obtener las medidas provisionales necesarias de carácter territorial cuya finalidad sea asegurar el resultado de una solicitud de alimentos pendiente; j) facilitar la notificación y el traslado de documentos.

4. Recursos electrónicos

Página de la UE: www.e-justice.net

Página de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: www.hcch.net

Página del Ministerio de justicia español: www.mjusticia.gov.es

*Autora: Flora Calvo Babío
(Profesora contratada. Doctora de Derecho Internacional Privado,
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid)*

CÓDIGO BUSTAMANTE

1. Antecedentes del Código Bustamante

El Código Bustamante, también conocido como Tratado de La Habana, es un Código de Derecho internacional privado, resultado de la sexta conferencia de la Convención sobre Derecho Internacional Privado ce-

lebrada en La Habana (Cuba) del 16 de enero al 20 de febrero de 1928. El Tratado fue suscrito por los delegados representantes de veintiún países americanos al finalizar la sexta conferencia, y su identificación como Código Bustamante, obedece a la propuesta que del texto aprobado en la conferencia hiciera Antonio Sánchez de Bustamante y Sirvén, delegado representante del gobierno de Cuba.

El interés por la labor codificadora de las Conferencias Panamericanas dio inicio desde la primera celebrada en Washington en 1889, para el caso específico del Código Bustamante, fueron dos proyectos de Código de Derecho internacional privado los que precedieron a aquel; el primero, uruguayo e inspirado en el «principio del domicilio», propuesto por el doctor Gonzalo Ramírez; y una segunda propuesta brasileña, del doctor Lafayette Rodríguez Pereyra, inspirado en la «doctrina de la nacionalidad».

De la tercera de las Conferencias Panamericanas, celebrada en Río de Janeiro (Brasil), del 21 de julio al 26 de agosto de 1906, es oportuno rescatar de entre las resoluciones adoptadas en la misma, la Convención conforme a la cual se constituye una «Junta internacional de juriconsultos», la cual está integrada por un representante de cada Estado signatario, Junta a la cual le fue encomendada la preparación de un proyecto de Código de Derecho internacional privado y otro de Derecho internacional público, para las naciones americanas.

El interés constante de las sucesivas conferencias, por la necesidad de contar con el Código panamericano, encontró un mayor interés a partir de la quinta Conferencia Panamericana, celebrada en Santiago de Chile en 1923, gracias al Instituto Americano de Derecho Internacional fundado en 1912 por Brown Scott (estadounidense) y Alejandro Álvarez (chileno); pues en la reunión del Instituto, celebrada en Lima (Perú) en 1924, se designó una comisión, cuya misión sería la de preparar un Código de Derecho internacional privado. La Comisión fue integrada por el mismo Antonio Sánchez de Bustamante, y fue acompañado por José

Matos de Guatemala, Rodrigo Octavio de Brasil, y Eduardo Sarmiento Laspiur de la República Argentina.

2. Fines propuestos y orientación en la redacción del Código Bustamante

El doctor Antonio Sánchez de Bustamante expresa que «el autor de un proyecto de Código de Derecho internacional privado puede seguir, en su concepción y redacción, tres orientaciones esencialmente diferentes», las cuales se transcriben para efecto de identificar la metodología seguida por el autor del Código, así como razones de los fines propuestos.

Primera orientación. Puede «aislarse de toda realidad inmediata, como se ha hecho, y escribir en artículos numerados una obra científica, puramente sistemática, que no difiera de un libro simplemente especulativo sobre la misma materia, sino en que admite una numeración y convierte en reglas y fórmulas las deducciones científicas. Así, empírico y técnico, el Código, por profundo que sea, no puede llegar a convertirse en ley positiva de un grupo de naciones cuyo Derecho es la resultante de causas prácticas e inevitables».

Segunda orientación. «Es posible también, y otros han procedido de este modo, tomar como base la legislación vigente en el país del autor, su jurisprudencia y su doctrina. En esa forma se ha codificado el Derecho internacional privado interno de una nación. Pero todo lo que el proyecto tenga de aceptable unilateralmente, lo hará inaceptable, como acuerdo colectivo, respecto de otras leyes, otras jurisprudencias y otras doctrinas. Ningún país se impone a los otros, no da cabida totalmente, por razones poderosas, a la legislación extranjera».

Tercera orientación. «El último camino, que en este caso se ha intentado seguir, consiste en consultar el Derecho vigente en los Estados de que se trata y no perderlo de vista un solo momento. Este trabajo comparativo demuestra que hay muchas cuestiones, más de las que se podría pensar, en que las reglas internas del Derecho internacional privado son

prácticamente unánimes. Estas reglas pueden ser incorporadas a un proyecto porque, además de no oponerse en general a ningún sistema científico importante, nada impide el introducirles todos los perfeccionamientos de detalle que sugiera la práctica o que reclame la ciencia».

De la exposición del autor del Código es dable deducir que él se propuso utilizar la tercera de las orientaciones que describe; buscando para ello que en el tráfico jurídico internacional de las relaciones panamericanas, se traten de conciliar opiniones contradictorias. Para lograr tal fin, el mismo doctor Sánchez de Bustamante propone una clasificación tripartita de las leyes, a lo él denomina «la estructura interna del Derecho internacional privado». Esa estructura para Sánchez de Bustamante se compone de:

Primero. Leyes de identidad, dado que siguen a las personas en razón a su nacionalidad y su domicilio, a cualquier lugar donde se encuentren; traspasando así tal tipo de normas, las fronteras nacionales donde fueron legisladas.

Segundo. Leyes necesarias, ya que son impuestas a todos sobre el territorio, tanto nacionales como extranjeros, y su acatamiento obedece a lo que dichas normas prescriben (normas imperativas), o bien para quedar fuera de su beneficio y lo que tales normas establecen (normas de exclusión o exclusivas).

Tercero. Leyes supletorias, pues sirven para determinar a través de la aplicación de este tipo de normas, los casos en los cuales, las partes involucradas han guardado silencio o, el Derecho nacional no establece nada al respecto. Salvaguardándose, no obstante, lo establecido por normas de los dos tipos anteriores.

La propuesta doctrinal del doctor Sánchez de Bustamante, con relación a la llamada «estructura del Derecho internacional privado», se haya con-

tenida en el artículo 3 del Código de Derecho internacional privado aprobado.

Cabe destacar que por lo referido al primer tipo de leyes que integran la «estructura», la razón dada por el autor del Código al desechar toda fórmula de transacción y determinar la única vía posible a ese respecto: «respetar, en esta materia [leyes personales o de orden público interno —artículo 3.I—], lo mismo que en otras, la voluntad y los puntos de vista nacionales».

De conformidad a lo establecido en el artículo 7 del Código, puede deducirse la postura del fin trascendental que su autor propone a los Estados parte del Tratado con relación a la libre determinación que cada uno de ellos hace de dichas leyes personales o de orden público interno orientadas a la nacionalidad y el domicilio. A la letra, el precepto dice: «Cada Estado contratante aplicará como leyes personales las del domicilio, las de la nacionalidad o las que haya adoptado o adopte en lo adelante [sucesivo] su legislación interior».

3. Contenido estructural del Código Bustamante

El Código Bustamante es considerado un detallado Código de Derecho internacional privado, no solo por su extensa normatividad a lo largo de sus 437 artículos, sino por las diversas materias que, en los conflictos de leyes pueden llegar a suscitarse en las relaciones públicas y privadas del tráfico jurídico internacional panamericano. Se hace a continuación una descripción sucinta del contenido del también conocido como Tratado de La Habana del 20 de febrero de 1928, estructurado en un Título Preliminar de reglas generales, y en cuatro libros: Derecho civil internacional, Derecho mercantil internacional, Derecho penal internacional y Derecho procesal internacional.

3.1. *Título Preliminar: Reglas generales*

El título preliminar del Código Bustamante se titula «Reglas generales» y en estos primeros ocho artículos del tratado, se determinan los principios generales de aplicabilidad del ordenamiento por los Estados contratantes y a las personas nacionales y extranjeras, vinculadas a dichos Estados; regidos por el principio de nacionalidad, del domicilio, el reconocimiento de la autonomía soberana de los Estados, así como la extraterritorialidad del Código. Atendiendo tales reglas, como garantía de seguridad jurídica, al respeto de las garantías individuales y a las normas de orden público propias de cada Estado parte, así como las relativas al ordenamiento jurídico internacional.

La entrada en vigor del Tratado tiene carácter individual-bilateral, pues de conformidad con el artículo 4 del Código, se establece que «El Código entrará en vigor para las Repúblicas que lo ratifiquen, a los treinta días del depósito de la respectiva ratificación y siempre que por lo menos lo hayan ratificado dos».

3.2. *Libro primero: Derecho civil internacional*

El libro primero del Código Bustamante lleva por título Derecho civil internacional (artículos 9 al 231), libro en el cual a lo largo de sus 223 artículos se realiza una detallada normatividad concerniente a la casi totalidad de las materias que integran la materia del Derecho civil; pues dividido a su vez en cuatro títulos se establecen tanto disposiciones del orden privado como del orden público concernientes al ámbito civil, como lo son en este último caso las normas relativas a la determinación de la nacionalidad, la naturalización de las personas, así como al registro civil y a los registros públicos de la propiedad.

Los cuatro títulos del libro hacen referencia, el primero (dividido en trece capítulos) a «las personas» (artículos 9 al 104) y sus relaciones en el ámbito familiar como el nacimiento, el matrimonio y su extinción, la

paternidad y filiación, alimentos, patria potestad, adopción, tutela, emancipación y mayor edad; y relaciones en el ámbito social de las personas, como la declaración de ausencia y la prodigalidad. El título segundo (dividido en siete capítulos) hace referencia «los bienes» (artículos 105 al 139) y lo concerniente a la propiedad de los mismos y los derechos del propietario y de terceros inherentes a ella, la posesión así como la titularidad de bienes en comunidad. En el tercero (dividido en cinco capítulos) titulado «de varios modos de adquirir la propiedad» (artículos 140 al 163), se establecen normas aplicables en materia de donaciones y de Derecho sucesorio, con especial referencia a los testamentos y la herencia. Y el último título, el cuarto que se divide en dieciséis capítulos, se titula «de las obligaciones y contratos» (artículos 164 al 231) hace una descripción detallada de las diversas formas contratar, atendiendo tanto a los típicos contratos de buena fe (compraventa, arrendamiento, sociedad y depósito), como a acuerdos de voluntad derivados por otras causas entre las partes (matrimonio, permuta, préstamo, fianza, prenda, hipoteca y anticresis), así como la regulación de contratos aleatorios, transacciones y compromisos, y cuasi contratos. El último capítulo XVI del título cuarto, es el relativo a la prescripción en material civil (artículos 227 al 231), prescripción que de manera supletoria, sus normas se aplicarán a la prescripción en materia mercantil (*vid.*, artículo 295).

3.3. *Libro segundo: Derecho mercantil internacional*

El segundo de los libros en que se estructura el Código Bustamante se titula «Derecho mercantil internacional» (artículos 232 al 295) se divide a su vez en cuatro títulos, a saber: el primero «de los comerciantes y del comercio» (artículos 232 al 246); el segundo «de los contratos especiales del comercio» (artículos 247 al 273); el tercero «del comercio marítimo y aéreo» (artículos 274 al 294); y el título cuarto relativo a la «prescripción» (artículo 295).

El título primero se divide a su vez en cinco títulos, haciéndose referencia a «los comerciantes», «la cualidad de comerciantes y de los actos de

comercio», «del registro mercantil», «lugares y casas de contratación mercantil y cotización oficial de efectos públicos y documentos de crédito al portador» y, el quinto capítulo con relación a las «disposiciones generales sobre los contratos de comercio» (contratos mercantiles).

En cuanto al título segundo del libro segundo del Código, este se estructura en siete capítulos concernientes a «las compañías mercantiles», «la comisión mercantil», «del depósito y préstamo mercantiles», «del transporte terrestre», «de los contratos de seguro», «del contrato y letra de cambio y efectos mercantiles análogos», y «de la falsedad, robo, hurto o extravío de documentos de crédito y efectos al portador».

Por lo que se refiere al título tercero del libro segundo del Código, en dos títulos se regula a los buques y aeronaves en el título I, y en el título II «los contratos especiales del comercio marítimo y aéreo».

Y por último, el título cuarto del libro segundo del Código es el relativo a «la prescripción» en materia mercantil, descrita en el numeral 295 y en la que se hace referencia de manera supletoria, a la prescripción establecida en material civil, remitiéndose a los artículos 227 al 231 del capítulo XVI del título cuarto del libro primero («De las obligaciones y los contratos»).

3.4. *Libro tercero: Derecho penal internacional*

El libro tercero del Código Bustamante titulado «Derecho penal internacional» es el menos extenso de los cuatro libros del Tratado. Con tan solo dieciocho artículos (del 296 al 313), este libro está estructurado en cuatro capítulos: «I. De las leyes penales», «II. Delitos cometidos en Estado extranjero contratante», «III. Delitos cometidos fuera de todo territorio nacional», y «IV. Excepciones a las reglas generales de competencia en materia penal», determinándose en lo general en su contenido normativo la competencia y aplicación de las leyes penales nacionales de los Estados parte del Tratado, en la comisión de los actos que, como

conductas antijurídicas, cada uno de los contratantes tipifique como delito; sobresaliendo entre dichas normativas, las relativas a la excepción de jurisdicción, en razón al estatus diplomático de las personas representantes de los Estados y por los actos cometidos en razón a las actividades militares. Además de la inaplicabilidad de las leyes penales nacionales de un Estado, dentro del territorio de otro Estado parte del Tratado (*vid.*, artículo 304).

3.5. *Libro cuarto: Derecho procesal internacional*

Al rubro de la cooperación procesal internacional está dedicado el libro cuarto del Código, el cual lleva por título «Derecho procesal internacional» (artículos 314 al 437). Este último libro del Código se haya dividido en diez títulos, los cuales como contenido hacen referencia a 1.º «Principios generales»; 2.º «Competencia» (dividido en cuatro capítulos); 3.º «De la extradición»; 4.º «Del derecho de comparecer en juicio y sus modalidades»; 5.º «Exhortos o comisiones rogatorias»; 6.º «Excepciones que tienen carácter internacional»; 7.º «De la prueba» (dividido en dos capítulos); 8.º «Del recurso de casación»; 9.º «De la quiebra o concurso» (dividido en tres capítulos); y 10.º «Excepción de sentencias dictadas por tribunales extranjeros», también dividido en tres capítulos en referencia a excepciones en «materia civil», «actos de jurisdicción voluntaria y materia penal».

De dicha regulación internacional de la cooperación procesal, se destacan los cuatro principios generales a los que el título primero del cuarto libro del Código hace referencia (artículos 314 al 317), en razón a la competencia nacional de los Estados parte para determinarla, la prohibición de tribunales especiales en beneficio de cualesquier Estado, la subordinación de la competencia *loci* a la ley de cada Estado contratante, y evitar el perjuicio a las personas en materia jurisdiccional, al determinar cada Estado contratante la competencia *ratione materiae* y *ratione personae*.

4. Aprobación y ratificación del Código Bustamante

El Código Bustamante fue firmado por veintiún Estados americanos el mismo día de su aprobación (con excepción de los Estados Unidos de América), el 20 de febrero de 1928, como parte de los acuerdos de la Sexta Conferencia de la Convención sobre Derecho Internacional Privado que se celebró en La Habana (Cuba) del 16 de enero al 20 de febrero de 1928. Sin embargo, varios Estados presentaron respecto del texto sus reservas (Argentina, Uruguay, Paraguay, Brasil, El Salvador, República Dominicana) y otros Estados, algunas declaraciones (Estados Unidos de América, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Nicaragua, Chile, Panamá y Guatemala), estas declaraciones orientadas en algunos casos a aceptar en su totalidad el texto del Código, otras a felicitar la labor del autor Sánchez de Bustamante, de la propuesta de codificación internacional presentada.

Sin embargo, un varios Estados signatarios, a la fecha siguen sin manifestarse respecto a la ratificación del documento (Argentina, Colombia, México, Paraguay y Uruguay).

Lo anterior, además de dificultar la armonización de relaciones jurídicas en el tráfico jurídico internacional panamericano, los Estados que no lo han ratificado han olvidado en el contexto de las relaciones privadas internacionales, este documento tan valioso por su contenido y fines propuestos, además de su aplicabilidad y vigencia en un número importante de Estados americanos que han depositado su documento de ratificación (Bolivia, Brasil, Chile, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana y la República Bolivariana de Venezuela); más la adhesión de Bahamas.

*Autor: Francisco Javier Lara Castro
(Profesor titular de Derecho Romano,
Universidad Panamericana)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ARELLANO GARCÍA, C. *Derecho internacional privado*, t. I., 13.^a ed., Porrúa, México, 1999, pp. 774-781; BONAPARTE, L. D. «Código Bustamante», *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Driskill, Buenos Aires, 1992, vol. III, pp. 123-127; Convención sobre Derecho Internacional Privado (Código Bustamante), Documento (A-31), depositado en la Organización de Estados Americanos, (OEA, SAJ, Departamento de Derecho Internacional, Tratados Multilaterales Interamericanos (oas.org) (última consulta: 4 de marzo de 2021); GOLDSSTEIN, Mateo. «Instituto Americano de Derecho Internacional», *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Driskill, Buenos Aires, 1992, vol. XVI, pp. 127-129; HELGUERA, Enrique. «El Derecho internacional privado mexicano y el Código Bustamante», *Comunicaciones Mexicanas al VI Congreso Internacional de Derecho Comparado*, Instituto de Derecho Comparado, Cuadernos de Derecho Comparado n.º 2, México, 1962, pp. 29-47; LAGHINGE, J. R. «Conferencia Panamericana», *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Driskill, Buenos Aires, 1992, vol. III, pp. 778-788; NIBOYET, J. P. *Principios de Derecho internacional privado*, Editora Nacional, México, 1974; PEREZNIETO CASTRO, L. *Derecho internacional privado*, 10.^a ed., Oxford University Press, México, 2015; SÁNCHEZ DE BUSTAMANTE, A., *Derecho internacional privado*, 2.^a ed., t. 1, p. 353 y ss., Madrid, 1934.

COMISIÓN ROGATORIA

En palabras sencillas, la comisión rogatoria es un instrumento procesal en el marco de la cooperación internacional de especial interés en nuestros días. En efecto, las relaciones familiares que desconocen la noción de frontera, la importante revolución tecnológica, la internacionalización de las operaciones comerciales, la globalización económica, han dado lugar a un importante incremento de las transacciones, con movilidad de capitales, desarrollo y aumento de operaciones con bienes y servicios entre ciudadanos, empresas, de diferentes Estados. En este contexto, pueden darse diferentes tipos de conflictos que requieran la intervención de diferentes Estados y para la resolución de los litigios surgidos en estos

escenarios, los Estados necesitan conocer la forma en que responden los distintos ordenamientos jurídicos, convirtiéndose, de esta manera, la comisión rogatoria, en una herramienta importante en los procesos con elementos transnacionales.

1. Aspectos preliminares y estado de la cuestión

Las comisiones rogatorias tienen lugar en el ámbito de la cooperación internacional en torno a los convenios internacionales (GARCÍA GARCÍA, T. «La cooperación jurídica internacional en el marco de la investigación y persecución del delito de trata de seres humanos». *Revista Aranzadi Unión Europea* n.º 3/2018, 2018). Con el objetivo de conseguir llevar a cabo la obtención de pruebas en el extranjero, que puedan ser válidas en el procedimiento del país emisor de la carta rogatoria, tiene lugar este procedimiento de auxilio judicial entre Estados. Así pues, se solicita de la autoridad competente del país requerido que ejecute una diligencia probatoria, en su jurisdicción.

En la práctica, «con estas comisiones rogatorias tienen lugar pruebas relevantes como por ejemplo, practicar un reconocimiento judicial, obtener una orden de entrada, que declaren testigos por videoconferencia, exhibir documentos al Tribunal requirente, la declaración de peritos por videoconferencia [...] La importancia de practicar esta prueba que se solicita puede resultar determinante en procedimientos de familia, por ejemplo el caso de la reclamación de alimentos pero también en los importantes procedimientos sucesorios, asimismo, en la ejecución de sentencias, entre muchos otros» (RODRIGO LACUEVA B. «Eurojust y España». *BIB* 2011\1451. *Actualidad Jurídica Aranzadi* n.º 826/2011, 2011). La gestión de este procedimiento, su sencillez o dificultad variará en función de diferentes cuestiones: por ejemplo, no se considera sencillo en los casos en los que haya problemas entre la ley del Estado que solicita una diligencia probatoria concreta y donde tendrá que surtir sus efectos y la Ley del Estado donde se tiene que realizar (GARCÍA GARCÍA, T. «La cooperación jurídica internacional en el marco de la investigación y per-

secución del delito de trata de seres humanos». *Rev. Aranzadi Unión Europea* n.º 3/2018, 2018), pero veremos otros casos en los que su gestión es más sencilla.

En principio, se señala que en la UE se produce una simplificación procedimental al introducirse el principio de reconocimiento mutuo fundamentado en la confianza entre los Estados, en general. En el ámbito extracomunitario, la tramitación de la comisión rogatoria tiene lugar a través de las autoridades centrales, no considerándose, en estos supuestos, que es una actuación ágil.

2. *Normativa y procedimiento aplicable*

La regulación de esta cuestión es extensa pero es que además se encuentra diseminada en las normas que veremos a continuación. A este respecto, el artículo 177 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) establece «el orden por el que se deben despachar (GIMENO SENDRA, V. y GUTIÉRREZ CARBONELL, M. «Comentario a los artículos 149 a 168 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Proceso civil práctico*, Ed. La Ley, 2006 y «Comentario a los artículos 149 a 168 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Proceso civil práctico*, Ed. La Ley, 2006) las actuaciones judiciales en materia de cooperación judicial internacional por la que: en primer lugar, se regirá por las normas comunitarias o bien por los Tratados Internacionales en los que España sea parte y solo en su defecto, por la legislación interna aplicable». Además, la Ley Orgánica del Poder Judicial, dentro del título III, en el capítulo VIII «De la cooperación jurisdiccional», en los artículos 276 a 278 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) (LOPJ en sus artículo 276 y el artículo 277) también contiene normas referidas a la comisión rogatoria y la cooperación jurisdiccional internacional señalando que «Las peticiones de cooperación internacional se tramitarán de conformidad con lo previsto en los tratados internacionales, las normas de la Unión Europea y las leyes españolas que resulten de aplicación». Asimismo, en la Unión Europea, su regulación actual sobre la solicitud y práctica de prueba se encuentra en

el novedoso Reglamento (UE) 2020/1783 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativo a «la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil» (<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2020-81761>) que señala que Este Reglamento se aplica en materia civil o mercantil «cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, de conformidad con su ordenamiento jurídico interno, solicite la práctica de diligencias de obtención de pruebas al órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro, o la obtención de pruebas directamente en otro Estado miembro». El Reglamento Europeo que deroga, 1206/2001, de 28 de mayo, relativo a «la cooperación entre órganos jurisdiccionales, en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil» (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A32001R1206>).

Su ámbito de aplicación se circunscribía a cuando «un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, de conformidad con su ordenamiento jurídico interno, solicite: de un lado, la práctica de diligencias de obtención de pruebas al órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro, o de otro lado, la realización de diligencias de obtención de pruebas directamente en otro Estado miembro». Observamos esta última variación. En todo caso, la solicitud se consideraba, una petición de auxilio judicial internacional directa, como señala García (GARCÍA DE YZAGUIRRE, M. «Hacia una oficina judicial civil europea». BIB 2012\3344. *Revista Aranzadi Unión Europea* n.º 1/2012, 2012), donde no intervenía ninguna Autoridad Central, como señalaba su artículo 2 referido a la comunicación directa entre los órganos jurisdiccionales lo que no obstaba a lo que dispone el artículo 3 y que se refería a los casos en los que interviene un órgano central por ejemplo, «a modo de excepción y a instancia de un órgano jurisdiccional requirente, trasladar una solicitud al órgano jurisdiccional requerido» o por ejemplo, «buscar soluciones en caso de que una solicitud plantee dificultades». Adicional-

mente, el Convenio sobre la Obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial del 18 de marzo de 1970, de La Haya, (<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1987-19798>) es importante, en estos casos. Se aplica a los estados parte pero también a los supuestos que involucren a un Estado de la Unión Europea y Dinamarca. El Convenio regula la comisión rogatoria para resolver las controversias que puede haber en materia de obtención de pruebas, asimismo, permite la práctica de la prueba transfronteriza. En todo caso, a través de las mismas «un Estado parte del Convenio (Estado requirente) puede dirigirse a la Autoridad Central competente de otro Estado parte (Estado requerido) interesando la obtención de pruebas destinadas a ser utilizadas en un procedimiento judicial en el Estado requirente» (artículo 1 del Convenio).

Ciñéndonos al caso de España, quien ejerce las funciones de Autoridad Central es el Ministerio de Justicia (mediante la Dirección General de Cooperación Jurídica). Por su parte, el Consejo General de Poder Judicial (CGPJ) interviene en las Comisiones Rogatorias, mientras que la Unidad de Auxilio Judicial Internacional asesora, y da apoyo a los juzgados y tribunales que lo soliciten (<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Relaciones-internacionales/Auxilio-judicial-internacional/Informacion-general/Auxilio-judicial-Internacional->).

En cuanto al procedimiento seguido: la solicitud de la comisión rogatoria se presenta mediante un formulario ya establecido en la que consta, básicamente, los datos relativos a la autoridad que la pide y de la requerida; de las partes; la naturaleza y objeto de la instancia; las pruebas que han de obtenerse o también que actuaciones judiciales hay que realizar. Para su ejecución, hay que tener en cuenta tres aspectos: «el establecimiento de la regla de aplicación general, su posible excepción o forma especial, y la rapidez con que debe efectuarse. Además, existe una serie de motivos que permiten denegar la ejecución de la comisión y que se sustentan, fundamentalmente, en la falta de competencia del Poder Ju-

dicial en el Estado requerido y a su carácter lesivo o perjudicial para su soberanía o seguridad». Continuando con las actividades que se llevan a cabo en nuestro país, en esta área, pueden agruparse de la siguiente manera: actividades de facilitación del auxilio judicial internacional (con el fin de dar un apoyo directo a la totalidad de los tribunales españoles en aquellos procesos en los que aparezcan elementos transnacionales en sus diversos aspectos de delimitación de la jurisdicción internacional) y actividades relacionadas con redes de cooperación internas y externas (juegan un papel más relevante las redes judiciales de cooperación).

- En materia civil, los órganos responsables para la práctica de solicitudes de auxilio judicial serán las audiencias provinciales y juzgados de primera instancia (según reza los artículos 72 del Reglamento 5/1995 y artículo 110 LOPJ).
- En el orden penal es necesario hacer referencia a la Directiva 2014/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de abril de 2014, relativa a la orden europea de investigación en materia penal (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2014.130.01.0001.01.SPA&toc=OJ%3AL%3A2014%3A130%3AFULL)(OEI).

Con esta Directiva se produce un avance fundamental en materia de «obtención de prueba penal transfronteriza en el ámbito de la Unión Europea, creando un marco integral único para la obtención de pruebas» (https://e-justice.europa.eu/content_european_investigation_order_mutual_legal_assistance_and_joint_investigation_teams-92-es.do).

Además, la Propuesta de Reglamento sobre «las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas electrónicas a efectos de enjuiciamiento penal», de 17 de abril de 2018 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52018PC0225>), esta disposición, (

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018PC0225&from=ES>) por la que se establecen «normas armonizadas para la designación de representantes legales a efectos de ,recabar pruebas para procesos penales (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52018PC0226) con el fin de tener mecanismos útiles que permitan la obtención de pruebas electrónicas conforme a una normativa común en el seno de la Unión Europea», pretende ser un nuevo instrumento de reconocimiento mutuo en materia penal en la Unión Europea, para la obtención transfronteriza de pruebas electrónicas (LÓPEZ AMIGO, L. «Las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas penales electrónicas». *Revista Española de Derecho Europeo* n.º 71/2019 parte Estudios, Pamplona, 2019).

En cuanto al ordenamiento español, la incorporación de la OEI, se realiza en virtud de la reforma de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea (https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-12029) (LRM), Ley 3/2018, de 11 de junio que introduce la OEI como nuevo instrumento de reconocimiento mutuo en materia penal en sustitución del exhorto europeo de obtención de pruebas (<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2018-7831>).

Para finalizar, se señala que este amplio cuerpo normativo citado responde a una demanda evidente encaminada a conseguir una mejor adecuación a la situación actual, para hacer frente a la realidad social en que nos encontramos y así establecer las herramientas necesarias para conseguir obtener las pruebas electrónicas utilizando una normativa que sea la usual en la Unión Europea buscando, además, que los países de la misma cooperen para conseguir las pruebas necesarias, dirigidas y encaminadas a los procesos donde se hagan valer.

*Autoras: Rosa Pérez Martell
(Profesora titular de Derecho Procesal,
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria)*

*Cristina Caja Moya
(Profesora asociada de Derecho Internacional Privado,
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: GARCÍA GARCÍA, T. «La cooperación jurídica internacional en el marco de la investigación y persecución del delito de trata de seres humanos», *Revista Aranzadi Unión Europea*, n.º 3/2018, Editorial Aranzadi, 2018; GARCÍA DE YZAGUIRRE, M. «Hacia una oficina judicial civil europea», BIB 2012\3344, *Revista Aranzadi Unión Europea*, n.º 1/2012 Editorial Aranzadi, 2012; GIMENO SENDRA, V. y GUTIÉRREZ CARBONELL, M. «Comentario a los artículos 149 a 168 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Proceso civil práctico*, Ed. La Ley, 2006; LÓPEZ AMIGO, L. «Las órdenes europeas de entrega y conservación de pruebas penales electrónicas». *Revista Española de Derecho Europeo*, n.º 71/2019 parte Estudios, Editorial Civitas, Pamplona. 2019; RODRIGO LACUEVA, B. «Eurojust y España», BIB 2011\1451. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 826/201, Editorial Aranzadi, 2011.

COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

La capacidad que la ley otorga a los órganos jurisdiccionales del Estado, para el ejercicio epistemológico sobre asuntos promovidos en que converge un elemento de carácter internacional, es lo que se entiende por competencia judicial internacional. Consiste en delimitar los supuestos en que los juzgados y tribunales de un país concreto, son aptos para conocer sobre controversias ocasionadas por relaciones jurídicas afectadas por cuestiones de Derecho internacional privado.

La determinación del alcance de los órganos jurisdiccionales se rige por los artículos 21 a 25 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), bajo la denominación de «extensión y límites de la jurisdicción española». Concretamente, el artículo 21 LOPJ dispone:

1. Los Tribunales civiles españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas.
2. No obstante, no conocerán de las pretensiones formuladas respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción y de ejecución de conformidad con la legislación española y las normas de Derecho Internacional Público.

A pesar de la caracterización de las controversias que pueden ser sometidas a los órganos jurisdiccionales españoles, identificadas por la existencia de un elemento relativo al Derecho internacional privado, la competencia judicial internacional se encuentra limitada por el Derecho internacional público, tanto por las normas internacionales de los tratados y convenios firmados por España, como por el Derecho de la Unión Europea.

1. Reglas de delimitación de la competencia en el Derecho internacional privado europeo

La pertenencia de España a la Unión Europea implica referirse a las normas europeas sobre competencia judicial internacional, por la existencia del principio de primacía del Derecho europeo, consagrado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en la sentencia *Costa contra Enel*, de 15 de julio de 1964. La prioridad de la normativa europea responde a la finalidad de unificar este espacio económico, político y cultural, y lograr la eficacia jurisdiccional en sus Estados miembros.

No existe una única norma reguladora de la competencia judicial en la Unión Europea. La primera norma aprobada con esta finalidad fue el Convenio de Bruselas de 1968. Desde entonces se han aprobado distintos reglamentos destinados a configurar la competencia de acuerdo a materias concretas, debiendo distinguirse, por ejemplo:

- Reglamento 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) 1347/2000 (conocido como Reglamento Bruselas II bis).
- Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos.
- Reglamento (CE) 207/2009 del Consejo, de 26 de febrero de 2009, sobre la marca comunitaria.
- Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo.
- Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (conocido como Reglamento Bruselas I bis).

- Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia.
- Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales.
- Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas.

La supeditación de situaciones conflictivas a tribunales internacionales corresponderá cuando así lo prevean los Tratados firmados por los Estados, que compelan a su sometimiento en virtud del principio *pacta sunt servanda*, como ocurre con la Corte Internacional de Justicia (CIJ), o los distintos tribunales regionales garantes de la protección de los Derechos Humanos, como es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) para España.

De igual forma, quedarán excluidos aquellos supuestos de Derecho privado cuya conclusión haya quedado sujeta a un método de resolución de conflicto voluntario, como son el arbitraje, la conciliación y la mediación, cuyas reglas aplicables serán las elegidas por las partes, sin más límite que el respeto al orden público.

Las reglas que determinan la competencia judicial internacional están destinadas a garantizar la existencia del derecho a un proceso equitativo, establecido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948 (DUDH) en su artículo 10 DUDH (limitado al orden penal, de

ámbito público, pero extensible a todas las ramas posibles de la ciencia jurídica, como son el orden civil y mercantil, de ámbito privado, para garantizar la seguridad jurídica de las personas):

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Se trata de un derecho contenido, asimismo, en el artículo 6 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (CEDH); e igualmente, en la Constitución española de 1978 (CE), al reconocer el derecho a la tutela judicial efectiva en el artículo 24 CE, sin que ninguno de estos supuestos constituya una limitación a la competencia judicial internacional de los órganos jurisdiccionales españoles, salvo por razones justificadas y no arbitrarias.

2. Reglas de delimitación de la competencia en el Derecho internacional privado español

El artículo 9.3 CE reconoce el principio de seguridad jurídica, elemento garante del tráfico comercial nacional e incentivo del internacional, a fin de asegurar la no intromisión arbitraria de los órganos jurisdiccionales en pleitos afectados por elementos de extranjería, y velar por el ejercicio eficiente de la Justicia, al no invertir recursos en cuestiones que no le competen.

A diferencia de la normativa europea, que instaura normas de regulación de la competencia por materias, los artículos 21 a 25 de la LOPJ delimitan las circunstancias bajo las cuales son competentes para conocer los órganos jurisdiccionales españoles. De acuerdo con el artículo 117.3 CE:

El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los

Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.

De acuerdo a la CE, la LOPJ precisa los supuestos en que los órganos jurisdiccionales españoles pueden ejercer su soberanía prioritariamente, quedando excluidos estos cuando no se contemple en estos preceptos, en cuyo caso la competencia recaerá en un órgano extranjero, como indica el artículo 22 *octies* 1 LOPJ:

No serán competentes los Tribunales españoles en aquellos casos en que los fueros de competencia previstos en las leyes españolas no contemplen dicha competencia.

3. *Foros de competencia judicial internacional*

Los principios que definen la competencia judicial internacional son los denominados foros. Este concepto engloba un conjunto de axiomas destinados a garantizar el derecho de acceso a la tutela judicial efectiva, a pesar de los cuales, en aquellos supuestos en que no le corresponda conocer a los órganos jurisdiccionales españoles, se prevé como una regla especial, que estos puedan conocer de un litigio para no dejar en una situación de desamparo a las partes afectadas, en lo que se denomina *forum necessitatis* o foro de necesidad, regulado en el artículo 22 *octies* 3 LOPJ:

Los Tribunales españoles no podrán abstenerse o declinar su competencia cuando el supuesto litigioso presente vinculación con España y los Tribunales de los distintos Estados conectados con el supuesto hayan declinado su competencia. Tampoco lo podrán hacer cuando se trate del reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales, decisiones arbitrales y acuerdos de mediación dictados por los Tribunales extranjeros.

El Foro de necesidad rige cuando existe una vinculación con España, y los órganos jurisdiccionales de otro Estado han rechazado conocer del asunto. Dicho precepto debe ser interpretado en un sentido amplio, para «aplicar el foro de necesidad de un modo racional» abriéndolo a situa-

ciones en que «resulta imposible o procesalmente muy gravoso acudir a tribunales extranjeros» aunque estos no hayan «declarado formalmente su incompetencia o no la hayan declinado de modo expreso» (CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2018, p. 135).

Un foro no admitido en el ordenamiento español es el *forum non conveniens*, con origen en el Derecho anglosajón, que permite a un juez rehusar su ejercicio judicial, por entender que otro órgano extranjero es más apto para conocer de un litigio. En este ámbito, no debe incluirse el *forum shopping*, con el cual no se define un foro, sino una situación en que los demandantes pretenden someter un litigio a la jurisdicción que les es más favorable.

La LOPJ demarca los foros reconocidos por el ordenamiento español, que son de carácter subsidiario frente a las reglas establecidas en los tratados internacionales y el Derecho de la Unión Europea (de acuerdo al artículo 21 LOPJ) en los artículos 22 a 22 *septies* LOPJ y que determinan los casos de competencia judicial internacional de los órganos jurisdiccionales españoles frente a los tribunales extranjeros.

3.1. *Foros exclusivos de competencia judicial internacional*

Foros exclusivos (artículo 22 LOPJ) ligados al criterio de territorialidad en materia de: derechos reales y arrendamientos de bienes inmuebles; constitución, validez, nulidad o disolución de sociedades o personas jurídicas; validez o nulidad de inscripciones registrales, y derechos sometidos a depósito o registro; y reconocimiento y ejecución de sentencias, resoluciones judiciales, laudos arbitrales y acuerdos de mediación dictados en el extranjero.

3.2. *Foros generales de competencia judicial internacional*

Sumisión en favor de los tribunales españoles (artículo 22 bis LOPJ): cuando las partes se hayan sometido expresa o tácitamente a ellos (y en

materia de contratos celebrados por consumidores, y de seguros, cuando el sometimiento se produzca con posterioridad a la aparición de la controversia) bajo unos requisitos formales.

Domicilio del demandado en España (artículo 22 ter LOPJ) cuando no se trate de supuestos limitados a los foros exclusivos, o a medidas cautelares, provisionales, concursales o de otros procedimientos de insolvencia.

3.3. *Foros especiales de competencia judicial internacional por razón de la materia*

En materia de Derecho de la persona y familia (artículo 22 *quater* LOPJ) en defecto de los foros anteriores.

En materia de Derecho Patrimonial (artículo 22 *quinquies* LOPJ) en defecto de sumisión expresa o tácita y aunque el demandado no tenga su domicilio en España.

En materia cautelar y provisional (artículo 22 *sexies* LOPJ) sobre personas o bienes que se hallen y deban cumplirse en España.

En materia concursal y demás procedimientos de insolvencia (artículo 22 *septies* LOPJ) de acuerdo a lo establecido en sus normas reguladoras.

*Autor: Borja García Vázquez
(Universidad Autónoma de Nuevo León)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Derecho internacional privado*, volumen I, Granada, Editorial Comares, 2018; GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia. *Derecho internacional privado*, México, D. F., Nostra Ediciones, 2010; MAZUERA ZULUAGA, Andrés Gustavo y PABÓN GIRALDO, Liliana Damaris. «Conflictos internacionales de jurisdic-

ción: contrastes para su resolución entre el sistema del *common law* y el *civil law*», *Revista de Derecho Privado*, n.º 37, 2019, pp. 221-247.

VOCABLOS CONEXOS: Foros de competencia judicial internacional.

COMPRAVENTA EN GENERAL Y COMPRAVENTA DE MERCADERÍAS EN PARTICULAR

1. Los contratos de compraventa internacional de mercaderías y la Convención de La Haya de 1955

La doctrina siempre ha dedicado mucha atención a los contratos de compraventa internacional y, en particular, a los contratos de compraventa internacional de mercaderías. A la luz de la importancia de este último tipo de contratos de compraventa, considerado como el «contrato mercantil por excelencia», la «sangre vital del comercio internacional» y, por lo tanto, «el pilar de todo el sistema de relaciones comerciales», esto no es sorprendente. Y tampoco es sorprendente que sean estos contratos de compraventa los que han atraído la mayor atención de quienes intentan promover la seguridad jurídica y la previsibilidad, requisitos fundamentales de cualquier Derecho comercial, por no hablar del Derecho comercial internacional. A este respecto, hay que hacer referencia a los intentos de lograr la seguridad jurídica y la previsibilidad mediante la creación de un conjunto uniforme de normas sustantivas, con la intención de superar el enemigo supuestamente más grave de los agentes económicos, a saber, las fronteras nacionales y las diferencias entre los sistemas jurídicos nacionales, que constituían (y siguen constituyendo) «un obstáculo a las relaciones económicas que aumentan constantemente entre los ciudadanos de diferentes países; un obstáculo sobre todo para las empresas que participan en el comercio internacional y que adquieren recursos primarios o distribuyen bienes en diferentes países que tienen todos un derecho diferente» (F. GALGANO, «Il diritto

uniforme: la vendita internazionale», en *Atlante di diritto privato comparato* editado por Francesco Galgano *et al.*, 5.^a ed., 2011, p. 245).

Sin embargo, este enfoque, centrado en la creación de un conjunto de normas uniformes de derecho sustantivo, como las que figuran en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, no es el único enfoque que puede dar lugar a la previsibilidad y la seguridad jurídica. La elaboración de normas uniformes de Derecho internacional privado también puede dar lugar a la previsibilidad y la seguridad jurídica. A diferencia del derecho sustantivo uniforme, cuyo objetivo es garantizar que todas las partes de los países en los que está en vigor el derecho sustantivo uniforme tengan igual acceso a las soluciones de derecho sustantivo, el derecho internacional privado uniforme se asegura de que los «tribunales aplicarán las mismas normas jurídicas independientemente del lugar en el que las partes litiguen la controversia», «garantiza a una empresa que celebre un contrato con una empresa extranjera que, independientemente del foro en el que se presente la controversia, las normas uniformes de elección de la ley aplicarán el derecho sustantivo del mismo país».

En cuanto a los intentos de unificar las normas de Derecho internacional privado de los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hay que mencionar los realizados por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Esos esfuerzos dieron lugar *inter alia* a la adopción, en 1955, de la Convención sobre la Ley Aplicable a las Ventas de Carácter Internacional de Objetos Muebles Corporales y, en 1986, a la de una convención sucesora, la Convención sobre la Ley Aplicable a los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Si bien esta última nunca ha entrado en vigor, la primera está en vigor hoy en Dinamarca, Finlandia, Francia, Italia, Noruega, Suecia y Suiza.

El hecho de que la Convención de 1955 esté en vigor en algunos de los países mencionados crea un conflicto entre la Convención, por una parte, y algunos otros instrumentos, por otra. Así ocurre, por ejemplo,

con la Convención de 1980 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Contractuales (Convención de Roma), que sigue siendo aplicable en Dinamarca, incluso a los contratos celebrados a partir del 17 de diciembre de 2009, fecha a partir de la cual en los demás Estados miembros de la Unión Europea se hace necesario recurrir al Reglamento Roma I para determinar la ley aplicable.

Habida cuenta del conflicto anterior, cuando los tribunales daneses se encarguen de identificar la ley aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías, deberán determinar en primer lugar a qué conjunto de normas de Derecho internacional privado deben recurrir. El artículo 21 de la Convención de Roma es útil para resolver este dilema, ya que establece una norma de conflicto de convenciones «generosa». En virtud de esta norma, la Convención de Roma «no prejuzga la aplicación de cualquier otro acuerdo internacional, presente o futuro, en el que un Estado contratante sea o llegue a ser parte» (Informe Giuliano-Lagarde, O.J. de 31/10/1980, n.º C 282/39), al menos en los casos en que el acuerdo internacional constituya una *lex specialis* con respecto a la Convención de Roma. Esto ha llevado tanto a los comentaristas como a los tribunales a afirmar que el recurso a la Convención de 1955 prevalece sobre el recurso a la Convención de Roma, ya que la primera constituye una *lex specialis* (véase Trib. Vigevano, 12 de julio de 2000, 20 *Journal of Law & Commerce*, 2001, p. 209).

Sin embargo, la Convención de La Haya de 1955 no solo prevalece sobre el Convenio de Roma, sino también sobre el Reglamento Roma I (véase O. LANDO / P. NIELSEN. «The Rome I Regulation», 45 *Common Market Law Review*, 2008, p. 1705). Ello se debe al equivalente en el Reglamento Roma I al artículo 21 de la Convención de Roma, a saber, el artículo 25(1), la disposición que se aplica para resolver el conflicto en cuestión. De conformidad con el artículo 25(1) «[e]l presente Reglamento no afectará a la aplicación de los convenios internacionales en que sean parte uno o más Estados miembros en el momento de la adopción del pre-

sente Reglamento y que regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales». Cabe señalar que el apartado 2 del artículo 25, que también establece una norma de conflicto de convenios, más concretamente, una norma de conflicto de convenios que permite que el Reglamento prevalezca sobre los convenios bilaterales o multilaterales celebrados exclusivamente entre los Estados miembros, no puede aplicarse para resolver el conflicto en cuestión, dado que el Convenio de 1955 no es uno celebrado «exclusivamente entre dos o más Estados miembros», como lo demuestra inequívocamente la lista anterior de Estados contratantes.

Sin embargo, lo que se acaba de decir no significa que los instrumentos de Roma estén necesariamente completamente desplazados en los tribunales de los países en los que también está en vigor el Convenio de La Haya de 1955. Ello se debe, por una parte, al ámbito limitado de aplicación del Convenio de La Haya de 1955 y, por otra, a que el Convenio solo establece un número limitado de normas, dejando así muchas cuestiones sin resolver.

En lo que respecta a la limitada esfera de aplicación del Convenio, ésta puede derivarse fácilmente del propio Convenio. Aunque el Convenio se aplica a los contratos de compraventa internacional de mercaderías en general (artículo 1), no se aplica, entre otras cosas, «a las ventas de títulos, a las ventas de naves y buques o de aeronaves registradas, a las ventas judiciales o por embargo», aunque sí «a las ventas basadas en documentos». Esto significa que cuando el Convenio no se aplica a un contrato determinado de «compraventa de mercaderías» —que debe definirse de manera autónoma y no en función de la *lex fori*— se recurrirá a los instrumentos de Roma, cuando estos estén en vigor en el país del fuero.

Sin embargo, también se recurrirá a los instrumentos de Roma cuando sea aplicable el Convenio de La Haya de 1955, pero no resuelva una cuestión determinada. En esta línea de casos, se recurrirá nuevamente a

los instrumentos de Roma, siempre que se trate de una cuestión sujeta a estos instrumentos. Esto ocurre, por ejemplo, con respecto a la cuestión de la forma. De conformidad con el artículo 5(2), el Convenio de La Haya de 1955 «no se aplicará a [...] la forma del contrato». Así, pues, para determinar la validez formal de los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1955, hay que recurrir a los instrumentos de Roma. Del mismo modo, se recurre a los artículos 18 y 20 de la Convención de Roma y al Reglamento Roma I, respectivamente, para decidir si la aplicación de la ley del país especificado por el Convenio de La Haya de 1955 exige también que los tribunales apliquen las normas de Derecho internacional privado de ese país. Esto es necesario, ya que el Convenio de La Haya de 1955 no toma una posición sobre el reenvío.

En la medida en que la Convención de La Haya de 1955 se aplica y trata una cuestión determinada, los resultados alcanzados son, al menos en gran medida, comparables a los alcanzados en virtud de los instrumentos de Roma. A título de ejemplo, cabe señalar que en su artículo 2, la Convención de La Haya de 1955 reconoce la libertad de las partes de elegir la ley aplicable, codificando así el principio de autonomía de las partes y reconociendo, al igual que los instrumentos de Roma, que la libertad de elegir la ley aplicable constituye «una de las claves del sistema de normas de conflicto de leyes en materia de obligaciones contractuales» (Considerando 11 del Reglamento Roma I). Sin embargo, el artículo 2 de la Convención de La Haya de 1955 difiere de sus homólogos en los instrumentos de Roma en cuanto que deja claro de manera inequívoca que las partes no pueden elegir un Derecho no estatal para regir su contrato, ya que el artículo 2 establece que «[l]a venta se regirá por la ley interna del país designado por las partes contratantes» (en la jurisprudencia véase Trib. Padua, 11 de enero de 2005, *Riv. Dir. Int. Priv. e Proc.*, 2005, p. 791).

A falta de una elección (válida) de ley aplicable, el párrafo 1 del artículo 3 hace aplicable la ley interna del país en que el vendedor tenga su residencia habitual en el momento en que recibe el encargo. Aunque esto

parece estar en consonancia con la solución que se deriva de los instrumentos de Roma que se examinarán más adelante, la norma de la Convención de La Haya de 1955 difiere de sus homólogos de los instrumentos de Roma en que no constituye una presunción. Así, pues, la ley del vendedor se aplica independientemente de que exista un vínculo más estrecho con un país diferente. «Sin embargo, la venta se regirá por la ley interna del país en que el comprador tuviere su residencia habitual o en la que tuviera el establecimiento que ha realizado el encargo si es en dicho país donde el encargo ha sido recibido por el vendedor, por su representante, agente o viajante de comercio» (artículo 3, párrafo 2).

La Convención de La Haya de 1955 también establece una norma relativa a las compraventas de bienes en las bolsas o subastas, haciendo aplicable la legislación interna del país en el que se sitúa la bolsa o se realicen las subastas.

2. *Los contratos de compraventa y la Convención de Roma*

A diferencia de la Convención de La Haya de 1955, la Convención de Roma, que, como se ha mencionado, sigue siendo aplicable a los contratos celebrados antes del 17 de diciembre de 2009, pero no se aplica, excepto en Dinamarca, a los contratos celebrados después de tal fecha, no solo abarca los contratos de compraventa de mercaderías, sino todo tipo de contratos de compraventa.

El punto de partida de la Convención de Roma, en el que se excluyen de la compraventa los contratos celebrados por consumidores *ex* artículo 5, categoría que no se tratará en esta entrada, no difiere del de la Convención de La Haya de 1955: permite a las partes elegir libremente el Derecho aplicable, y ello con independencia de que la compraventa sea de bienes muebles, bienes inmuebles o intangibles. De conformidad con el artículo 3, las partes pueden (expresa o implícitamente) someter su contrato a cualquier ley, incluso a una ley neutral, siempre que sea, al menos según la opinión mayoritaria, una ley de un Estado (Trib. Padova,

11 de enero de 2005, *Riv. Dir. Int. Priv. e Proc.*, 2005, p. 791), y ello incluso después de la celebración del contrato (artículo 3(2) de la Convención de Roma). No solo eso, las partes también pueden optar por aplicar diferentes leyes a un mismo contrato (artículo 3[1]).

Las diferencias entre los regímenes de La Haya de 1955 y la Convención de Roma se hacen más evidentes cuando las partes no han elegido —o no han elegido válidamente— la ley aplicable. Mientras que, como se ha mencionado, la Convención de La Haya de 1955 hace aplicable la ley del vendedor, siempre que el vendedor (o su representante, agente o viajante de comercio) no haya recibido el encargo en el país del comprador, en cuyo caso se aplicará la ley del comprador, la Convención de Roma impone el recurso a un enfoque en varias etapas que es mucho más complicado y no conduce necesariamente a las mismas soluciones que la Convención de La Haya de 1955.

De conformidad con el artículo 4(1) de la Convención de Roma, se recurrirá a «los lazos más estrechos», *i. e.*, la «conexión más estrecha» para determinar la ley aplicable. La conexión más estrecha es, según muchos estudiosos, el principal factor de conexión de esa disposición. Aunque esto es ciertamente correcto desde el punto de vista doctrinal, estadísticamente hablando el recurso a ese factor de conexión solo se produce en casos excepcionales, ya que, en la práctica, prevalece el recurso a las presunciones establecidas en los párrafos (2), (3) y (4). En efecto, la norma general que exige el recurso a «los lazos más estrechos» (o la «conexión más estrecha») se aplica «directamente» solo cuando la ley aplicable no puede determinarse mediante una de las presunciones mencionadas (ámbito de aplicación primario). En virtud del artículo 4(5), la conexión más estrecha es también relevante para evitar la aplicación de la ley que se hace aplicable en virtud de una de las presunciones de los párrafos (2), (3) y (4), *i. e.*, cuando resulte del conjunto de circunstancias que el contrato presenta lazos más estrechos con otro país. Desde el punto de vista estadístico, esto tampoco ocurre con frecuencia, y es la escasa aplicación de este principio en la práctica lo que ha llevado a al-

gunos estudiosos a proponer su eliminación. Sin embargo, en opinión de este autor, la escasa importancia práctica del principio de la conexión más estrecha no constituye una razón válida para negar su papel central en el marco de la Convención de Roma, porque permite a los tribunales determinar siempre la ley aplicable a un contrato, sin excepción. En otras palabras, es esta conexión más estrecha la que hace innecesario el recurso a factores de conexión externos no contenidos en el artículo 4.

Los «lazos más estrechos» no están definidos en el artículo 4 de la Convención de Roma. Del artículo 4(1) solo se puede deducir que lo que cuenta son los «lazos más estrechos» entre el contrato y un país, lo que a su vez tiene dos consecuencias: por una parte, que el artículo 4 no puede dar lugar a la aplicación de una ley no estatal y, por otra parte, que los elementos que no tienen ninguna incidencia en los lazos entre el contrato y un país determinado (como la solución de derecho material que se encuentre en ese país) no pueden ser pertinentes para determinar la ley aplicable en virtud del artículo 4(1).

Sin embargo, estas consecuencias no ayudan a definir el concepto en cuestión, que es tan impreciso que solo tiene un escaso significado en la práctica; por lo tanto, al concepto en cuestión «hay que dar[le] mayor precisión» (R. PLENDER / M. WILDERSPIN. *The European Contracts Convention. The Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations*. 2.^a ed., 2001, p. 114). En este sentido, el concepto no es más que una «fórmula difusa», «desprovista de todo significado innato y objetivamente comprobable».

Para dar mayor precisión al concepto de «lazos más estrechos», los redactores de la Convención de Roma han introducido las presunciones establecidas en los párrafos (2), (3) y (4), a los que siempre hay que recurrir —salvo en los casos que entran en el ámbito de aplicación primario del principio de la conexión más estrecha— para determinar los «lazos más estrechos» o la «conexión más estrecha». Sin embargo, estas presunciones no siempre conducen a la ley del país que realmente pre-

senta de hecho la conexión más estrecha con el contrato. Esto se debe, «por una parte, a la gran cantidad de tipos de contrato que existen [...] y, por otra parte, a los contextos muy diversos en los que se insertan» (D. MARTINY, en: *Internationales Vertragsrecht*, 6.ª ed., 2004, párr. 157). Con el fin de garantizar siempre la aplicación de la ley del país más estrechamente relacionado con el contrato, tal y como exige el artículo 4(1), los redactores de la Convención de Roma introdujeron una norma en virtud de la cual «[l]as presunciones de los apartados 2, 3 y 4 deberán descartarse cuando resulte del conjunto de circunstancias que el contrato presenta lazos más estrechos con otro país» (artículo 4(5) de la Convención de Roma). En opinión del autor, el hecho de que esto signifique «dejar al juez un margen de discreción en cuanto a la existencia de un conjunto de circunstancias en cada caso concreto que justifiquen la no aplicación de las presunciones de los párrafos 2, 3 y 4» (Informe Giuliano-Lagarde, O. J. de 31/10/1980, n.º C 282/22) es coherente con el objetivo de esta norma. La incertidumbre que se deriva de ella debe ser aceptada por la escasa aplicación de la misma.

Según varios estudiosos, el artículo 4(5) de la Convención de Roma constituye una excepción a las presunciones establecidas en el artículo 4(2) a (4). En opinión del autor, esta opinión solo puede ser respaldada en la medida en que refleja una evaluación estadística de los casos en que la ley se determina sobre la base de esta norma. Sin embargo, no se deduce que la regla contenida en la norma deba clasificarse de manera diferente a las presunciones del artículo 4(2) a (4) en la jerarquía de las normas de conflicto de leyes del artículo 4. Dado que tanto estas presunciones como el párrafo (5) persiguen el mismo objetivo —la aplicación de la ley del país que realmente presenta los lazos más estrechos con el contrato— y dado que no puede haber un lazo más estrecho que el lazo más estrecho, las presunciones del artículo 4, párrafos (2) a (4), y la regla contenida en el párrafo (5) tienen el mismo rango en la jerarquía de las normas de conflicto de leyes previstas en el artículo 4 de la Convención de Roma. Por consiguiente, la ley identificada como ley aplicable en virtud de una de las presunciones mencionadas no se aplica nece-

sariamente. Por el contrario, el juez debe decidir también —*ex officio*— si el contrato tiene, en el momento de su celebración y a la vista del conjunto de las circunstancias, lazos más estrechos con otro país. Solo cuando no exista esa conexión más estrecha se aplicará la ley identificada en virtud de una de las presunciones. En otras palabras, la ausencia de una conexión más estrecha con un país distinto del identificado en virtud de una de las presunciones del artículo 4, párrafos (2) a (4), constituye un requisito de aplicabilidad negativa de la ley de ese (último) país. Así, pues, cuando el contrato (o, según la segunda frase del artículo 4(1) de la Convención de Roma, una parte separable del mismo) tenga una conexión más estrecha con un país diferente, se aplicará la ley de ese país (véase el asunto 64/12 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas - Anton Schlecker [2013], párr. 54). En lo que respecta a los contratos de compraventa en particular, esto significa que los tribunales tienen que determinar, en primer lugar, qué ley se aplicaría en virtud del artículo 4(2) —si la compraventa es de mercaderías o derechos— o del artículo 4(3) —si la compraventa se refiere a un bien inmueble— y, a continuación, verificar si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta lazos más estrechos con un país distinto de aquel cuya ley sería aplicable en virtud de la presunción pertinente.

En lo que respecta a los contratos de compraventa de mercaderías o derechos, lo que se acaba de decir exige que los tribunales determinen primero (sobre la base del párrafo [2] del artículo 4) qué parte debe efectuar la prestación característica. En los contratos de compraventa del tipo que nos ocupa, es el vendedor quien tiene que efectuar el cumplimiento característico, que consiste en la transferencia de la propiedad y, en el caso de la compraventa de mercancías, la entrega de las mismas, ya que el comprador no tiene que cumplir básicamente más que una obligación monetaria, que por lo general no es característica de un determinado tipo de contrato. Sin embargo, los tribunales no pueden detenerse ahí. Tendrán que determinar si del conjunto de las circunstancias se desprende que el contrato está más estrechamente relacionado con un país distinto del país del vendedor. En caso afirmativo, se aplicará la ley de

ese otro país. Según algunos estudiosos, así ocurre con los contratos de compraventa de buques. En este tipo de casos, debería aplicarse la ley del país del pabellón o del puerto de matrícula del buque, ya que este país parece estar más estrechamente vinculado al contrato que el del vendedor (P. MANKOWSKI, *Seerechtliche Vertragsverhältnisse im Internationalen Privatrecht*, 1995, p. 434 y ss.).

Cuando la compraventa se refiere a un bien inmueble, la presunción a la que se debe recurrir es la prevista en el párrafo (3) del artículo 4 de la Convención de Roma, según el cual «se presumirá que el contrato presenta los lazos más estrechos con el país en que estuviera situado el inmueble». Sin embargo, la *lex rei sitae* no se aplica necesariamente. Más bien, los tribunales deben determinar si, a la luz de todas las circunstancias, parece que el contrato está más estrechamente relacionado con un país diferente. En tal caso, se aplica la ley de ese otro país. A título de ejemplo, puede bastar con hacer referencia a un contrato de compraventa de un bien inmueble situado en Inglaterra que se celebra en Alemania en presencia de un notario alemán entre dos ciudadanos alemanes que tienen su residencia habitual en Alemania. Aunque el bien inmueble esté situado en Inglaterra, el país que parece estar más vinculado al contrato es Alemania, por lo que debe aplicarse el Derecho alemán.

3. *Los contratos de compraventa y el Reglamento Roma I*

Al igual que la Convención de Roma, el Reglamento Roma I establece normas de Derecho internacional privado (uniforme) aplicables a los contratos de compraventa de mercaderías, inmuebles y derechos. Y como su predecesor, permite a las partes elegir la ley aplicable a su contrato, independientemente del objeto de la compraventa. Por lo tanto, también en virtud del Reglamento Roma I, las partes son libres de someter su contrato de compraventa a una o más leyes (estatales), expresa o implícitamente, incluso después de la celebración del contrato. Así, pues, en el caso de un acuerdo de elección de ley, las soluciones alcan-

zadas en virtud del Reglamento Roma I reflejan básicamente las alcanzadas en virtud de la Convención de Roma.

Sin embargo, cuando las partes no han elegido (o no han elegido válidamente) la ley aplicable, el enfoque adoptado por el Reglamento Roma I difiere del de su predecesor, esbozado en el apartado anterior.

El artículo 4(1) del Reglamento Roma I prevé ocho normas especiales para otros tantos tipos de contratos, incluidas las normas relativas a los contratos de compraventa. Estas normas especiales, no muy distintas de las presunciones contenidas en el artículo 4 de la Convención de Roma, no son rígidas. Ello se deriva del artículo 4(3) del Reglamento Roma I, que contiene una norma similar a la del artículo 4(5) de la Convención de Roma. En efecto, de conformidad con el artículo 4(3) del Reglamento de Roma I, «[s]i del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país». De este texto se desprende claramente que las ocho normas especiales establecidas en el artículo 4(1) del Reglamento Roma I son tan flexibles como las presunciones del artículo 4 de la Convención de Roma. El legislador europeo se ha limitado solo a exigir elementos más estrictos para que los tribunales apliquen la ley de un país distinto del indicado en una de las normas especiales (o la norma prevista en el artículo 4[2] del Reglamento Roma I). En consecuencia, parece que la regla contenida en el artículo 4(3) del Reglamento Roma I es mucho más restrictiva que la del artículo 4(5) de la Convención de Roma y, por lo tanto, crea menos incertidumbre y debería ser capaz de apaciguar incluso a los más fervientes críticos del artículo 4(5) de la Convención de Roma. Sin embargo, en opinión del autor, la situación no ha cambiado mucho, ya que la regla del artículo 4(5) de la Convención de Roma se ha aplicado *de facto* casi exclusivamente en circunstancias que también conllevarán la aplicación de la regla contenida en el artículo 4(3) del Reglamento Roma I. Sin embargo, la redacción es diferente y esto no puede ignorarse, si bien desde un punto de vista sistémico, no ha cambiado mucho: también

en virtud del artículo 4 del Reglamento Roma I, los tribunales tienen que examinar —*ex officio*— si las circunstancias del caso conectan el contrato con la legislación de un país distinto del que se identificó en primer lugar mediante el recurso a una de las normas especiales. En lo que respecta a los contratos de compraventa, las normas especiales pertinentes figuran en los artículos 4(1)(a), 4(1)(c) y 4(1)(g), que regulan respectivamente los contratos de compraventa de mercaderías, de bienes inmuebles y de bienes mediante subasta. En lo que respecta a las compraventas de derechos, estas entran en el ámbito de aplicación del artículo 4(2) del Reglamento Roma I.

De conformidad con el artículo 4(1)(a) del Reglamento Roma I, los contratos de compraventa de mercaderías se regirán por la ley del país en que el vendedor tenga su residencia habitual (que se determinará de conformidad con el artículo 19 del Reglamento Roma I). Esto corresponde al resultado alcanzado en aplicación del artículo 4(2) de la Convención de Roma. Pero aunque el artículo 4(1)(a) del Reglamento Roma I y su contraparte en la Convención de Roma conducen al mismo resultado, las disposiciones difieren entre sí en la medida en que el artículo 4(1)(a) del Reglamento Roma I establece una regla clara que identifica expresamente la ley del país del vendedor como la ley aplicable a los contratos de compraventa de mercaderías. La introducción de esta norma, destinada a mejorar la seguridad jurídica, tiene, sin embargo, un precio: Requiere una determinación exacta de su ámbito de aplicación sustantivo y, por tanto, del concepto de «contrato de compraventa de mercaderías», lo cual es innecesario cuando se aplica la regla de la prestación característica en virtud del artículo 4(2) de la Convención de Roma. La nueva regla requiere una interpretación autónoma del concepto mencionado; no está permitido recurrir a definiciones nacionales. Al definir el contrato de «compraventa de mercaderías» hay que tener en cuenta el considerando 17, según el cual este concepto debe «interpretarse del mismo modo que al aplicar el artículo 5 del Reglamento (CE) n.º 44/2001, en cuanto la venta de mercaderías [... está] cubiert[a] por dicho Reglamento». En opinión de este autor, ello permite recurrir a la definición

elaborada en relación con la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (CVIM), ya que esa definición es utilizada tanto por los estudiosos como por los tribunales para interpretar los Reglamentos de Bruselas I. Según esta definición, un contrato de compraventa es un contrato «en virtud del cual una parte —el vendedor— está obligada a entregar las mercancías y a transferir la propiedad de las mismas, y la otra parte —el comprador— está obligada a pagar el precio y a aceptar las mercancías».

En cuanto al concepto de «mercaderías», abarca todos los bienes que, en el momento de la entrega, son muebles y tangibles, incluso los que no suelen ser objeto de contratos de compraventa. Cabe señalar que el ámbito de aplicación del artículo 4(1)(a) del Reglamento Roma I abarca no solo la compraventa de bienes ya fabricados, sino también la de los bienes que han de fabricarse o producirse, siempre que el comprador no aporte por sí mismo una «parte sustancial» del material necesario para la fabricación o producción de los bienes. Esto puede derivarse del artículo 3(1) de la CVIM, al que también debe recurrirse cuando se define de manera autónoma lo que constituye un contrato de compraventa de «mercaderías» en virtud del Reglamento Roma I (véase el asunto del TJCE 381/08 - Car Trim GmbH, Rec. 2010 I-1255, párrs. 36 y 40). También los contratos que requieren el suministro de mano de obra u otros servicios están sujetos a la regla establecida en el artículo 4(1)(a), siempre que la obligación de suministrar mano de obra u otros servicios no constituya la parte preponderante de las obligaciones de la parte que suministre las mercaderías (artículo 3[2] de la CVIM). Si así fuera, habría que recurrir al artículo 4(1)(b) del Reglamento Roma I en lugar del artículo 4(1)(a).

La compraventa de derechos (incluidos los derechos de propiedad intelectual) y de bienes inmuebles no constituyen una compraventa de mercaderías; por lo tanto, para determinar la ley aplicable, se debe recurrir a normas distintas de las establecidas en el artículo 4(1)(a).

En ausencia de una elección (válida) de la ley aplicable, el legislador europeo, al igual que los redactores de la Convención de Roma, ha decidido someter los contratos de compraventa de bienes inmuebles (así como algunos otros tipos de contratos relativos a los bienes inmuebles) por diversas razones (como la inamovilidad del inmueble, los intereses públicos y la potencial aplicabilidad de normas imperativas) a la ley del país donde esté sito el bien inmueble (artículo 4[1][c] del Reglamento Roma I). Por consiguiente, la *lex rei sitae* se aplica a los contratos de compraventa de bienes inmuebles, siempre que, por supuesto, no se desprenda claramente de las circunstancias del caso que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto de aquel en el que esté sito el bien inmueble (artículo 4[3] del Reglamento Roma I).

El Reglamento Roma I también prevé una norma específica relativa a determinadas compraventas de bienes en subasta. En virtud de esa norma, este tipo de contrato se regirá por la ley del país donde tenga lugar la subasta (artículo 4[1][g]). Así, pues, el Reglamento Roma I alcanza el mismo resultado que la Convención de Roma. Sin embargo, mientras que en el Reglamento Roma I este resultado se basa en la norma específica, en la Convención de Roma el resultado mencionado se basa en la aplicación de la regla contenida en el artículo 4(5) de la Convención de Roma y, por lo tanto, equivale a una desviación del resultado presunto alcanzado mediante el artículo 4(2) de la Convención de Roma, que exige la aplicación de la ley del vendedor. No obstante, también al determinar la ley aplicable de conformidad con el artículo 4(1)(g) del Reglamento de Roma I, hay que tener en cuenta, a la luz de lo dispuesto en el artículo 4(3), la posibilidad de que el contrato pueda presentar «vínculos manifiestamente más estrechos con otro país» distinto del indicado en el artículo 4(1)(g).

Con respecto al artículo 4(1)(g) del Reglamento Roma I, cabe señalar que en él no se define «subasta». Esto no significa que se pueda recurrir a las interpretaciones nacionales de ese concepto. Más bien, esa expre-

sión, no muy distinta de muchas otras contenidas en el Reglamento Roma I, tiene que ser interpretada de manera autónoma. Por lo tanto, a efectos del Reglamento Roma I, una compraventa por subasta puede definirse como una compraventa realizada por licitación al mejor postor, es decir, una compraventa que ofrece una oportunidad de superar la oferta de otros participantes. Sin embargo, el artículo 4(1)(g) del Reglamento Roma I no se aplica a las subastas judiciales, ya que éstas quedan excluidas del ámbito de aplicación del Reglamento Roma I.

El artículo 4(1)(g) del Reglamento Roma I, que prevalece sobre el artículo 4(1)(a) del Reglamento Roma I debido a que el primero constituye *lex specialis*, solo se aplica cuando la compraventa en subasta se refiere a bienes muebles del tipo definido anteriormente. Además, la aplicación del artículo 4(1)(g) del Reglamento Roma I exige que se pueda determinar el lugar de la subasta. De no ser así, como puede ocurrir a veces —aunque no siempre necesariamente— en el caso de las subastas por internet, la ley aplicable debe determinarse en virtud del artículo 4(1)(a) del Reglamento Roma I y no del artículo 4(2) del Reglamento Roma I. A los efectos de determinar la ley aplicable a las compraventas de bienes en subasta, solo se puede recurrir al artículo 4(2) del Reglamento Roma I cuando se cumplen los requisitos de aplicabilidad del artículo 4(1)(g), pero no se puede aplicar la ley del país en el que tiene lugar la subasta debido, por ejemplo, a una elección negativa de dicha ley.

Las normas especiales del Reglamento Roma I a las que se ha hecho referencia hasta ahora no se aplican a los contratos de compraventa de derechos. Para determinar la ley aplicable a estas compraventas se debe recurrir al artículo 4(2) del Reglamento Roma I, según el cual «el contrato se regirá por la ley del país donde tenga su residencia habitual la parte que deba realizar la prestación característica del contrato». Esta disposición conduce a los mismos resultados que el artículo 4(2) del Convenión de Roma. Así, en lo que respecta a los contratos recíprocos, cuando la contraprestación de una de las partes adopta la forma de dinero, también en virtud del Reglamento de Roma I, la prestación monetaria no

constituye (en general) la que caracteriza al contrato. Es la prestación por la que se debe el pago la que constituye la característica, aunque, en casos excepcionales, la prestación monetaria puede ser característica. Así ocurre, por ejemplo, en los contratos de préstamo, en los que el préstamo es característico. Por lo tanto, se aplicará la ley de la parte que concede el préstamo (y, por lo tanto, en general la ley del banco) en virtud del artículo 4(2) del Reglamento Roma I. Sin embargo, en lo que respecta a la compraventa de derechos, la obligación de pago no constituye la característica, razón por la cual se aplica la ley del vendedor a las compraventas en cuestión, siempre que el artículo 4(3) del Reglamento Roma I no dé lugar a una ley diferente.

Autor: Franco Ferrari
(*New York University School of Law*)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BRIDGE, Michael. *The International Sale of Goods*. Oxford: Oxford University Press, 3.^a ed., 2013; FAWCETT, James. *International Sale of Goods in the Conflict of Laws*. Oxford: Oxford University Press, 2005; FERRARI, Franco. «PIL and CISG: Friends or Foes?». *Internationales Handelsrecht*, 2012, p. 89 y ss.; JACQUET, Jean-Michel. «Le droit de la vente internationale de marchandises: le mélange des sources». *Mélanges en honneur de Philippe Kahn* (editado por Charles LEBEN *et al.*), Credimi, 2000, p. 75 y ss.; NADELMAN, Kurt. «Choice of law resolved by rules or presumptions with an escape clause». *American Journal of Private International Law*, 1985, p. 297 y ss.; PELICHET, Michel. «La vente internationale de marchandises et le conflit de lois». *Recueil des Cours*, 1987, p. 9 y ss.

COMUNICACIONES JUDICIALES DIRECTAS

Contactos establecidos entre autoridades judiciales de distintos países sin requerir la intermediación de estamentos administrativos o diplomáticos de sus respectivos Estados o la utilización de exhorto internacional,

con el objeto de efectivizar la colaboración tendiente al desarrollo de uno o más procesos tramitados ante sus tribunales.

1. Las comunicaciones judiciales directas en el Derecho internacional privado

En el terreno de la cooperación procesal internacional desde la perspectiva civil y comercial, los acostumbrados e inmemorialmente utilizados exhortos y cartas (o comisiones) rogatorias no ceden su rol central como vehículo de comunicación. Sin embargo, en los últimos años se ha vivido el nacimiento y paulatina consolidación de herramientas y mecanismos que, fomentados por los beneficios derivados del empleo de la tecnología en el litigio transnacional para la asistencia que en muchos casos requiere, persiguen generar una conexión más directa entre autoridades para efectivizar la colaboración.

En este contexto, los operadores han tenido la ocasión de constatar los beneficios de las comunicaciones judiciales directas (CJD), en orden a la aceleración de los tiempos implicados y la desburocratización de algunas gestiones.

Efectivamente, el objetivo palpable de mecanismos como las CJD es el acortamiento de los plazos que insume la diligencia y la adopción de resoluciones más informadas acerca de los condicionamientos y efectos vinculados al sistema jurídico foráneo relacionado con el caso. Existe, además, un efecto poco tangible, pero invaluable derivado de estas prácticas: aumentar y robustecer recíprocamente la confianza entre los sistemas judiciales como premisa básica de la cooperación jurisdiccional internacional (HARRINGTON, 2018).

Pese a estas ventajas, en algunos casos las CJD son subutilizadas, sin que se aprovechen plenamente, aun en ausencia de obstáculos legales que impidan su uso (GOICOECHEA, 2016).

La potencialidad de las CJD para tornar más eficiente la cooperación ha motorizado esfuerzos generalizados para propiciar su difusión, aprovechamiento e implementación, con la consecuente optimización de los recursos disponibles en el proceso.

Un análisis sectorial demuestra que su desarrollo y utilización efectiva han tenido un afianzamiento más marcado en materia de protección de niños e insolvencia transfronteriza. No obstante, no luce aventurado imaginar un alcance amplio en cuanto concierne la tramitación de casos de Derecho internacional privado sobre materias diferentes.

Es una obviedad hacer notar que suponen como presupuesto el avance del uso de la tecnología en la gestión jurisdiccional, lo que genera que en algunas situaciones se precise asegurar los recursos técnicos que aseguren la confiabilidad y seguridad en la comunicación y tener en cuenta el vertiginoso ritmo de lo tecnológico hacia el futuro. Sobre todo, a partir del impulso que las actuaciones judiciales remotas han recibido durante el año 2020 con motivo de las diversas medidas adoptadas (aislamientos, distanciamientos, cuarentenas, recesos) ante la crisis sanitaria global.

Las CJD enraízan en la idea de participación activa y conjunta de autoridades judiciales de diversos Estados de manera coordinada y simultánea. Ciertamente, la experiencia demuestra que su desarrollo ha ido de la mano de la conformación de redes. Por ejemplo, la Red Internacional de Jueces de La Haya (RIJH) es un claro ejemplo de esta vinculación, en la que las CJD han facilitado la adopción de resoluciones jurisdiccionales con la premura que las situaciones derivadas de sustracción internacional de niños exigen.

Pueden jugar un papel instrumental nada desdeñable en el marco del fortalecimiento de medios alternativos de solución de disputas al posibilitar un mayor acercamiento entre partes situadas en estados distintos y enfrentadas por litigios múltiples, así como abonar la efectividad de los acuerdos que se alcancen.

Podríamos —incluso— reflexionar un poco más allá y reconocer la eventual relevancia en instancias de coordinación de ordenamientos, al permitir que el juez encargado de dictar una resolución conozca acabadamente el sistema jurídico extranjero que debe tener en consideración y logre calibrar con más detalle la solución al caso.

Por último, un dato no menor. La ventaja de su fortalecimiento no se agota en la premura, pues implica una instancia de aproximación y de mayor conocimiento de la «cultura jurisdiccional» ajena, facilitando un aumento en la confianza recíproca. Sobre todo, si se trata de procesos con un alto grado de sensibilidad como característica esencial (tal el caso de los que involucran niños) y que —en más de una oportunidad— no se agotan en una sola decisión, e implican una cadena de resoluciones sobre distintos temas por involucrar situaciones o conflictos complejos que se extienden en el tiempo.

En general, las CJD son valiosas aliadas en la búsqueda de un equilibrio entre las certezas requeridas para asegurar previsibilidad, la necesidad vital de celeridad en el proceso y el imprescindible aseguramiento del respeto del derecho de defensa.

2. *Las CJD en el Derecho internacional privado de fuente autónoma: el Derecho argentino*

La entrada en vigor el 1 de agosto de 2015 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), que había sido sancionado a través de la ley 26.994 en 2014, constituyó un hito normativo en el sistema jurídico argentino. En muchos aspectos, este relevante hecho de la vida institucional implicó el reconocimiento de figuras y mecanismos ya utilizados jurisprudencialmente o puestos en práctica más allá de su recepción legal. Tal es lo sucedido con las CJD, ahora explícitamente receptadas a través de la disposición del artículo 2612.

Antes de ingresar a la descripción de los contornos más salientes de su regulación, es preciso acotar que aun con anterioridad a la sanción del CCCN, el fenómeno no resultaba ajeno al sistema jurídico argentino, a tenor de su frecuente utilización en casos que involucran niños, el campo jurídico en el que mayor avance en la práctica experimentó. Incluso previo a su recepción en el cuerpo legal, la doctrina advertía acerca de sus beneficios y la factibilidad de su empleo, en especial, a la luz del desarrollo que se venía observando en el marco del seguimiento del funcionamiento del Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (en adelante, Convenio de 1980).

Ahora bien, al igual que en muchos países —sobre todo aquellos ajenos al *common law*— la problemática relacionada con la existencia y necesidad (o no) de bases legales para las CJD ha conformado uno de los aspectos medulares en cualquier análisis, más allá de su creciente consolidación. Es más, podría afirmarse que nos encontramos ante uno de los mayores retos que afrontan las CJD para llegar a ser realmente operativas. Se trata de un aspecto que en ocasiones aparece como necesario para su establecimiento y desarrollo en la línea de posibilitar su utilización. Sucede que el tipo de bases, legales y no legales, formales e informales, su carácter vinculante o facultativo, el puntual contenido de las habilitaciones, legales o no, son asuntos que siempre surgen con inquietud al momento de la efectiva puesta práctica de esta novedosa herramienta de la cooperación judicial transfronteriza (Forcada Miranda 2017).

De allí, la trascendencia de su inclusión expresa en el CCCN.

3. *El contexto cooperante de la incorporación de las CJD*

En Argentina, cualquier abordaje de la regulación de las CJD en materia civil y comercial, deberá partir de la combinación de los artículos 2611 y 2612 del novel ordenamiento, donde se brinda una pauta esencial al juez argentino al partir de la consideración de la cooperación jurisdiccional

internacional como un deber, en respuesta al contexto actual del mundo (DREYZIN, 2015), pero dejando en claro la prevalencia de las obligaciones asumidas convencionalmente y con el límite de no vulnerar principios de orden público argentino.

En realidad, es la Constitución argentina, la que, a partir de su formulación de 1994, dispone en su artículo 75, inciso 22 la superioridad jerárquica de tratados y concordatos con relación a las leyes dictadas por el Congreso. En la misma línea, el título IV del CCCN, que contiene las disposiciones de Derecho internacional privado, reitera la regla al establecer que las normas jurídicas aplicables a situaciones vinculadas con varios ordenamientos jurídicos nacionales deben surgir de los tratados y las convenciones internacionales vigentes y que solo en defecto de normas de fuente internacional, habrá de acudir a la fuente interna (artículo 2594 CCCN).

A su vez y además de reafirmar la jerarquía de tratados sobre leyes de modo general, el CCCN la incorporó de modo específico al regular ciertas figuras; entre ellas, la cooperación y asistencia judicial internacional en los artículos ya identificados.

El artículo 2611 dispone que: «Sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales, los jueces argentinos deben brindar amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial y laboral».

Este deber amplio de cooperación se ve complementado por la autorización expresa a concertar CJD prevista en el artículo 2612, como excepción a la regla general de utilización del exhorto y bajo ciertas condiciones:

Sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales, las comunicaciones dirigidas a autoridades extranjeras deben hacerse mediante exhorto. Cuando la situación lo requiera, los jueces argentinos están facultados para establecer comunicaciones directas con

jueces extranjeros que acepten la práctica, en tanto se respeten las garantías del debido proceso.

Se debe dar cumplimiento a las medidas de mero trámite y probatorias solicitadas por autoridades jurisdiccionales extranjeras siempre que la resolución que las ordena no afecte principios de orden público del Derecho argentino. Los exhortos deben tramitarse de oficio y sin demora, de acuerdo a las leyes argentinas, sin perjuicio de disponer lo pertinente con relación a los gastos que demanda la asistencia requerida.

Es pertinente acotar que el expreso permiso para la utilización de CJD no formaba parte originalmente del Anteproyecto elevado por el Poder Ejecutivo para su revisión, pero fue incorporado al proyecto de código durante la instancia legislativa.

4. El perfil de las CJD según el CCCN

Tal como se desprende de su transcripción, el CCCN establece tres condiciones básicas para el ejercicio de la facultad de comunicarse los jueces sin intermediación; en términos de la regulación: a) que la situación lo requiera; b) que el juez extranjero acepte la práctica; y c) que se respeten las garantías inherentes al debido proceso.

4.a. CJD y las situaciones aptas para justificarlas

Entendemos que, resguardado el acatamiento de las condiciones enumeradas y siendo que esta pareja de prescripciones se inserta en el capítulo destinado a las reglas de Jurisdicción internacional (capítulo 2), no se limitó —desde la sistemática del CCCN— la posibilidad de acudir a CJD a un instituto jurídico en particular y debe articularse con el principio general de cooperación del artículo precedente que se refiere a «materia civil, comercial y laboral».

Por lo tanto, sin perjuicio de que en ciertos ámbitos la evidencia de su necesidad sea más notoria (p. ej.: situaciones que involucren niños o que

tengan carácter urgentísimo), el juez podrá discernir si, a partir de las particularidades del caso, el resorte de las CJD se presenta como alternativa válida para el proceso y activar su celebración.

Es decir, «la situación» a la que hace alusión el CCCN (artículo 2612) puede exteriorizar la naturaleza de los derechos debatidos, la premura implicada en la comunicación o bien, un escenario procesal ante la presencia de litigios vinculados en el país y el extranjero en el que la figura se vislumbre como favorecedora de la marcha de ambos procesos.

No olvidemos que los sectores que testimonian una mayor consolidación del uso de la herramienta se vinculan con los conflictos transnacionales que involucran niños, pero también con la regulación de la insolvencia transfronteriza, desde que en todos los ámbitos de la cooperación jurídica transfronteriza, pueden implementarse las CJD (SCOTTI, 2020). Los dispares caracteres de ambos sectores y su realidad nos invitan a reflexionar en orden a márgenes de utilidad de la figura aun no explorados en campos jurídicos todavía altamente dependientes de las vías clásicas de cooperación y sus consiguientes engorros en términos del tiempo, agilidad y eficiencia para cumplimentar la asistencia procesal internacional. Pensemos, por ejemplo, en conflictos judiciales que afecten a partes con otros rasgos de vulnerabilidad (más allá de la niñez) o litigios en los que las propias partes puedan acordar el empleo de las CJD.

Es dable acotar que además de las ventajas y utilidades ya descritas, la experiencia recogida entre los 2015 y 2020 da cuenta de un creciente uso de las CJD para subsanar obstáculos en el desenvolvimiento de solicitudes de asistencia o cooperación canalizadas por los cauces «tradicionales» (STOCCO, 2020). Dicho de otro modo, las CJD no solo pueden officiar de vía principal para motorizar la colaboración. También serán propicias para destrabar medidas y trámites peticionados entre autoridades de estados diferentes mediante la clásica herramienta del exhorto, prerrogativa para nada minúscula si se piensa en los extensos tiempos aso-

ciados a la tramitación de las cartas rogatorias y su incidencia hacia el desarrollo de los procesos en los que se enmarcan.

4.b. CJD y las autoridades implicadas

Si bien la redacción del CCCN se refiere a la persona de los jueces foráneos que acepten la práctica, apoyamos la atinada observación que propicia una lectura según la cual es el sistema jurídico extranjero el que así lo debe autorizar (IUD y RUBAJA, 2015).

Más allá de esta disquisición, lo que de ella se deriva, y aunque pueda lucir innecesaria la acotación, es que la utilización de CJD solo será factible en caso de que resulte individualizable un magistrado (o autoridad) pertinente para movilizar el mecanismo para concretarla. Es decir, no podremos pensar en acudir a CJD cuando sea necesario que un integrante del sistema judicial extranjero brinde asistencia, de modo genérico, para —por ejemplo— efectuar una notificación, diligenciar alguna medida de prueba o cumplimentar una cautelar, sin que se relacione con otro proceso radicado en el Estado requerido.

Ahora bien, como ya se advirtió en el párrafo precedente, sí puede suceder que la CJD resulte vital para destrabar el diligenciamiento de un exhorto que vehiculice alguna de estas actuaciones y encuentre algún obstáculo para alcanzar su finalidad de modo eficiente y celeré.

Es de hacer notar, asimismo, que los jueces argentinos tienen permitido iniciar CJD y responder las mismas al ser requeridos mediante esta herramienta por jueces extranjeros, si los recaudos previstos se verifican (PAREDES, 2016).

Ciertamente, es en el ámbito de la sustracción de niños donde su consolidación práctica es más evidente, de lo cual dan cuenta la jurisprudencia nacional, la copiosa actividad en este sentido por la juez de enlace de la Red Internacional de Jueces de La Haya y el desarrollo de valiosas he-

rramientas de *soft law* (p. ej.: Protocolo de Actuación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación) o reglamentaciones de carácter provincial que así lo ponen de manifiesto —algunas, con oficinas judiciales especializadas—.

Estas circunstancias se suman a los operadores que continuamente bregan por su mayor implementación (MASTRANGELO, 2019) en casos de restitución y a lo prescripto por el artículo 2642 CCCN, que extiende a los supuestos con países no vinculados convencionalmente con Argentina los principios que inspiran los tratados internacionales sobre el tema:

En materia de desplazamientos, retenciones o sustracción de menores de edad que den lugar a pedidos de localización y restitución internacional, rigen las convenciones vigentes y, fuera de su ámbito de aplicación, los jueces argentinos deben procurar adaptar al caso los principios contenidos en tales convenios, asegurando el interés superior del niño. El juez competente que decide la restitución de una persona menor de edad debe supervisar el regreso seguro del niño, niña o adolescente, fomentando las soluciones que conduzcan al cumplimiento voluntario de la decisión.

4.c. *CJD y el debido proceso*

La variedad de situaciones que pueden dar lugar al resorte de las CJD —en general destinadas a recabar información dirigida a informar la decisión del juez o coordinar actividades procesales— hace que la evaluación de acatamiento del debido proceso dependa de la función que la comunicación ostenta dentro de cada litigio.

Sin embargo, es vital asegurar la eficacia de la CJD, evitando todo riesgo a la integridad del proceso que tramita ante ambos jueces que participan, pues está claro el perjuicio que implicaría que un juez se embarcase en una CJD de buena fe con el fin de facilitar la pronta resolución de la disputa para luego descubrir que dicha comunicación genera un obs-

táculo u objeción a que el proceso continúe ventilándose ante él (Geoghegan 2009).

Ciertas pautas generales, como el respeto a la *lex fori* en cuanto rectora del proceso y la independencia judicial de cada magistrado con relación a las decisiones de fondo y de forma merecerán ser atendidas.

De índole más procedimental, las salvaguardias frecuentemente referenciadas por la práctica internacional en materia de protección de la niñez y de insolvencia podrían contribuir al respeto del debido proceso.

Entre otras, puede mencionarse la notificación de la naturaleza de la comunicación a las partes para posibilitar el contralor y la bilateralidad. También deberá tenerse en cuenta la transcripción por escrito o el registro de la comunicación para que esté a disposición de las partes.

*Autor: Carolina Harrington
(Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: DREYZIN, Adriana, «Artículo 2611», en LORENZETTI, Ricardo Luis. *Código Civil y Comercial comentado*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2015; FORCADA MIRANDA, Francisco Javier. *Las comunicaciones judiciales directas en la cooperación jurídica internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017; GEOGHEGAN, Finlay. «Principio integral y garantías de aceptación general», en *Boletín de los Jueces*, 2009, p. 41 y ss.; GOICOECHEA, Ignacio. «Nuevos desarrollos en la cooperación jurídica internacional en materia civil y comercial», en *Rev.secr.Trib. perm.revis.*, Asunción, 2016, pp. 127-151; HARRINGTON, Carolina. «Comunicaciones judiciales directas: un arma versátil para enfrentar los desafíos procesales del Derecho internacional privado de familia», en *La Ley Córdoba*, febrero/diciembre 2018, vol. 35, n.º 1-7, 2018; HARRINGTON, Carolina. «Los paradigmas de familia y la internacionalidad. Notas sobre diálogo judicial en el siglo XXI», en *La Ley Córdoba*, 2011, pp.713-721; IUD, Carolina y RUBAJA, Nieve. «Algunas herramientas para favo-

recer el acceso a justicia en el nuevo Código Civil y Comercial argentino» en *El acceso a la justicia en el Derecho internacional privado: Jornadas de la Asadip, de Cedep - Asadip*, Asunción: Mizrahi & Pujol, 2015, pp. 237-262; LORTIE, Phillipe. «Antecedentes de la Red Internacional de Jueces de La Haya», en *El Boletín de los Jueces*, 2009, pp. 22-29; MASTRANGELO, Fabio. «Las comunicaciones judiciales directas en los procesos de restitución internacional de menores. Una herramienta imprescindible para el futuro» en FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia y LORENZO IDIARTE, Gonzalo (dirs.). *Jornadas 130 Aniversario Tratados de Montevideo 1889. Legado y futuro de sus soluciones en el concierto internacional actual*. Montevideo, FCU, 2019, pp. 595-614; PAREDES, Sebastián. «Cooperación jurisdiccional internacional en el Código Civil y Comercial argentino» en DO AMARAL JUNIOR, Alberto y KLEIN VEIRA, Luciane. *El Derecho internacional privado y sus desafíos en la actualidad*, Bogotá, Ibañez, 2016, pp. 839-862; SAUVAGE, Nicolás. «Diez años del *Boletín de los Jueces*» en *Boletín de los Jueces*, 2009, pp. 5-6; SCOTTI, Luciana. «La implementación de las comunicaciones judiciales directas y la videoconferencia en asuntos transfronterizos», Thompson Reuters - La Ley, 2020, p. 30 y ss.; STOCCO, Roberto. «Cooperación judicial internacional», Conferencia 30/10/2020 Seminario «El Derecho internacional privado argentino a cinco años de vigencia del Código Civil y Comercial». Instituto Gioja - CIJS, 2020; THORPE, Mathew. «Judicial activism - *The IHNJ & The Judges' Newsletter*. A 20 year evolution» en *The Judges Newsletter*, 2019, pp. 6-11.

VOCABLOS CONEXOS: Cooperación jurídica internacional. Asistencia judicial internacional. Derecho internacional privado autónomo. Red Internacional de Jueces de La Haya.

CONCURSO INTERNACIONAL

1. *Generalidades*

Este término hace referencia a un procedimiento de insolvencia que presenta vínculos con diferentes Estados. En ocasiones, especialmente en contextos de crisis económica, los operadores pueden encontrarse en situación de crisis patrimonial y no ser capaces de hacer frente a la totalidad de los pagos que adeudan. Ello puede dar lugar a la apertura de procedimientos de insolvencia. Dichos procedimientos pueden ser tanto de saneamiento, como de liquidación. Lo que distingue a los primeros, es que su objetivo es la reestructuración de la empresa y pretenden evitar su disolución, así como el cese de su actividad. Algunos concursos, por tanto, pueden tender al rescate de empresas económicamente viables que atraviesan situaciones de dificultad.

Cuando se trate de operadores cuya estructura y/o actividad tenga vínculos con diferentes Estados, es decir, cuando esté presente una o varias conexiones con el extranjero, las situaciones de insolvencia se internacionalizan y surgen cuestiones relacionadas con el Derecho internacional privado. Principalmente cuatro: la competencia judicial internacional, la ley aplicable, el reconocimiento y ejecución de decisiones dictadas en concursos abiertos en el extranjero, y la coordinación entre diversos procedimientos de insolvencia que se desarrollen simultáneamente. Otros problemas más específicos son, por ejemplo, los relativos a la insolvencia de los grupos de sociedades, los efectos de la apertura de un procedimiento de insolvencia sobre derechos de terceros o la prelación de los créditos. Muchas de estas últimas cuestiones se refieren a aspectos que dependen de la regulación material prevista en la ley aplicable, aunque algunos de los problemas jurídicos que se plantean en los concursos internacionales pueden calificarse también como problemas de carácter procesal. En este último caso, su solución dependerá del Derecho procesal del juez que esté conociendo del asunto, esto es, de la *lex fori concursus*.

La regulación de los aspectos internacionales de la insolvencia se encuentra positivada en el ordenamiento jurídico español en diversas normas jurídicas. Ello es debido a que, en este sector, del mismo modo que en el Derecho internacional privado español, en general, existe una gran dispersión normativa. Es obvio que esta situación genera incertidumbre en la práctica e incrementa los costes asociados a la regulación y solución de estos procedimientos.

En el momento actual, la regulación de los problemas jurídicos que plantean las insolvencias transfronterizas en el Derecho internacional privado español se localiza, principalmente, en dos instrumentos normativos. En primer lugar, un instrumento compartido con el resto de los Estados miembros de la UE: el Reglamento sobre procedimientos de insolvencia. La primera versión de este Reglamento: el Reglamento CE 1346/2000 se publicó en el DOCE el 30 de junio de 2000 y entró en vigor el 31 de mayo de 2002. Este instrumento normativo supuso la transformación en Reglamento de un proyecto de Convenio de 1995: el Convenio de Bruselas sobre procedimientos de insolvencia. Dicho Convenio entre Estados miembros se elaboró sobre la base del antiguo artículo 220 del Tratado de la Comunidad Europea, dado que en aquel momento no existía la base jurídica de la que sí disponemos en el momento actual en el ámbito de la cooperación jurídica en materia civil en la UE, para adoptar reglamentos y directivas en esta materia.

El Convenio de 1995 nunca llegó a entrar en vigor, debido a la negativa del Reino Unido a firmarlo. Las razones de esta negativa no están claras, aunque algunos la relacionan con la crisis espongiiforme bovina o con el conflicto relativo de Gibraltar y otros con motivos de carácter sustantivo relacionados con la regulación de los concursos internacionales en la norma precitada. El curso de los acontecimientos parece indicar que tendrían razón los primeros, al no objetar Reino Unido su aplicación cuando adoptó la forma de Reglamento comunitario y ya ciertas tensiones políticas habían disminuido.

En la actualidad, está en vigor una versión reformada del Reglamento 1346/2000. Se trata del Reglamento 848/2015, publicado en el DOUE en junio de 2015. Este nuevo Reglamento mantiene básicamente la misma regulación que el anterior, aunque mejora y aclara la regulación de algunas cuestiones e introduce alguna disposición nueva, por ejemplo, incluyendo procedimientos relativos a situaciones de preconcursabilidad o procedimientos de carácter híbrido, también se incluyen nuevas normas sobre concursos de personas físicas y en relación con procedimientos relativos a grupos, sin alterar lo fundamental en cuanto a las normas de Derecho internacional privado en este sector. El citado Reglamento se empezó a aplicar a partir del 26 de junio de 2017 (artículo 92).

En relación con las entidades de crédito y las empresas de seguros, la UE elaboró normas específicas para regular los procedimientos de insolvencia que les afectan, dado que presentan riesgos específicos y por ello se someten a supervisión prudencial. En concreto, cabe destacar la Directiva 2001/24/CE, de 4 de abril de 2001, relativa al saneamiento y la liquidación de entidades de créditos y la Directiva 2001/17/CE, de 19 de marzo de 2001, relativa al saneamiento y a la liquidación de las compañías de seguros.

En cuanto a la liquidación de organismos de inversión colectiva, la UE no ha dictado normativa específica relativa a aspectos internacionales de los procedimientos de insolvencia. Sin embargo, la Organización Internacional de Comisiones de Valores (IOSCO) publicó, el 23 de noviembre de 2017, un documento de prácticas recomendadas para la liquidación de Instituciones de Inversión Colectiva (IIC) que afectan principalmente a cuestiones de derecho sustantivo.

Es importante analizar el ajuste entre el Reglamento 848/2015 de procedimientos de insolvencia y las normas que en materia concursal y paraconcursal va elaborando la UE. Así, por ejemplo, en julio de 2021, finalizará el plazo para que los Estados miembros transpongan a sus or-

denamientos jurídicos nacionales la Directiva sobre reestructuración preventiva e insolvencia (Directiva 1023/2019, de 20 de junio de 2019) que entró en vigor con anterioridad a la pandemia de la COVID-19 y que pretende favorecer que los deudores con dificultades financieras puedan continuar su actividad empresarial.

En España, el Libro Tercero de la Ley Concursal (artículo 721 y ss. Del Real Decreto Legislativo 1/2020) regula los aspectos relacionados con el Derecho Internacional Privado del concurso. Recientemente, se han elaborado modificaciones a esta Ley Concursal, como es el caso del Real Decreto-Ley 5/2021, de 12 de marzo, de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID-19, pero estas no suponen variaciones en cuanto a la regulación de los aspectos internacionales de los procedimientos de insolvencia.

Como valoración general del Derecho internacional privado autónomo español, puede afirmarse que resulta evidente que el título relativo a los problemas de Derecho internacional privado del concurso está inspirado en las disposiciones del Reglamento de la UE. Las pocas diferencias que existen, si comparamos con dicho Reglamento, responden, principalmente, a la idea de que el contexto en el que se aplicará la Ley Concursal no está influido por el principio de confianza mutua que caracteriza las relaciones jurídicas entre los Estados miembros de la UE.

A su vez, la UE, en los textos en los que ha regulado los problemas internacionales del concurso, se ha inspirado, entre otros, en los trabajos de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (conocida por las siglas CNUDMI o UNCITRAL, en la versión inglesa). Hasta la fecha, los principales textos que ha elaborado esta Comisión, con el fin, entre otros objetivos, de influir en las regulaciones nacionales en torno a estos problemas y en su correcta interpretación por los órganos jurisdiccionales, son de tres tipos: leyes modelo, guías legislativas y recomendaciones, y textos explicativos.

Las Leyes Modelo de la CNUDMI que debemos destacar, en este sector, son la Ley Modelo sobre la insolvencia transfronteriza (1997), la Ley Modelo sobre reconocimiento y ejecución de sentencias relacionadas con casos de insolvencia (2018) y la Ley Modelo sobre la insolvencia de los grupos de empresas (2019). Los textos explicativos sobre insolvencia transfronteriza resultan particularmente útiles para que los jueces puedan interpretar adecuadamente las leyes modelo. Según datos de la propia CNUDMI, el número de Estados que ha adoptado normativa en materia de insolvencia basada en los textos precitados asciende a alrededor de veinte, lo cual implica, a su vez, un incremento en las solicitudes de reconocimiento y ejecución de decisiones en esta materia.

2. La regulación de la Competencia en el Derecho Concursal Internacional: el concepto de centro de intereses del deudor (COMI)

Uno de los principales problemas jurídicos que pueden plantearse en el ámbito de los procedimientos de insolvencia transfronterizos es el relacionado con la competencia judicial. Partiendo de que el procedimiento concursal cuya apertura se solicite presentaría vínculos con diferentes Estados, será preciso determinar si los tribunales nacionales ante los que se solicita la declaración de apertura tienen atribuida competencia para entrar a conocer. Se trata de un problema procesal. Como es lógico, al igual que en otras situaciones privadas internacionales, no puede entrarse, sin más, en las cuestiones de fondo, como si de un concurso meramente local se tratase, sin comprobar que existe un vínculo razonable entre el concurso y el Estado en el que se solicita la apertura del procedimiento.

A este respecto, es importante destacar que, por regla general, se distinguen dos tipos de procedimientos concursales: los procedimientos territoriales y los que aspiran a la universalidad. Un procedimiento territorial de insolvencia solo incluiría, a la hora de conformar la masa activa del concurso, los bienes del deudor situados en el territorio del Estado de apertura. Un procedimiento con vocación de universalidad trataría de

incluir los bienes del deudor a nivel global. No obstante, su eficacia global, en la práctica, dependerá de que exista cooperación jurídica con los Estados en los que se localizan los bienes. En particular, a la hora de implementar las decisiones adoptadas en el Estado de apertura del procedimiento concursal. Los procedimientos locales incluyen los bienes situados en el Estado de apertura, pero permiten incluir, en la masa pasiva del concurso, las deudas de todos los acreedores del deudor concursado.

El criterio de atribución de competencia que utiliza el Reglamento de la UE sobre procedimientos de insolvencia es el «Centro de intereses del deudor» conocido por las siglas COMI, tomadas del inglés. Dicho procedimiento trataría de afectar a todos los bienes del deudor y permitiría la participación de todos los acreedores tratados de acuerdo con un principio de igualdad. Dicha igualdad, no implica necesariamente que todos los acreedores concursales estén llamados a cobrar la misma cantidad como consecuencia del procedimiento, sino que podrían llegar a hacerlo en función de la distribución que prevea la ley aplicable y en la que se efectuará una prelación de los créditos en la que no todos ellos serán considerados ordinarios.

Tanto el Reglamento de la UE sobre procedimientos de insolvencia, como la Ley Concursal española parten de esta noción. El propósito es que se pueda abrir un procedimiento principal de insolvencia en el Estado donde se sitúe el COMI. En el caso de las sociedades y otras personas jurídicas, se entiende comúnmente que dicho lugar es el de la administración central del deudor. Es decir, aunque se presuma que dicho lugar se encuentra donde esté localizado el domicilio social, lo relevante, a la postre, será desde dónde lleve a cabo el deudor, de manera habitual y reconocible por terceros, la administración de sus intereses. Se trata de determinar el sitio desde el que se adoptan las principales decisiones en relación con el deudor, que no siempre coincide con el de su domicilio social, en el sentido de domicilio estatutario. En cuanto a los particulares, lo más adecuado es distinguir aquéllos que se dedican a una actividad

mercantil o profesional del resto. En cuanto a los primeros, el Reglamento de la UE, por ejemplo, se decanta por presumir que el COMI se encuentra en el lugar del centro principal de actividad. Respecto de los segundos, la presunción sería en favor del lugar de su residencia habitual. Todas estas presunciones serían *iuris tantum*. Es decir, que admitirían prueba en contrario.

El objetivo de los legisladores que optan por favorecer la universalidad en los procedimientos de insolvencia suele ser que, de esta manera, se trataría de un modo más equitativo a los acreedores, de acuerdo con un principio de igualdad. No obstante, dicha igualdad partiría de respetar la posición adquirida previamente a la apertura del concurso. Es preciso recalcar que ello obedece a que el legislador parte de que las situaciones de insolvencia, como en tantas ocasiones han insistido los expertos y los propios tribunales de justicia, son situaciones de competencia destructiva. En este tipo de situaciones, de igual modo que sucede en otros supuestos, como el de la utilización de bienes comunes que se degradan por el uso o que pueden esquilmarse como consecuencia de su utilización masiva, el comportamiento egoísta de cada acreedor que pretende cobrar cuanto antes y la totalidad de su crédito, conduciría a una peor distribución del patrimonio del deudor insolvente. A la postre, si no se llega a una solución colectiva, la distribución de los bienes del deudor concursado probablemente se producirá de una manera subóptima o insatisfactoria para la mayoría de ellos. Así, por ejemplo, la Ley Concursal española se refiere a diferentes tipos de créditos concursales: los privilegiados, los ordinarios y los subordinados.

Aquellos sistemas que admiten procedimientos territoriales de insolvencia transfronterizos también han de prever un criterio de atribución de competencia razonable, para que la tutela judicial efectiva de todos los participantes en los procedimientos se vea salvaguardada. El Reglamento de la UE, por ejemplo, se basa en el concepto de establecimiento. Es posible abrir procedimientos de insolvencia que afecten únicamente a los bienes situados en el Estado de apertura, si en dicho Estados existe

un establecimiento del deudor. El propio concepto aparece definido en el Reglamento. Por establecimiento se ha de entender un centro de operaciones en el que se desarrolle o se haya desarrollado una actividad económica con una cierta estabilidad utilizando para ello recursos humanos y materiales. Es decir, debe tratarse de un lugar en el que se ejerza o se hay ejercido una actividad económica de forma no transitoria.

Estos procedimientos de carácter local pueden ser independientes de la apertura de un procedimiento principal. Si posteriormente se abriese un procedimiento principal de insolvencia deberán coordinarse con él. De igual manera, los procedimientos territoriales abiertos con posterioridad al abierto en el Estado en el que se encuentre el COMI, son procedimientos secundarios en relación con este y han de coordinarse con el mismo, para alcanzar una solución más eficiente.

Otros criterios de atribución de competencia para la apertura de procedimientos concursales, tales como la mera localización de bienes del deudor, no parecen adecuados, dado que podrían propiciar la multiplicación de procedimientos territoriales sobre un mismo deudor. Ello debería evitarse, sobre todo porque puede plantear problemas de engarce con el procedimiento que pretende tratar la situación de insolvencia del deudor con un alcance global.

3. *La ley aplicable a los procedimientos de insolvencia (lex fori concursus)*

La norma de conflicto general que suele emplearse para determinar la ley aplicable al concurso internacional es la que se basa en la aplicación de la ley del foro. A esta norma se le denomina técnicamente *lex fori concursus*. Su aplicación, se apoya, claramente, en el principio de territorialidad. El fundamento de esta norma se halla en el carácter procesal de la mayor parte de la regulación del concurso. Tradicionalmente, es habitual en el Derecho internacional privado que las cuestiones de naturaleza procesal queden sometidas a la ley del foro (*lex fori*).

En consonancia con esta idea, la apertura del procedimiento, su desarrollo y terminación, así como cuestiones de gran transcendencia, como la prelación de los créditos, se regulan de conformidad con la ley del foro.

No obstante, esta norma de conflicto puede resultar insatisfactoria para regular algunas situaciones que, con frecuencia, es necesario resolver en un procedimiento concursal con elementos transfronterizos. Por ejemplo, la cesión de créditos, la compensación, los efectos del concurso sobre los derechos reales o sobre contratos de trabajo. A estas cuestiones se suelen aplicar normas de conflicto que, a menudo, combinan la aplicación de la ley del concurso con otra o bien pueden quedar sometidas a puntos de conexión diferentes y quedar al margen de la aplicación de la ley del foro.

Cómo se construyan las normas de conflicto aplicables a estos diferentes problemas jurídicos pondrá de manifiesto qué política legislativa quiere implementar el legislador a los problemas concursales. Tanto es así que, más allá de la propia regulación del Derecho sustantivo (el llamado Derecho material), los Estados han sido clasificados, en ocasiones, como Estados pro deudor o pro acreedor, en mayor o menor medida, en función de las normas de conflicto previstas para determinar la ley aplicable a estas cuestiones. Sin embargo, probablemente, el mejor Derecho concursal internacional, en lo que a la construcción de las normas de conflicto relevantes se refiere, sea aquel que trata de buscar un equilibrio entre todos los intereses en presencia en este tipo de procedimientos: los del deudor, los de los acreedores, así como los intereses generales de los terceros o de los ciudadanos potencialmente afectados por estas situaciones críticas, pues el concurso es un procedimiento para regular un fracaso económico y, muchas veces también, un malogro empresarial.

4. Reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras de naturaleza concursal

Otro importante conjunto de normas jurídicas, en el ámbito del concurso internacional, lo compone el formado por las disposiciones que, en cada ordenamiento jurídico, regulan los efectos de las decisiones extranjeras, en su mayoría judiciales, en otros Estados. A este respecto, tienen una especial relevancia las reglas que se refieren a los procedimientos, los órganos competentes y las condiciones bajo las cuales se puede dar efecto a las resoluciones de un Estado (el Estado de origen de la decisión), dictadas en un procedimiento que pretende tener eficacia global, en relación con los bienes situados en el Estado receptor (también llamado a veces Estado de acogida de la resolución).

En la medida en que se produzca una cooperación adecuada en el ámbito internacional y se reconozcan sin grandes obstáculos las resoluciones dictadas en el Estado del COMI, podrá llegarse a una solución más adecuada de las insolvencias transfronterizas. Ello facilitará claramente una solución coordinada de las crisis empresariales.

No obstante, siempre es conveniente prever límites a la eficacia e implementación de decisiones concursales extranjeras. Así, por ejemplo, no debe admitirse el reconocimiento de decisiones que vulneren el orden público del Estado receptor. Estas decisiones serían aquellas contrarias a los valores, normas y principios esenciales del ordenamiento jurídico de dicho Estado. En este «núcleo duro» suelen integrarse los principios y derechos fundamentales recogidos en la Constitución del Estado receptor, si es que ésta existe. Típicamente, son contrarias al orden público decisiones que violen los derechos humanos. Entre estos derechos, por citar algunos de notable relevancia en el ámbito del Derecho internacional privado, han de respetarse la tutela judicial efectiva y la igualdad.

La protección de la tutela judicial efectiva implica que siempre ha de respetarse la igualdad de armas, en un sentido procesal, entre los afectados por el procedimiento concursal. Dado que, posiblemente, se va a

afectar al patrimonio de una o varias personas, deben existir mecanismos adecuados de información sobre las ejecuciones de bienes y plazos suficientes para poder reaccionar y efectuar alegaciones ante las decisiones judiciales, sin que por ello el procedimiento pierda la necesaria agilidad. Es importante que los flujos de información, en el marco de un procedimiento concursal, sean razonablemente adecuados y ello a pesar de que los acreedores puedan tener residencia habitual en el extranjero.

También debe rechazarse el reconocimiento de resoluciones que puedan ir en detrimento de la armonía internacional de decisiones. Este es un principio esencial para la protección de la tutela judicial efectiva y puede verse afectado si decisiones inconciliables son eficaces o se implementan simultáneamente en relación con un mismo deudor concursado.

Parece adecuado que existan, en el Estado receptor de la decisión, órganos jurisdiccionales especializados en este tipo de materias y que se facilite el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras con el fin de que no se vean ralentizados excesivamente los procedimientos concursales.

5. La coordinación entre diversos procedimientos concursales abiertos en relación con un mismo deudor

Dado que en un gran número de ocasiones se encuentran abiertos simultáneamente, a escala internacional, diversos procedimientos de insolvencia en relación con un mismo deudor o grupo, es importante tratar de fomentar la coordinación entre todos ellos. En particular, en el ámbito de organizaciones regionales como la Unión Europea, en la que existe un principio de confianza mutua entre los Estados miembros, este tipo de coordinación resulta más sencilla. De hecho, ello se pone de manifiesto en la regulación que el Reglamento de procedimientos de insolvencia lleva a cabo de esta cuestión.

Así, por ejemplo, el artículo 41 y ss. del Reglamento UE sobre procedimientos de insolvencia incluyen normas de coordinación entre el procedimiento principal y los procedimientos territoriales de insolvencia interesantes. Se parte de la idea de que solo uno de los procedimientos ha de tener vocación de universalidad y de la necesidad de que fluya la información entre los procedimientos si llegan a abrirse varios. Todo ello afecta no solo a la labor de los jueces, sino también de los administradores concursales. Finalmente, si se llega a una liquidación, una forma de fomentar la cooperación sería que los remanentes de otros procedimientos pudieran tomarse en consideración en el procedimiento principal, si existe.

Como ya hemos señalado anteriormente, en el caso de los concursos de grupos de sociedades, la cooperación resulta especialmente importante.

Autora: Laura García Gutiérrez
(Profesora titular de Derecho Internacional Privado
de la Universidad Autónoma de Madrid)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CALVO CARAVACA, A. L. / CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho concursal internacional*. Madrid, Colex: 2004; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. «The EU Insolvency Regulation Recast: Scope, Jurisdiction and Applicable Law», *ZEuP*, 2015, pp. 694-731; ESPINIELLA MENÉNDEZ, A. «El nuevo Reglamento europeo de insolvencia», *REDI*, 2/2015, pp. 263-267; JACKSON, T. H. *The Logic and Limits of Bankruptcy Law*. Beard, 1986; MOSS, G.S / FLETCHER, I. F/ ISAACS, S. *The EC Regulation on Insolvency Proceedings: a Commentary and annotated Guide*, Oxford, 2009; OMAR, P. *International Insolvency Law. Reforms and Challenges*, Ashgate, 2013; PARZINGER, J. «Die neue EuInsVO aus einen Blick», *NZI*, 2016, pp. 63-68; TRUNK, A. *Internationales Insolvenzrecht*, Mohr Siebeck, 1998; «Informe explicativo Convenio de Bruselas sobre procedimientos de insolvencia de 1995», en VIRGÓS SORIANO, M. / GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. *Derecho Procesal Civil europeo*. McGraw-Hill, Madrid,

1996; VIRGÓS SORIANO, M. / GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. *Comentario al Reglamento europeo de insolvencia*. Thomson-Civitas, Madrid, 2003.

VOCABLOS CONEXOS: Competencia judicial internacional. Cooperación jurídica internacional. Ley aplicable. Ley concursal. Reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras. Reglamento UE sobre procedimientos de insolvencia.

CONCURSO Y ARBITRAJE INTERNACIONAL

La definición que a continuación trataremos gira entorno a la interacción que pueda existir —a la luz del Derecho español— entre el procedimiento concursal seguido en España y la existencia de un arbitraje internacional en los que coincida alguna de las partes. Más concretamente, trataremos en este punto de esclarecer si la existencia de una cláusula arbitral pactada o bien, de un procedimiento arbitral ya iniciado, podrían o no incidir o limitar en la competencia que pueda tener el juez concursal español.

Para resolver la cuestión hemos de acudir a la Ley 16/2022, de 5 de septiembre de reforma del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, del Texto Refundido de la Ley Concursal (en adelante, TRLC), que dejó sin vigencia a la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal (LC) en cuyo artículo 140 (anterior 52 LC) y bajo la rúbrica *Pactos de mediación, convenios y procedimientos arbitrales*, se establece lo siguiente:

1. La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los pactos de mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el deudor.
2. Los procedimientos de mediación y los procedimientos arbitrales en tramitación a la fecha de declaración de concurso continuarán hasta la terminación de la mediación o hasta la firmeza del laudo arbitral. La representación y defensa del concursado en estos procedimientos se registrá

por lo establecido para los juicios declarativos en el Capítulo I de este Título.

3. El juez del concurso, de oficio o a solicitud del concursado, en caso de intervención, o de la administración concursal, en caso de suspensión, podrá acordar, antes de que comience el procedimiento de mediación o de que se inicie el procedimiento arbitral, la suspensión de sus efectos de estos pactos y esos convenios, si entendiera que pudieran suponer un perjuicio para la tramitación del concurso. Queda a salvo lo establecido en los tratados internacionales.

4. En caso de fraude, la administración concursal podrá impugnar ante el juez del concurso los pactos de mediación y los convenios y procedimientos arbitrales

Pese a que el legislador, en este TRLC ha dotado de una mayor claridad a la dicción de este precepto, no lo ha hecho de forma suficiente por lo que, al igual que sucedía con el antiguo artículo 52 LC, parece evidente que la literalidad del precepto es —cuanto menos— mejorable, y ello llevó, como veremos, a la fructificación jurisprudencial de diversas interpretaciones al amparo de la anterior normativa. Con carácter general, podemos afirmar que las bases que, respecto a la cuestión que estamos analizando, sienta este precepto son las siguientes:

(i) Según su apartado primero, y al igual que ocurre con los contratos en general, las cláusulas arbitrales pactadas por el concursado no se ven afectadas por la declaración de concurso. Es decir, seguirán teniendo plena validez y su cumplimiento podrá ser exigido al concursado, tanto si es demandado como si es demandante, en el procedimiento arbitral.

(ii) Así las cosas, y atendiendo a la literalidad del precepto, parece que el concursado podría ser demandado vía procedimiento arbitral, incluso, en aquellos supuestos en que la demanda pudiera afectar a su propio patrimonio, y ello pese a la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso en estos casos (artículo 8.1 LC). Precisamente por ello, este mismo artículo en su apartado 3.º, ofrece al juez del concurso de

oficio o a instancia del concursado o su administración concursal, la posibilidad de acordar la suspensión de los efectos de la cláusula arbitral pactada cuando la misma pudiera «suponer un perjuicio para la tramitación del concurso» y todo ello «quedando a salvo lo establecido en los tratados internacionales». Se plantea de inmediato la duda respecto a qué pueda significar el perjuicio para la *tramitación* del concurso, lo cual no es baladí puesto que según lo que interpretemos podemos llegar a conclusiones muy distintas, como veremos más adelante.

(iii) Por su parte, el apartado segundo de este precepto no ayuda tampoco a aclarar las dudas ya generadas por el primero, ya que se limita a afirmar que los procedimientos arbitrales en que el concursado sea parte continuarán hasta que exista laudo firme. Es decir, que en teoría y así lo establece ahora expresamente el artículo 140.3 TRLC, no es posible en estos casos suspender la tramitación de estos arbitrajes ni siquiera, aunque pudieran resultar perjudiciales para la tramitación del concurso, y, tampoco, se van a tener en cuenta los tratados internacionales.

(iv) Luego parece que la (absurda) conclusión a la que nos llevaría una interpretación literal de la norma es que el único supuesto de hecho en que entrarían en juego los tratados internacionales sería el siguiente: aquel en que existe una cláusula arbitral suscrita por el concursado que todavía no ha dado lugar a procedimiento arbitral alguno y que podría perjudicar a la tramitación del concurso.

Esta, absurda, conclusión es la misma a la que llegábamos con la dicción del antiguo artículo 52.2 LC, con el agravante de que ahora, con el artículo 140.3 TRLC el legislador ha querido establecer expresamente (algo que no se hacía en el artículo 52.2 LC) que la posibilidad de suspensión de estos procedimientos sólo puede ser acordada por el juez del concurso *con carácter previo al inicio del proceso arbitral*. Literalidad expresa de la nueva norma que hace más difícil llegar a la conclusión jurisprudencial de que existen excepciones a la misma.

Realizada ya esta primera aproximación al problema vamos a continuación a tratar de dar respuesta a todas estas cuestiones realizando una interpretación integradora de la norma que, recordemos, se encuentra englobada en nuestra legislación concursal.

1. *Si el concursado en España es parte en un proceso arbitral internacional que aún no ha comenzado al declararse el concurso, el procedimiento podrá iniciarse salvo que el juez del concurso suspenda sus efectos por entenderlo perjudicial para la tramitación del proceso concursal*

El artículo 140.3 TRLC no deja lugar a dudas, pero también la regulación europea al respecto, es decir, el Reglamento UE 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015 que regula los procedimientos de insolvencia que se sigan en un Estado miembro sobre deudores comunitarios (en adelante, el Reglamento), en sus artículos 7 y 18 acaba resolviendo la cuestión de forma similar. En este sentido resulta interesante la solución dada por la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil de Santander, fecha 30 de septiembre de 2019 (SJM 266/2019).

Por otra parte, si estamos ante un arbitraje seguido en un país extracomunitario, las normas que, en principio, podrían traerse a colación son el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 (Convenio Nueva York) y el Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961 (Convenio Ginebra).

Sin embargo, entiendo que ninguna de las dos Normas citadas puede ser aplicables a estos supuestos, no sólo porque no se refieren a los mismos, sino porque en este caso la solución ha de venir de la mano de la normativa concursal —*lex specialis*— y no de la normativa arbitral. Por lo tanto, para conocer los efectos de un procedimiento arbitral extracomunitario en el que sea parte el concursado en España será preciso, tam-

bién, acudir a lo previsto al respecto en nuestra legislación concursal y, más concretamente, en el artículo 140 TRLC.

2. Cuál sería la solución en el caso de que el proceso arbitral internacional ya hubiera comenzado en el momento de declararse el concurso

También en este supuesto, por las mismas razones expuestas anteriormente, se aplicará la Ley española y, por tanto, el arbitraje habrá de continuar hasta que finalice con laudo firme, pudiendo incluso los árbitros adoptar medidas cautelares que afecten al patrimonio del concursado siempre y cuando el juez del concurso no las suspenda por entender que pueden suponer un perjuicio para la tramitación del concurso. Una vez el laudo sea firme, y si el concursado era el demandado en el proceso arbitral, dicho laudo no podrá ser ejecutado individualmente, pero su resultado será reconocido en el concurso con la clasificación que establezca al efecto el TRLC.

No cabría, en este caso, la suspensión del proceso concursal al amparo de lo previsto en el artículo 140.3 TRLC y ello aunque pudiera resultar perjudicial para la tramitación del concurso, no solo por la interpretación literal de la norma que en este caso no deja lugar a dudas, sino también porque, como ya se ha dicho, el legislador ha añadido ahora en el TRLC de forma expresa que la suspensión solo puede producirse con carácter previo al inicio del proceso arbitral y, por otra parte, esta interpretación viene también avalada por el hecho de que en la reforma de 2011 que dio nueva redacción a este artículo concursal, el legislador optó claramente por dar mayor amplitud de actuación a la autonomía de la voluntad de las partes a través de la posibilidad de dirimir sus disputas en un arbitraje, por lo que cualquier duda que pudiera existir en este sentido habrá de dirimirse en favor del arbitraje. Máxime cuando, en estos casos, el laudo que finalmente se dicte no podrá ser ejecutado de forma individual sino que sus consecuencias quedarán integradas en la masa activa o pasiva del concurso (artículos 141 y 142 TRLC).

3. *Qué significa que el proceso arbitral pudiera ser perjudicial para la tramitación del concurso*

Las dudas en este caso surgen porque el legislador ha elegido expresamente el término «tramitación del concurso» cuando en otras muchas ocasiones la expresión elegida es la de «interés del concurso», por ejemplo, en el artículo 136.3 TRLC al referirse a la conservación de la masa activa. Sin embargo, en este artículo 140.3 TRLC -al ofrecer al juez del concurso la posibilidad de suspender la eficacia de una cláusula arbitral pactada por el concursado- se refiere al posible perjuicio que la misma pudiera causar a la *tramitación del concurso*.

Con base en ello, existen autores que defienden que dicha suspensión cabe exclusivamente si el proceso arbitral pudiera interferir o perjudicar de otro modo al desarrollo del procedimiento concursal. Por ejemplo, para estos autores podría acordarse la suspensión si el proceso arbitral provoca una ralentización indebida en el proceso concursal, por no permitir que el inventario de su masa pasiva pueda realizarse con la suficiente claridad al estar discutiendo sobre la propiedad de uno de sus principales activos. Esta interpretación, sin embargo, me parece demasiado rigorista y en cierto modo contraria al propio espíritu de la Ley Concursal que entiende al *interés del concurso* como un verdadero principio inspirador de la Norma y a este interés debemos entender que se refiere el apartado tercero del artículo 140 TRLC al que nos estamos refiriendo porque, de lo contrario, vaciaríamos de facto de contenido la facultad otorgada al juez del concurso de suspender los efectos de las cláusulas arbitrales que pudieran ser contrarias a dicho interés.

Un buen ejemplo de lo que decimos lo constituye la ya mencionada Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Santander de 30 de septiembre de 2019. Esta Sentencia resuelve el incidente planteado por la solicitud del administrador concursal pidiendo la suspensión de una cláusula arbitral prevista en un contrato de agencia sometido a arbitraje en Londres.

En este supuesto la sociedad concursada sería la futura demandante en ese proceso arbitral puesto que, según dicha sociedad, el contrato que contenía la cláusula arbitral fue incumplido por la otra parte y, dicho incumplimiento, causó a la concursada un perjuicio de más de 600 000 euros que pretendía exigir a través del correspondiente procedimiento arbitral o judicial. La suspensión de la cláusula arbitral se solicita por el administrador concursal porque los gastos que conllevaría el proceso arbitral en Londres impedirían, *de facto*, a la sociedad concursada exigir el pago de unos daños que —además— constituían el activo más importante de la masa concursal. El juez acuerda finalmente la suspensión entendiéndolo que, efectivamente, la obligación de acudir al proceso arbitral en Londres podría causar un daño evidente a la masa del concurso defendiendo, después de analizarlo, que la interpretación de la literalidad del artículo 52.1 LC (hoy 140.3 TRLC) debe ir, necesariamente, más allá de los meros obstáculos procesales.

Para llegar a esta conclusión el magistrado de Santander explica que el *interés del concurso* permite —incluso—:

resolver contratos en principio no afectados por la declaración de insolvencia (artículo 61 LC). Así, el posible perjuicio para la tramitación del concurso habría de definirse a la luz del interés colectivo de todos los acreedores concurrentes, el interés de la masa, y no cabe duda de que la definición de este interés ha de venir guiada principalmente por un criterio de carácter económico [...] La suspensión del convenio producirá una reactivación de las normas ordinarias de competencia judicial internacional [...] la parte que lo solicita afirma que acudiría a un procedimiento ante los juzgados de Primera Instancia de Santander y, en este escenario, entiendo que sí concurre el perjuicio para la tramitación del concurso [por la obligación de la cláusula arbitral a acudir a un arbitraje en Londres].

Así, pues, y a modo de conclusión, podemos afirmar que la existencia de un proceso arbitral internacional puede afectar a las competencias del juez del concurso, o no, pero siempre aplicando la norma concursal española que permite dicha afectación siempre y cuando: (i) el proceso

arbitral internacional no haya comenzado en el momento de declararse el concurso; y (ii) no se entienda que la tramitación de ese proceso arbitral internacional puede ser perjudicial a la tramitación del concurso, entendido tanto como obstáculo procesal y también como perjuicio sustantivo al interés del concurso.

4. Anotación final: a modo de seguimiento legislativo

Como se ha visto el actual artículo 140 TRLC, con ligeros matices, viene a reproducir lo ya previsto por el anterior artículo 52 de la LC.

Además de la previsión expresa referente a que la suspensión de los procedimientos arbitrales tan solo podrá ordenarse si, tales procedimientos arbitrales o de mediación no han comenzado cuando se declare el concurso de acreedores, tan solo encontramos un punto en este precepto que no se recogía expresamente en el artículo 52 LC. Nos referimos al apartado 4.º del artículo 140, que permite a la administración concursal impugnar judicialmente los pactos de arbitraje o mediación si apreciara que existe fraude en los mismos.

En lo que respecta al antiguo artículo 52.1 de la LC, cabe decir que, en su versión inicial, la LC preveía en este apartado que las cláusulas arbitrales en las que el concursado fuese parte se tendrían por no puestas. Sin embargo, más tarde el legislador optó por dar un mayor protagonismo a los métodos de heterocomposición de las controversias y —entre cosas— modificó este precepto. Así, este primer apartado fue redactado por el número dos de la disposición final tercera de Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de regulación del arbitraje institucional en la Administración General del Estado (BOE, 21 mayo).

Antonia M. Magdaleno Carmona
(Abogada y árbitra)

CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

1. *Naturaleza jurídica. Sede. Objeto*

La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (en adelante, HCCH), es una organización intergubernamental de carácter mundial y permanente, con sede en la ciudad de La Haya, Países Bajos. Tiene por objeto «trabajar en la unificación progresiva de las normas de Derecho internacional privado» (artículo 1. Estatuto de la HCCH), constituyéndose actualmente, en uno de los foros de codificación de alcance universal de mayor relevancia en materia de Derecho internacional privado.

Desde la sanción de su Estatuto en el año 1951 (vigente desde 1955) hasta el año 2020, se aprobaron 39 convenios de Derecho internacional privado, relacionados con tres principales áreas de trabajo: Derecho de familia y protección internacional de niños; Derecho procesal civil y cooperación jurídica internacional; y Derecho comercial y financiero internacional.

Estos convenios —que metodológicamente han sido elaborados, en su mayoría por normas de conflicto, pero sin descartar el uso de normas materiales— conjuntamente con la elaboración de instrumentos no vinculantes —*soft-law*— constituyen herramientas útiles para garantizar un alto nivel de seguridad jurídica, permitiendo la continuidad de las relaciones jurídicas fuera de las fronteras donde estas fueron establecidas.

2. *Evolución histórica*

En la segunda mitad del siglo XIX, era ampliamente admitida por la Doctrina —tanto europea como americana— la necesidad de arribar a un conjunto de reglas generales de DIPr, que aseguren una solución uni-

forme a los conflictos de leyes existentes entre los distintos ordenamientos jurídicos.

Muestra de ello —entre otros— fue la propuesta de creación de un Código de Derecho internacional privado realizada en 1869 por el Gobierno español al francés; el trabajo del Prof. P. E. Mancini presentado ante la sesión del Instituto de Derecho Internacional en 1874 o el Tratado de Derecho Internacional Privado celebrado en la ciudad de Lima en 1878, el cual se convirtió en el primer Tratado multilateral de DIPr, aunque jamás entró en vigor.

Recién en 1889, con la celebración de los Tratados de Montevideo, se arriba a los primeros Acuerdos multilaterales de DIPr en entrar en vigor en el mundo, manteniendo su vigencia hasta el día de hoy.

Con estos antecedentes inmediatos, en septiembre de 1893, el Gobierno de los Países Bajos —a iniciativa del Prof. Tobías Asser— convoca la Primera Sesión Diplomática de la HCCH. A la misma, acudieron representantes de Alemania, Austria-Hungría, Bélgica, Dinamarca, España, Francia, Italia, Luxemburgo, Países Bajos, Portugal, Rumania, Rusia y Suiza.

Posteriormente —y hasta la adopción de su Estatuto en el año 1951— se celebraron cinco sesiones más en los años 1894, 1900, 1904, 1925 y 1928.

El 31 de octubre de 1951, en ocasión de su Séptima Sesión Diplomática, se adopta su Estatuto, entrando en vigor el 15 de julio de 1955. Posteriormente, en su Vigésima Sesión Diplomática en el año 2005, este fue enmendado, permitiendo el ingreso como Miembro pleno a Organizaciones Regionales de Integración Económica. La referida enmienda fue aprobada el 30 de septiembre de 2006 y entró en vigor el 01 de enero de 2007.

3. *Miembros de la HCCH*

A pesar de que a sus inicios la HCCH estaba compuesta exclusivamente por países europeos de Derecho continental —*civil law*— poco a poco se fueron sumando países pertenecientes al ámbito del Derecho anglosajón —*common law*— al igual que países fuera del continente europeo, afianzando su marcado espíritu universalista.

Es así como de los 15 miembros de la HCCH existentes en el año 1956, se arriba en el año 2020 a los 85 miembros (84 Estados soberanos más la Unión Europea).

Asimismo, Estados no parte del Estatuto, han adherido a los convenios celebrados en la HCCH, por lo que más de 150 países se encuentran actualmente vinculados a alguno de los 39 Convenios aprobados en la misma desde la sanción de su Estatuto.

Para ser admitido como Miembro pleno de la HCCH, debe ser aprobado por mayoría de los votos emitidos de sus actuales miembros, a propuesta de uno o varios de ellos.

Como se expresó *ut supra* —y desde la aprobación de la enmienda del Estatuto que entró en vigor en el año 2007— la admisión como miembro pleno a la HCCH no se limita a exclusivamente a Estados soberanos, pudiendo serlo también organizaciones regionales de integración económica, siempre que estas se encuentren constituidas únicamente por Estados soberanos y habersele transferido por estos, competencia suficiente en un conjunto de materias que entran dentro del ámbito de aplicación de la HCCH, incluidas la facultad de adoptar decisiones vinculantes respecto a las mismas (artículo 3 del Estatuto). La Unión Europea es Miembro de la HCCH desde el 3 de abril de 2007.

4. Organización de la HCCH

Conforme lo establece su Estatuto, la Comisión de Estado de los Países Bajos, establece la fecha de las Sesiones Diplomáticas ordinarias y extraordinarias de la HCCH, previa consulta de los miembros de la HCCH

Del funcionamiento de la HCCH, se encarga el Consejo de Asuntos Generales y Política, compuesto por todos sus miembros. El mismo, examina todas las propuestas destinadas a ser incluidas en el orden del día.

La Oficina Permanente —con sede en la ciudad de La Haya— es la Secretaría de la HCCH. Se compone de un secretario general y secretarios, designados por el Gobierno de los Países Bajos, teniendo en cuenta sus conocimientos jurídicos y experiencia práctica, así como también, la diversidad de representación geográfica y especialidad jurídica.

La misma, se encarga de la preparación y organización de las sesiones diplomáticas de la HCCH, como así también de las reuniones del Consejo, de las comisiones especiales y todas las tareas propias de la actividad de una Secretaría.

Además de su sede en la ciudad de La Haya, la Oficina Permanente cuenta actualmente con oficinas regionales en Buenos Aires y Hong Kong, actuando estas como enlace con los países de la región.

El Consejo de Representantes Diplomáticos —integrados por todos los Miembros de la HCCH— es el que aprueba anualmente el presupuesto de esta.

La HCCH convoca regularmente comisiones especiales para revisar el funcionamiento práctico de los convenios, produciendo tanto recomendaciones, como guías de buenas prácticas, las cuales brindan una interpretación y aplicación más uniforme de los mismos.

5. *Otros servicios prestados por la HCCH*

5.1. *INCADAT*

El INCADAT es una base de datos legal ofrecida por la HCCH, que proporciona información sobre jurisprudencia e Instrumentos jurídicos internacionales, en relación con casos de sustracción internacional de menores y régimen internacional de visitas. Su acceso es abierto y gratuito, y se ingresa a través del *link*: www.incadat.com/es

5.2. *INCASTAT*

El INCASTAT es un sistema estadístico electrónico, facilitado por la HCCH, que permite a las autoridades centrales llevar estadísticas de los casos de sustracción internacional de menores y régimen internacional de visitas, en relación con el Convenio de La Haya de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. Fruto de estas estadísticas, se elaboran informes que luego son analizados en las Comisiones Especiales que analizan el funcionamiento práctico del Convenio.

5.3. *Seminarios internacionales*

Como tarea complementaria, la HCCH organiza seminarios internacionales, con la finalidad de difundir el contenido de los Instrumentos aprobados y brindar asistencia jurídica y práctica a los Estados.

6. *Enlace de interés*

En el sitio web oficial de la HCCH (www.hcch.net) podrá obtener información actualizada sobre Estados y organizaciones miembros de la HCCH; lista de instrumentos internacionales aprobados, su texto y Estados ratificantes o adherentes de los mismos; autoridades competentes designadas por los Estados contratantes al momento de su aprobación;

así como también, informes explicativos, guías de buenas prácticas, entre otros.

*Autor: Daniel Trecca
(Profesor de Derecho Internacional Privado,
Universidad de la República. Uruguay)*

CONFLICTO DE JURISDICIONES

1. Concepto

En una primera aproximación, con la expresión conflicto de jurisdicciones se hace referencia a la situación que se genera cuando varios sistemas judiciales pueden conocer de un litigio de Derecho privado con elementos de internacionalidad. En sentido amplio sirve para evocar los procedimientos diseñados con el fin de disciplinar la competencia judicial internacional y, como corolario, de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras.

El punto de partida es siempre la relación privada con contactos en una pluralidad de Estados, tanto da si de carácter objetivo o subjetivo. Cuando surja el conflicto, en principio, los tribunales de cualquier Estado vinculado con él pueden tener motivos, a la luz de sus propias normas, para entrar a conocerlo y resolverlo. Es claro que la descentralización descoordinada de la actividad legislativa es un riesgo para la efectividad de los derechos fundamentales, por lo que concurren exigencias de fondo para ordenar la forma y el lugar en donde puede articularse un litigio de esa naturaleza, y para disciplinar la eficacia de las decisiones que se adopten.

2. *Exigencias sustantivas de regulación*

Como principio, la disciplina de la competencia judicial internacional corresponde a cada legislador nacional, de forma autónoma o por medio de acuerdos con otros legisladores, y tomando en consideración los objetivos libremente perseguidos. El artículo 21.1 LOPJ es expresivo de esa vinculación del juez a la ley y los tratados: «Los Tribunales civiles españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas».

Ahora bien, esto no deja de ser un principio, que como tal es demasiado general y que en consecuencia tiene que hacer las cuentas con consideraciones procedentes de varios frentes:

a) Los derechos fundamentales. En las declaraciones internacionales (v. gr., artículo 6 Convenio de Roma de 1950, artículo 47 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales) y, por supuesto, en la Constitución española (artículo 24), se proclama el derecho a obtener tutela judicial efectiva y el de no padecer indefensión. Ello comporta la obligación de los legisladores nacionales de incorporar en sus respectivos ordenamientos normas que posibiliten tanto que los potenciales demandantes puedan encontrar un órgano judicial razonablemente augurable y próximo a sus vicisitudes jurídicas como que los demandados no se vean de un modo u otro forzados a comparecer ante un tribunal inesperado o excesivamente alejado (en esta línea, STC 61/2000 de 13 de marzo). En la búsqueda de ese equilibrio se mueven los límites máximos y mínimos de la normativa sobre competencia judicial internacional. Es decir:

1. Es imprescindible ante todo predisponer normas que definan el cuándo se pone a disposición de las partes el sistema judicial propio. Sin normas claras no se satisface la exigencia de seguridad jurídica, y muy malamente se realiza ese derecho al juez ordinario

predeterminado por la ley. No valen orientaciones genéricas al estilo del *doing business*.

2. Un legislador podría en principio decidir que sus tribunales deben conocer de cualquier demanda que se les presente. Sin límites. Pero esta opción «imperialista» comportaría, de una parte, la frustración de las expectativas de los actores —porque con frecuencia se estaría generando decisiones judiciales de imposible ejecución, cuando el demandado no disponga de bienes en el foro y no existan mecanismos de eficacia transfronteriza de las resoluciones— y obligando a comparecer ante ellos a todo aquel que tenga bienes en el foro, tenga o no la relación alguna vinculación con este. En definitiva, todo ello conduce a la larga a la autarquía jurídica.

b) Los compromisos internacionales como límite. En segundo lugar, entre iguales no existe jurisdicción, ni se pueden adoptar medidas coactivas sobre sus bienes. Se persigue con esta norma no perturbar la actuación de los Estados en la persecución de sus fines propios, e implica que ante los tribunales de un Estado no se puede enjuiciar el comportamiento de otro Estado, salvo que haya actuado como un particular más (STC 140/1995, de 28 de septiembre). Esta diferencia crucial entre actos *iure imperii* y *iure gestionis* se trasladó a los Convenios relativos a las relaciones diplomáticas (Convención de Viena, de 18 de abril de 1961), las relaciones consulares (Convención de Viena, de 24 de abril de 1963) y las misiones especiales (Convenio de Nueva York, de 16 de diciembre de 1969), y más recientemente a la Convención de las Naciones Unidas, de 2 de diciembre de 2004, sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, antecedente de la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las organizaciones internacionales con sede u oficina en España y las conferencias y reuniones internacionales celebradas en España, que desarrolla la norma de base establecida en el artículo 21.2 LOPJ («[Los tribunales españoles] No obstante, no conocerán de las pretensiones formuladas respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de ju-

risdicción y de ejecución de conformidad con la legislación española y las normas de Derecho internacional público»). A día de hoy, sin embargo, existe un vivo debate en cuanto a la forma de cohonestar estas inmunidades y el respeto de los derechos humanos, aspecto este huérfano por el momento de soluciones claras.

Asimismo, no puede ir desacompasada la respuesta jurídica a una determinada estructura política y económica. Es el caso de la UE: a un espacio judicialmente integrado corresponden normas unificadas. La elaboración de normas en una dimensión internacional obligará por consiguiente a cesiones, renunciias y soluciones de compromiso (*infra*).

c) *Exigencias derivadas de la economía procesal*. Ya se ha apuntado que un legislador nacional podría permitir que sus tribunales conocieran de todo, pero es claro que, más allá de la dudosa efectividad de algunas decisiones que pudieran adoptar, hay que ponderar la proximidad a las pruebas y a las partes antes de optar por esa fórmula. Es la misma idea que late en las reglas de competencia territorial de, por ejemplo, la LEC: A nivel internacional, por razón de dónde están los protagonistas del litigio, las pruebas (testigos y dictamen pericial, fundamentales) o el objeto de la controversia, hay motivos para afirmar que se impone la contención en la definición de los foros de competencia. Dicho en negativo: La atracción de un volumen excesivo de competencia lleva al aumento de los costes del litigio y de las dilaciones. Es necesario por lo tanto definir normas capaces de designar al tribunal típicamente en mejores condiciones de conocer de un litigio (solo de forma excepcional se recurre a una apreciación caso por caso de idoneidad: *forum non conveniens*).

Esta triple serie de limitaciones informa cada uno de los sectores del Derecho procesal civil internacional.

3. *Las consecuencias de la limitación*

El sistema procesal civil internacional forma un conjunto coherente. Desde el momento en que un órgano judicial nacional debe limitar su jurisdicción, se traslada sobre el legislador la carga de organizar la tutela de los derechos fundamentales en el plano internacional, y ello comporta que:

- Si nuestros tribunales tienen su competencia delimitada es porque hay otros tribunales competentes para conocer de esos litigios, y sus decisiones tienen que ser eficaces en el foro. Si eventualmente se diera un conflicto negativo, de suerte que ninguno tuviera competencia de acuerdo con su normativa procesal, habría que recurrir al llamado *forum necessitatis*, que en presencia de un riesgo de denegación de justicia y una vinculación razonable entre un litigio y el tribunal al que se acude permitiría dar una respuesta favorable a la cuestión de si se puede conocer o no. Esto es lo que se ha hecho, por ejemplo, en algunos reglamentos europeos, como el de alimentos (artículo 7), el de sucesiones (artículo 11) o el de régimen económico matrimonial (artículo 11), o con alcance general en la LOPJ (artículo 22 *octies*) o en la Ley suiza de Derecho internacional privado (artículo 3).
- En consecuencia, desde el momento en que se afirma que para determinadas cuestiones son competentes tribunales extranjeros y no los del foro, compete al legislador organizar fórmulas idóneas para dar entrada en la esfera jurídica propia, dotándoles de eficacia, a decisiones emanadas de jueces foráneos. Ni que decir tiene que las formas serán más o menos flexibles en función de la materia de que se trate y del nivel de confianza que se tenga respecto al sistema judicial de origen de las decisiones, de manera que en los casos de mayor comunidad de valores se puede afirmar que existe fungibilidad de los sistemas judiciales: Es lo que se suele llamar tutela por reconocimiento, frente a la tutela por

declaración en los casos en que nuestras autoridades sí que tienen competencia.

- En otro plano, conviene recordar que la afirmación de la propia competencia en relación con litigios internacionales, litigios alguno de cuyos elementos reales o personales se localizan en el extranjero, obliga a no cercenar las posibilidades de defensa de los particulares, exigiendo del legislador instrumentar formas de cooperación judicial cuando resulte necesario realizar eficazmente actuaciones procesales (notificaciones, obtención de pruebas) más allá de las propias fronteras.

En este punto se puede ofrecer una explicación a la afirmación del primer párrafo de esta entrada: Normalmente se identifica conflicto de jurisdicciones con competencia judicial internacional, pero las opciones que se adopten en este tema inciden directamente en la forma de resolver los demás sectores del sistema procesal internacional, y no se entienden sino como una respuesta armónica al mismo problema, esto es, el de la relación privada que en un momento (cognición) u otro (eficacia extraterritorial) toca a diversos sistemas jurídicos. El conflicto entre varias jurisdicciones abarca por lo tanto dimensiones sucesivas.

4. Fuentes de regulación

En España la disciplina de los conflictos de jurisdicción se halla condicionada en gran medida por la integración en la UE, que en los últimos años se ha convertido en una fuente de producción normativa de amplísimo alcance, a partir de la idea de que cualquier restricción a la más plena circulación de resoluciones supone un obstáculo al desarrollo de la libertad de circulación de personas. En consecuencia, partiendo de ese objetivo se colocan las bases procedimentales para hacer asumible las decisiones procedentes de los tribunales de un Estado miembro, o sea, se han ido emanando normas de competencia judicial internacional y reglas mínimas sobre ordenación del proceso.

Así, pues, en este momento se hallan en vigor en nuestro entorno los siguientes reglamentos procesales: 2201/2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental), que será sustituido por el 2019/1111, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, aplicable a partir de 1 de agosto de 2022; Reglamento 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil; Reglamento 4/2009 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos; Reglamento 650/2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo; Reglamento 2015/848 sobre procedimientos de insolvencia; Reglamento 2016/1103 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales y Reglamento 2016/1104, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas. Téngase presente que existen otras normas procesales, limitadas al sector del reconocimiento y ejecución, y que asumen los foros de competencia previstos en las anteriores disposiciones.

Allí donde no resulten aplicables los reglamentos europeos, y teniendo en cuenta que en la Conferencia de La Haya prácticamente no se han emanado normas sobre competencia judicial (a nuestros efectos, baste recordar los convenios de 1996 sobre protección de menores y de 2005 sobre acuerdos de elección de foro), no quedará más remedio que acudir a los criterios establecidos en la LOPJ. Conviene tener presente que aunque en convenios bilaterales y multilaterales se prevean criterios de com-

petencia indirecta, los foros a los que tienen que atenerse los jueces españoles son los que vienen establecidos en la ley española. Por supuesto, no existe divorcio entre lo que recoge esta y las orientaciones de fuente europea.

5. *Orientaciones regulatorias*

Sin ánimo de exhaustividad, podemos reunir en las siguientes notas los vectores evolutivos del modelo europeo de solución de los conflictos de jurisdicción:

a) *Expansión de la autonomía de la voluntad*. Tradicionalmente se ha permitido que las partes en un contrato concluyan acuerdos de elección de foro. Lo realmente novedoso es que se han reducido hasta su casi completa desaparición los requisitos formales para la validez de tales acuerdos, así como que la libertad de autocomposición ha ido penetrando en sectores dominados hasta ahora por planteamientos restrictivos y/o intervencionistas: En materias como la prestación de alimentos, régimen económico matrimonial o sucesiones se admite que los litigantes pacten el tribunal competente (de forma limitada, es cierto, y a veces persiguiendo la coincidencia entre *forum* y *ius*). En un entorno de incertidumbre, en definitiva, se prefiere ante todo la seguridad inherente a la predeterminación del foro.

Consecuencia de lo anterior es el reforzamiento de la seriedad de los pactos: Prórroga de la competencia implica *derogatio fori* sin matices, y no solo en el marco del reglamento 1215/2012 —donde la cooperación interestatal es la piedra angular del sistema—, sino que incluso en un campo de juego mundial como el de la LOPJ se impone el respeto por los tribunales nacionales de los acuerdos prorrogatorios en favor de jueces extranjeros (artículo 22 ter, apartado 4). Por supuesto que el rigor solo es posible cuando los litigantes actúen con mínima diligencia, haciendo valer los pactos cuando les interesen.

b) Salvaguarda de un monopolio competencial en materias retenidas sensibles. Aunque sea excepcional, existen sectores materiales en los que no se concede a las partes ningún juego en la selección de los tribunales: por razones de soberanía (registros públicos, ejecución de decisiones extranjeras) o de economía procesal e imperatividad de ciertas normativas (derechos reales sobre inmuebles, vida interna societaria) sigue manteniéndose cierta inercia en este tema (artículo 24 de reglamento Bruselas I bis, artículo 22 LOPJ). Esa excepcionalidad se ha traducido en la jurisprudencia del TJUE en la reiterada orientación favorable a la interpretación contenida de los criterios de competencia de carácter exclusivo.

c) Mantenimiento del foro general del domicilio del demandado, pero irrumpe el criterio residencia habitual. La máxima *actor sequitur forum rei* se ha consolidado como criterio básico de competencia judicial, por razones de equidad y de conveniencia económica (reducción del coste de ejecución de las decisiones de condena). Sin embargo, cuando el objetivo es que de cada litigio conozca el tribunal mejor situado, el más próximo (*rectius*, alguno que manifieste una proximidad mínima razonable), siendo el domicilio es un concepto jurídico que no necesariamente expresa la vinculación de un sujeto con un espacio físico determinado (piénsese en el caso de los menores de edad, con domicilio dependiente), tiene que ser puesto en cuestión, de forma que cuando un foro se construye en torno a las vicisitudes de un sujeto se abre paso la referencia a su residencia habitual: en temas como alimentos, sucesiones, crisis matrimoniales o protección de menores e incapaces, lo que posibilita el acceso a los tribunales y cumple con el objetivo de mayor vinculación no es ya el domicilio de las partes sino la atención al lugar en el que realmente viven. Otra cosa distinta es que el concepto de residencia habitual sea fácil de encerrar en una definición, o de manejar en supuestos límite.

Al final, en un número considerable de reglamentos europeos aquella máxima ha dejado de ser la regla general.

d) *Alternatividad de los foros*. Primando el acceso a la justicia como derecho fundamental, no se busca el tribunal mejor situado para conocer de un asunto (único, por definición), sino que se identifican —y en consecuencia se prevé legalmente— una multitud de tribunales, todos ellos en buenas condiciones de conocer de un litigio. El *forum actoris* como tal está excluido, pero sí que es cierto que al demandante se le concede el poder de configurar el cuándo, el cómo y —sobre todo y hasta cierto punto— el dónde del proceso. El equilibrio de las posiciones de las partes se garantiza merced a la definición de los criterios de competencia, cuando respetan las exigencias de previsibilidad y proximidad.

e) *Orientación material de los foros de competencia*. La tutela de la parte débil de una relación o la consecución de algún objetivo sustantivo, como el desarrollo de la personalidad por ejemplo, exigencias de carácter constitucional, se plasman en el diseño de criterios de competencia judicial internacional idóneos a tal fin, mediante la previsión de normas que acercan la justicia a esa parte o abren el abanico de posibilidades de acceso a la justicia. Se trata de materias escogidas, tasadas, en las que el legislador detecta unas necesidades especiales, por lo que su ámbito de aplicación está bien delimitado. Así, en el primer grupo de temas, consumidores, trabajadores o acreedores de alimentos, por ejemplo, tienen garantizada esa tutela mediante la predisposición de foros que no piensan en términos de proximidad sino que se construyen en torno a sus circunstancias personales (su residencia, el lugar en el que operan); respecto a la persecución de fines concretos, el Reglamento 2201/2003 ofrece un ejemplo elocuente, cuando para obtener un divorcio se ofrece a los litigantes hasta siete opciones diferentes de tribunales competentes (a cambio, no hay más rastro de posibilidades de prorrogación), o en el caso de las acciones de reclamación de la filiación en la LOPJ, confesadamente diseñada para posibilitar que desde el foro nacional se pueda demandar a ciudadanos extranjeros.

f) *Exclusión de los foros exorbitantes*. El corolario de ese equilibrio entre acceso a la justicia e interdicción de la indefensión (*supra*) es el rechazo

de criterios de competencia que no expresen una vinculación suficientemente estrecha y razonable entre un tribunal y el objeto del litigio. Justo por imponer unas cargas desproporcionadas a los demandados y por suponer un privilegio injustificado para los demandantes, por primera vez se excluyen en el espacio europeo en el Convenio de Bruselas de 1968, manteniéndose en relación con los demandados domiciliados en terceros Estados. En la misma línea se mueve la consideración como inidóneos de los foros basados en la nacionalidad de un solo sujeto (Reglamento 4/2009 sobre alimentos) o contruidos sobre la figura del demandante (artículo 6.2 del reglamento sobre régimen económico matrimonial).

Va de suyo que lo escasamente adaptado de estos criterios a las exigencias sustantivas del sistema procesal abre la puerta a la denegación en el foro del reconocimiento y la ejecución de decisiones extranjeras en las que el tribunal los haya utilizado para declararse competente (*ex* orden público).

g) Autocontención de los tribunales europeos. No ha sido muy frecuente a lo largo de la historia que un tribunal se preocupe por la eventual eficacia transfronteriza de sus propias resoluciones. Compete al actor valorar la oportunidad de acudir a un tribunal u otro, y si podrá o no dar cumplimiento a lo que en ella se disponga. Se descarta toda forma de paternalismo (por ejemplo, el artículo 22 *octies* párrafo 3 inciso segundo LOPJ va en esta línea). Mas cuando se emanan normas que tratan de sujetar al poder jurisdiccional estatal bienes situados más allá de las fronteras nacionales y sobre los que no se ejerce un control real, es necesario ofrecerle instrumentos que le permitan abstenerse de conocer y de emanar resoluciones que previsiblemente carecerán de efectos en el lugar de situación de esos bienes. Es esta también una forma de no dilapidar recursos. En este punto, artículos 12 del reglamento sucesiones, 13 del reglamento sobre régimen económico matrimonial y 13 del reglamento sobre efectos patrimoniales de las parejas registradas; de algún modo, artículo 10.3 de la Ley concursal.

b) *Cooperación ad intra y ad extra.* En esta materia la cooperación se dirige ante todo a la evitación de procedimientos idénticos desenvueltos en paralelo. Ningún sentido tiene en un espacio judicial integrado que se emanen dos resoluciones sobre el mismo tema, cuando solo una de ellas va a poder ser implementada. Entran aquí las reglas sobre litispendencia y conexidad contenidas en casi todos los reglamentos europeos (el 2201/2003 constituye una excepción matizada, artículo 19). Lo que no era tan augurable era que la cooperación se proyectara hacia Estados terceros, tal y como ha hecho el Reglamento 1215/2012 en cuestiones patrimoniales, colocando el foco allí donde lógicamente debe ir colocado, a saber, en las expectativas de reconocimiento y ejecución de las decisiones extranjeras. En particular, la litispendencia no se entiende sino como instrumento preventivo al servicio de la eficacia de cosa juzgada de tales decisiones, de forma que dar preferencia a un procedimiento iniciado ante un foro de un Estado tercero tiene sentido solo si lo que allí se haga va a servir para algo en nuestro entorno. Lógicamente, la atención se desplaza sobre las condiciones en las que se desarrollan los procesos en esos Estados.

En el ordenamiento español de origen autónomo el tenor de los artículos 37 ss. LCJI no difiere de lo previsto en el mencionado reglamento. Solo aporta el matiz de su aplicabilidad en todas las materias. En cualquier caso, es una cooperación ofrecida unilateralmente, gratuita, y por lo tanto controlada de forma exhaustiva.

En otro orden de cosas, se ha implementado de forma limitada una cooperación tendente a la identificación del tribunal mejor situado para el conocimiento de una causa. El artículo 15 del Reglamento 2201/2003 es lo más parecido al *forum non conveniens* anglosajón (el artículo 6 del reglamento sobre sucesiones no es equiparable ni en cuanto a condiciones ni en cuanto a restricciones), instaurando una fórmula de cooperación entre autoridades tendente a la ubicación del proceso en su sede idónea. Por supuesto que ni esta cooperación existe al margen de un entramado cooperativo como la UE ni puede llevar a la denegación de justicia.

i) Confianza recíproca. Por último, en un entorno de cooperación como la UE se exige a cada tribunal que verifique si se dan las condiciones para asumir competencia judicial, o se deja que sean las partes las que lo hagan en materias estrictamente patrimoniales. La consecuencia de ese primer control es que después, cuando se trate de reconocer y ejecutar las decisiones extranjeras, no será posible control alguno, y no cabrá poner en cuestión los datos fácticos con base en los cuales un tribunal se ha declarado competente.

*Autor: Luis F. Carrillo Pozo
(Universidad de Almería)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho internacional privado*, Granada, 2018; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. A. *Derecho internacional privado*, Madrid, 2018; VIRGOS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, 2007.

VOCABLOS CONEXOS: Competencia judicial internacional. Cooperación judicial internacional. *Exequatur*. Inmunidad de jurisdicción. Inmunidad de ejecución.

CONFLICTO DE LEYES

En una primera aproximación, se puede afirmar que con la expresión conflicto de leyes se designa a la situación en la que concurre una pluralidad de ordenamientos sobre una misma relación privada, con voluntad y título para ser aplicados y disciplinarla. No siendo posible que de forma simultánea entren en juego todos ellos, es lógico deducir que la función de las normas de Derecho internacional privado es articular mecanismos de selección y diseño de una respuesta amoldada, como veremos.

El punto de partida obvio es constatar la coexistencia de una multitud de sistemas jurídicos en el mundo. No es solo que cada Estado tenga su propio Derecho, sino que incluso dentro de un mismo país pueden convivir una variedad de estos. Se alude, es claro, a sistemas normativos que de un modo u otro tienen su origen en el Estado; en consecuencia, reglamentaciones profesionales, leyes modelo, recopilaciones académicas, principios elaborados por comisiones [...] no merecen esa consideración (no son normativa estatal), y no puede decirse con propiedad que generen situaciones de conflicto de leyes. Solo cuando sean incorporadas a la legislación estatal —y en la medida y con las condiciones en que se haga— concurrirán con otros ordenamientos.

Cuando los particulares instauran relaciones que debordan los límites de un sistema y presentan contactos con más de uno, es fácil que las expectativas de las partes apunten a la entrada en juego de aquel en el que normalmente «viven», circunstancia en la que se impone armonizar esas expectativas eventualmente contradictorias. Dicho en general, un observador imparcial mirará la relación y descubrirá razones —más o menos poderosas— para tomar en consideración todos y cada uno de esos sistemas; tarea del legislador es ofrecer pautas para superar el *impasse*. Una primera opción posible es obviar el dato de la heterogeneidad, hacer caso omiso del elemento extranjero y tratar de la misma manera todas las relaciones jurídicas: la relación será objetivamente internacional, pero nada (en términos de derechos fundamentales o de Derecho internacional público, por ejemplo) obliga a un legislador a darle una respuesta diferenciada. La segunda consiste en predisponer reglas específicas para los casos en los que exista un elemento extranjero —considerado relevante— dentro de la situación.

Segunda variable crucial es el sistema estatal de referencia. Cada autoridad nacional resuelve un determinado problema de acuerdo con sus propias normas, únicas a las que se halla vinculada. En consecuencia, no es indiferente acudir a un juez (o a cualquier otro operador jurídico) español o a uno francés o a uno chino y así sucesivamente. Si entran a cono-

cer del asunto, si tienen competencia para ello, es algo previo, pero una vez que la respuesta a este *prius* sea favorable, el producto jurídico final que ofrezcan cambiará. Por ejemplo, es conocido que el tratamiento de la responsabilidad delictual en los sistemas anglosajones es muy diferente al de los continentales, o que en el ámbito sucesorio los mecanismos de transferencia de la riqueza varían considerablemente de un ordenamiento a otro. En consecuencia, una vez individualizada esa autoridad se podrá intuir cómo discurre el resto del proceso, lo que da lugar a comportamientos estratégicos de los litigantes, que acudirán a un foro o a otro en función del resultado esperado y deseado (el llamado *forum shopping*).

Interesa en esta entrada abordar tres temas: Los tipos de conflictos de leyes, los métodos de solución y la fuentes normativas básicas.

1. Conflictos de leyes internacionales o internos; de base personal o territorial

Lo más habitual es que cada Estado tenga su propio Derecho y un solo sistema normativo, en vigor dentro de su fronteras nacionales. En general, la mayor parte de los países de la UE son unitarios desde el punto de vista jurídico-privado. No es posible en consecuencia que se presenten cuestiones de conflicto de leyes cuando todos los elementos de la relación se localizan dentro del mismo Estado. Por contra, en países como España, por ejemplo, conviven una multitud de sistemas jurídicos civiles. Por razones históricas, se desarrollaron en varias zonas legislaciones especiales que se han conservado y desarrollado, al amparo del artículo 149.1.8. CE. En España, por lo tanto, sí que pueden surgir situaciones de conflicto de leyes aun tratándose de una relación íntegramente española.

En segundo lugar, frente a la suposición de que un Derecho dado tiene vigencia sobre una base territorial, aplicándose a todas las personas y eventos que se encuentren o sucedan dentro de un espacio delimitado, cabe que se promulguen normas que quieran ser aplicadas a determina-

dos grupos humanos y por razón de algunas características personales propias (religión o etnia normalmente). Sería el caso de aquellos Estados donde se aplica un ordenamiento u otro en función de la religión que se profese, como por ejemplo Israel; en la mayor parte de Africa se opta por un ordenamiento u otro dependiendo de la tribu o raza a la que el interesado pertenezca.

Sea como fuere, en ambos supuestos hay que recurrir a técnicas propias del Derecho internacional privado para individualizar el ordenamiento competente. En España se trasladan las normas pensadas para los conflictos de leyes internacionales al ámbito interregional, usando la vecindad civil como elemento clave de sujeción a un sistema u otro. Los convenios de la Conferencia de La Haya afrontan estas situaciones confiando la respuesta a las fórmulas incorporadas en el ordenamiento designado, y en su defecto invocando la aplicación de la ley más estrechamente vinculada con aquellas (véase por todos el ejemplo reciente del artículo 16 del Protocolo de 2007 sobre ley aplicable a obligaciones de alimentos).

2. Mecanismos de solución del conflicto de leyes. La norma de conflicto, sistema de base

Conflicto de leyes y norma de conflicto no son sinónimos, pero es cierto que el principal método para dar respuesta a las situaciones de concurrencia de ordenamientos es la norma de conflicto. Superada la doctrina de los estatutos que atribuía a las leyes una voluntad de aplicación territorial o extraterritorial, se identifica el objetivo de la disciplina con la búsqueda del centro de gravedad de las relaciones privadas, aplicando el Derecho en vigor allí donde se localice tal centro, como es sabido. Para ello lo primero es definir la categoría que se pretende regular, más o menos delimitada; la segunda tarea es seleccionar el criterio de conexión, atendiendo a los objetivos que el legislador entienda que deben estar presentes en la respuesta internacional privatística a las situaciones que encajan en tal categoría; la consecuencia jurídica es automática, esto es,

encomendar la disciplina a un ordenamiento dado mediante la declaración de su aplicabilidad (con mayor amplitud véase la voz norma de conflicto en este diccionario).

La norma de conflicto puede limitarse a declarar aplicable en todo caso la *lex fori*. Como ya se ha anticipado, existe una forma de afrontar estas situaciones que es la negativa tajante y simple a considerar que existe conflicto de leyes, ofreciendo una respuesta indiferenciada en clave nacional a todas ellas. El núcleo de la atención en estos casos se desplaza hacia las normas sobre competencia de autoridades, que ofrecen la clave de la razonabilidad o desmesura del modelo: no es necesariamente, pues, una respuesta desproporcionada o absurda la que aboga por la nacionalización; depende del grado de autocontención diseñado por las normas procesales.

Lo más habitual, sin embargo, es usar normas de conflicto bilaterales, que pueden conducir indistintamente a un ordenamiento extranjero o al propio: Cuando se diseña el actualmente vigente modelo de solución de los conflictos de leyes, se parte de un sustrato real marcado por la constatación del alcance de las relaciones transfronterizas, limitadas a un puñado de Estados próximos en lo jurídico y, en consecuencia, en cuanto a los valores esenciales que subyacen a sus ordenamientos (o sea, los occidentales). Es por ello por lo que se termina equiparando todos ellos, asumiendo una fungibilidad que significaba en suma que un foro nacional no podría encontrar dificultad alguna en aplicar una ley extranjera cuando la norma de conflicto así lo previera. Pero el mundo se ha ensanchado desde entonces, y aunque el método sigue pensando en que como punto de partida los Derechos son fungibles, se implementan mecanismos de salvaguardia, como la excepción de orden público.

Ahora bien: Con la puesta en juego de la norma de conflicto solo se consigue ubicar una relación dentro de un sistema jurídico nacional, o sea, nacionalizar la respuesta. Si la disciplina completa de una relación jurídica internacional viniera confiada *in toto* a una ley estatal, sería claro

que el método conflictual no ofrecería un tratamiento ajustado a la internacionalidad de los supuestos, y de hecho esta es una crítica recurrente a la fórmula tradicional de solución de los conflictos de leyes. El otro gran frente que tiene abierto el método es el de la rigidez de los resultados, su escasa adaptación a las peculiaridades de cada caso, en la medida en que supone un salto al vacío. A ello se ha reaccionado haciendo más compleja la técnica, dando un nuevo enfoque a los instrumentos tradicionales o introduciendo nuevos elementos de resolución.

3. La funcionalización de las normas de aplicación

También en el método de Derecho internacional privado hay que realizar las tareas habituales de cualquier razonamiento jurídico: las reglas sobre calificación, reenvío, cuestión previa, excepción de orden público o fraude de ley incorporan instrumentos que sustancialmente se pueden reconducir a los propios de la tarea iusprivatista. Lo peculiar de tal método estriba en las posibilidades de funcionalización de cara al logro del resultado material deseado, merced a la amplitud y flexibilidad del sistema. Esto es lo que se ha hecho, primero a nivel jurisprudencial y después en la propia codificación. De este modo, por ejemplo, la aceptación o no del reenvío se subordina al tenor del derecho reclamado (v. gr., artículo 13.3 de la Ley italiana de Derecho internacional privado: se acepta el de segundo grado si con ello se permite el establecimiento de la relación de filiación; el TS condiciona la entrada en juego del reenvío en cuestiones sucesorias al mantenimiento del principio de unidad); la excepción de orden público opera de forma matizada para tolerar en el foro que desplieguen efectos situaciones constiuidas en el extranjero contrarias a los principios fundamentales propios (v. gr., alimentos en favor de una esposa en el matrimonio poligámico); la disparidad de sexo en el matrimonio es calificada como cuestión de fondo y no de capacidad. En definitiva, la solución de los conflictos de leyes se hace más compleja en la medida en que se tienen en cuenta factores y objetivos que van más allá de la mera localización.

4. *Fraccionamiento de las relaciones jurídicas*

Tratando de proyectar un análisis completo de cada situación, en lugar de encomendar su disciplina a un solo Derecho, se opta en los sistemas de nuestro entorno por proyectar un triple haz de luces que permitan segmentarla en tres estratos, cada uno eventualmente sometido a un sistema jurídico diferente: De la misma manera que los detalles de una estatua se perciben más nítidamente si es enfocada desde tres puntos de luz en lugar de uno solo, el análisis jurídico se refina si se busca la ley más adecuada para cada dimensión típica de una relación. Así, la capacidad de los intervinientes, las cuestiones formales y las de fondo son objeto de distintas normas de conflicto, y en principio podrían quedar disciplinadas por ordenamientos diferentes, aquellos con los que manifiesten una mayor vinculación. No obstante, la disparidad de normas es más teórica que real, porque al menos lo formal y lo sustantivo suelen estar sometidos al mismo sistema —o al menos pueden estarlo, gracias a la existencia generalizada de normas de conflicto con criterios de conexión alternativos para las cuestiones formales—.

Hasta ahí llega el refinamiento del análisis. No es sin embargo propio de nuestro sistema la facultad reconocida al aplicador del Derecho para segmentar libremente las relaciones, en tantos aspectos como estime conveniente, para someter cada uno a la ley con la que se vincule en mayor medida. Esto es lo que hace el 2nd Restatement on the Conflict of Laws en su sección 6 («Choice-Of-Law Principles»):

(1) A court, subject to constitutional restrictions, will follow a statutory directive of its own state on choice of law.

(2) When there is no such directive, the factors relevant to the choice of the applicable rule of law include

(a) the needs of the interstate and international systems,

(b) the relevant policies of the forum,

- (c) the relevant policies of other interested states and the relative interests of those states in the determination of the particular issue,
- (d) the protection of justified expectations,
- (e) the basic policies underlying the particular field of law,
- (f) certainty, predictability and uniformity of result, and
- (g) ease in the determination and application of the law to be applied.

En nuestro entorno a lo más parecido que se llegó fue a la facultad reconocida en el artículo 4.1 *in fine* del Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, hoy desaparecida. No existe a día de hoy ninguna norma similar en el Derecho internacional privado español (otra cosa es la posibilidad que tienen las partes de un contrato de elegir una ley diferente para las distintas partes del negocio que estén dotadas de autonomía jurídica y económica).

5. *Las normas imperativas*

Cuando se habla de normas imperativas (o de policía o aplicación necesaria) se alude a aquellas reglas que expresan valores muy importantes para una sociedad y que no pueden dejar de ser aplicadas por un juez nacional, aunque la relación jurídica venga sometida a un ordenamiento extranjero. No son reglas pensadas prioritariamente en el interés particular de un individuo, sino que ponen en juego la organización colectiva (reglas ordopolíticas). Piénsese en las que regulan la concurrencia en el mercado, la protección del patrimonio cultural, la política exterior (bloques, embargos), la prevención del blanqueo de capitales, el acceso a la vivienda o las condiciones esenciales del mercado laboral, por ejemplo.

Pues bien, otra forma de refinamiento del análisis e internacionalización de la respuesta es la toma en consideración de las normas imperativas de los ordenamientos vinculados de un modo u otro con la relación con-

trovertida. Recuérdese que la norma de conflicto reclama la entrada en juego de una ley (del foro o no), que va a ser aplicada en su integridad: Se le encomienda la disciplina integral, con sus reglas dispositivas e imperativas (dentro de estas se incluyen, por ejemplo, las normas jurídico privadas de tutela del consumidor), mas a esta disciplina habrá que yuxtaponer en todo caso las reglas imperativas del foro (entendidas en el sentido expuesto en el párrafo anterior), desplazando, si es menester, a las de la *lex causae* allí donde choquen: Sería impensable que un juez nacional dejara de lado estas concepciones básicas solo porque la relación se somete a un determinado Derecho. Así, por ejemplo, si en un préstamo al consumo la ley aplicable establece unos intereses de demora que se alejan en demasía de los que prevé el sistema del foro, parece claro que el juez preferirá aplicar la tasa local y dejará de hacer lo propio con la extranjera. No se trata de rechazar en su integridad la aplicación del Derecho extranjero (como si fuera contrario al orden público), sino solo la solución de un aspecto concreto que resulte claramente contradictoria con la del Derecho propio.

Pero la más neta internacionalización de la respuesta viene a partir de la toma en consideración de las normas imperativas de un tercer Estado, cuando se halle estrechamente vinculado con la situación. Piénsese en un contrato para la exportación de obras de arte sometido a un ordenamiento diferente al del país de origen de las mismas, por ejemplo, o la incidencia de las norma de circulación en un caso de accidente de tráfico. Su utilidad estriba en que permite alcanzar la misma solución a la que llegaría el tribunal del Estado que haya emanado tales normas, facilitándose la circulación de las resoluciones judiciales. Es la situación recogida en el artículo 9 del reglamento Roma I, en el 16 del reglamento Roma II o en el 30 del reglamento sobre sucesiones, por ejemplo. Ni que decir tiene que su acogida por el juez pasa por la comprobación de la existencia de continuidad axiológica entre lo que expresan y los valores del sistema del foro.

6. *Tendencias de la disciplina de los conflictos de leyes*

La creciente atención a los perfiles propios de las situaciones de conflicto de leyes y la mayor sensibilidad a otros sectores del ordenamiento jurídico ha provocado un gradual abandono del esquematismo de las soluciones y la entrada en juego de otros factores de construcción del sistema:

- Búsqueda caso por caso del ordenamiento más estrechamente vinculado con una situación. Aun siendo su objetivo la mejor localización de las relaciones, a la norma de conflicto clásica se le achaca el formalismo excesivo, que podía abocar a resultados *in casu* manifiestamente inadecuados. Ha sido el gran mérito de la llamada revolución conflictual americana poner el acento en ese defecto y proponer soluciones, que en Europa han tenido eco con la flexibilización de los métodos de solución y la atención a los intereses generales en presencia: lo primero se traduce en normas de conflicto que se limitan a recoger un principio de construcción (o que se conciben explícitamente como expresión de ese principio, como en el artículo 1 de la Ley de Derecho internacional privado austriaca), reclamando la aplicación del Derecho que manifieste la vinculación más estrecha con el caso, o cláusulas de escape que exigen el control *a posteriori* de los resultados, verificando su ajuste a tal principio. De este modo, se ha colocado al juez en una posición central del razonamiento: no hay automaticidad, no hay previsibilidad absoluta, sino que hasta que no se disponga de una sentencia firme no se va a conocer con certeza cuál es la ley rectora de una determinada relación jurídica.

La segunda manifestación de la *conflict revolution* se resume en la atención a las normas imperativas, cuestión ya aludida *supra*.

- Anudado a este fenómeno va la pérdida de la asepsia del método conflictual. Es diáfano que el Derecho internacional privado no puede ser ajeno a los valores que inspiran el resto del ordenamiento. Por lo tanto, no se trata de ubicar sin más la controversia en el orden jurídico más vinculado sino de incorporar objetivos del Derecho material. Así, por ejemplo, la tutela del consumidor o del trabajador, el favorecimiento de una declaración de divorcio o la consecución de una prestación de alimentos penetran en el método, mediante la elaboración de normas que directamente declaran la aplicación de la ley más próxima a quien se quiere tutelar (o al menos un umbral de protección mínimo, referenciado a esa ley), o descartando aquel ordenamiento que no alcance el resultado deseado (criterios de conexión sucesivos), o permitiendo a los particulares ajustar su comportamiento al sistema que prefieran (el más conocido el menos exigente: criterios alternativos).

En el mismo sentido se mueve la tensión favorable a la implementación de los derechos fundamentales por encima de consideraciones conflictuales. Es el caso de la interpretación restrictiva de la inmunidad de jurisdicción o de la imposición de unos standards laborales mínimos a las empresas multinacionales, sin consideración de la ley del lugar de trabajo.

- La huida de soluciones generales, producto de normas de conflicto concebidas con supuestos de hecho formulados con extraordinaria amplitud, incapaces de aprehender los matices diferenciales de los diversos tipos de relaciones jurídicas, encuentra en la elaboración de normas de conflicto especializadas una nueva muestra de aquella tendencia a la mayor finura en el análisis. Ni que decir tiene que la contrapartida es la mayor dificultad en la tarea de calificación. Basta comparar la cantidad de normas de Derecho internacional privado vigentes en la actualidad con las que existían en la época de la codificación: Por ejemplo, pasamos

de una escueta regla sobre responsabilidad por daños en el artículo 10.9 CC a los convenios de La Haya específicos sobre responsabilidad por productos y accidentes de circulación, y en la actualidad el reglamento Roma II sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, con normas de conflicto para nueve materias diferentes; en cuanto a los contratos, el reglamento Roma I y las normas específicas contenidas en directivas ofrecen un panorama suficientemente complejo y elocuente de ese refinamiento (dentro del propio reglamento, el artículo 4 es buen ejemplo de las dificultades encontradas en el proceso de subsunción).

- La expansión de la autonomía de la voluntad de los particulares: la privatización del Derecho internacional privado. Precisamente, porque es Derecho privado, se asume que las partes que han dado vida a una relación son sus «dueños», los que conocen mejor que nadie sus necesidades; en consecuencia, debe permitirse que puedan seleccionar aquel sistema de normas que mejor se adapta a los objetivos perseguidos al darle existencia (la autonomía funciona como criterio de coexión). Todo ello sin perjuicio de restringir tal libertad en los sectores en los que existen fuertes intereses públicos y de la permanente presencia de las normas imperativas, en cada rincón del Derecho privado (la autonomía como criterio selector de conexiones). Así, si inicialmente quedaba restringida esa autonomía a las obligaciones contractuales, ha ido entrando en ámbitos materiales tan alejados como la ley rectora del divorcio o de la sucesión por causa de muerte.

Por supuesto que elegir el Derecho regulador de una relación determinada es costoso: Comporta la previa investigación del contenido de los diversos ordenamientos potencialmente seleccionables, la negociación y la redacción de la cláusula de elección. El legislador ha reducido o eliminado esos costes al eliminar o reducir hasta lo irrelevante las condiciones

de validez. Ejemplo extremo es el artículo 3 del mencionado reglamento Roma I.

7. La mayor complejidad de las fuentes

En otro orden de cosas, a día de hoy existen varios polos de producción de normas de Derecho internacional privado, con la consiguiente complejidad derivada de la falta de coordinación y, por ello, de la concurrencia de disposiciones que tratan de proyectarse sobre un mismo sector.

En España el monopolio de la elaboración de normas para resolver los conflictos de leyes lo tiene el Estado (artículo 149.1.8 CE), lo que comporta que las comunidades autónomas con competencias en materias de Derecho privado no pueden sino emanar reglas cuya entrada en juego depende de que las normas estatales hayan previamente declarado aplicable la ley regional en cuestión. Pero la incorporación de España a la UE y la asunción por las instancias europeas de funciones en el sector del conflicto de leyes (actualmente, artículo 81.2 del Tratado de funcionamiento de la UE) ha ido desplazando progresivamente la fuente de producción hacia ese marco institucional. Bajo la capa de la facilitación de la libre circulación y la consiguiente necesidad de remover los obstáculos a su ejercicio se han ido unificando las normas de conflicto en lo patrimonial, en lo familiar y en lo sucesorio. Ni que decir tiene que la coherencia de los diversos productos normativos europeos no está garantizada (directivas sobre consumidores, normas sobre desplazamiento temporal de trabajadores).

Piénsese además en la importante tarea codificadora de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, fruto de la cual es la lista de convenios, muchos ratificados por Estados miembros y que —en aras del respeto de los compromisos asumidos— mantienen su vigencia incluso en presencia de normas de fuente europea. Es el caso en España de la convivencia de los convenios sobre responsabilidad por productos, accidentes de circulación y reglamento Roma II. Una buena coordi-

nación existe no obstante en cuestiones como la protección de menores o ley aplicable a alimentos, donde la UE tiene en cuenta los convenios de la Conferencia y se remite a ellos.

Por último, existen foros internacionales con iniciativas en materia de conflicto de leyes, si bien con menor incidencia cuantitativa: Naciones Unidas, Consejo de Europa, Comisión internacional del estado civil, Organización de Estados Americanos. En todo caso, hay que estar atento en particular a los ámbitos de aplicación personal, material y territorial de cada instrumento normativo, para evitar y resolver los problemas de solapamiento y eventuales contradicciones.

8. Modelo de reconocimiento y crisis del método conflictual

En el espacio europeo, el modelo tradicional de conflicto de leyes de algún modo pasa a un segundo plano en los últimos años. Dando preponderancia a la libertad de circulación, la construcción del Tribunal de Justicia de la UE se ha centrado más bien en garantizar el reconocimiento transfronterizo de situaciones válidamente constituidas al amparo de un ordenamiento nacional, eludiendo o rechazando consideraciones conflictuales. Ello tiene reflejos particularmente claros en el derecho al nombre y en derecho de sociedades: si en otras sentencias ese modo de proceder era implícito, en la muy importante sentencia de 14 de octubre de 2008 (Asunto C-353/06) el TJ excluye el juego de la norma de conflicto para privilegiar la continuidad de las situaciones. La confianza recíproca comporta la ausencia de control sobre lo hecho en el extranjero y la imposibilidad —como regla— de rechazar los productos jurídicos procedentes de otro país de la Unión.

*Autor: Luis F. Carrillo Pozo
(Universidad de Almería)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. «El paradigma de la norma de conflicto multilateral», en *Estudios jurídicos en*

homenaje al profesor Aurelio Menéndez, vol. 4, Madrid, 1996, pp. 5239-5270; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis en *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, vol. 2, Madrid, 2005, pp. 1335-1374; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. A. *Derecho internacional privado*, Madrid, 2018.

VOCABLOS CONEXOS: Norma de conflicto. Normas imperativas. Método del reconocimiento. Estado plurilegislativos.

CONFLICTO MÓVIL: NORMA DE FUNCIONAMIENTO DE LA NORMA DE CONFLICTO

La estructura compleja de la norma de conflicto provoca la aparición de una serie de problemas en su aplicación práctica (G. KEGEL). Son los conocidos como «problemas de aplicación de la norma de conflicto»: calificación, reenvío, orden público internacional, fraude de Ley internacional, remisión a sistemas jurídicos plurilegislativos, aplicación del Derecho extranjero, conflicto móvil, cuestión previa, conflicto internacional transitorio, etc. Tanto el DIPr. español como el DIPr. europeo contienen una batería de normas o disposiciones legales auxiliares destinadas a resolver tales dificultades o «problemas de aplicación». Estas normas auxiliares se denominan como «normas de aplicación», «normas de funcionamiento» o «disposiciones secundarias de conflicto de Leyes» (J. JACQUET) y constituyen todas ellas un entramado de herramientas que se conoce, tradicionalmente, con el nombre de la «parte general» del DIPr. en el sector del Derecho aplicable o «conflictos de leyes».

1. Conflicto móvil. Concepto

Se produce el «conflicto móvil» cuando se verifica un cambio en la circunstancia empleada por la norma de conflicto como punto de conexión: un cambio de nacionalidad de la persona, un cambio del país donde se halla un bien, etc. La locución «conflicto móvil» fue acuñada por E.

BARTIN. La doctrina alemana emplea el vocablo *Statutenwechsel* («cambio de Estatuto» o «cambio de Ley aplicable»), debido a E. ZITTELMANN.

2. *Conflicto móvil. Causas*

Las causas más frecuentes del conflicto móvil son las siguientes: 1.º Un cambio en el tiempo de una circunstancia utilizada como punto de conexión mutable. Ejemplo: el sujeto cambia de nacionalidad o de residencia habitual de un país a otro; 2.º Un cambio de Soberanía estatal sobre el territorio (H. BATIFFOL/P. LAGARDE). Ejemplo: el bien inmueble pasa de estar situado en un país, a estarlo en otro, porque el territorio sobre el que se encuentra cambia de soberanía. Inmuebles situados en Rusia antes de 1991 ahora se encuentran situados en Lituania.

3. *El conflicto móvil en Derecho internacional privado europeo*

El DIPr. de la UE carece de una solución general sobre el «conflicto móvil». Cada instrumento legal europeo suele disponer de soluciones específicas que aclaran el momento temporal relevante para tomar en consideración el punto de conexión de la norma de conflicto. Debe subrayarse que, en la mayor parte de los casos, las normas de conflicto europeas emplean puntos de conexión congelados en el tiempo (*Constant Connecting Factors*). Las normas de conflicto que contienen este tipo de puntos de conexión evitan completamente el conflicto móvil, pues el punto de conexión pasa a ser «inmutable» y el problema del conflicto móvil es resuelto por el legislador. Algunos ejemplos pueden resultar útiles.

1.º *Ley aplicable a la sucesión mortis causa*. El artículo 21 RES indica que «la ley aplicable a la totalidad de la sucesión será la del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento». Es irrelevante que el causante haya ostentado diversas nacionalidades durante su vida. La única nacionalidad que cuenta, a efectos

sucesorios, es la que tenía en un momento concreto, en el momento de su fallecimiento.

2.º *Ley aplicable al contrato de compraventa de mercaderías.* El artículo 4.1.a) RR-I indica que a falta de elección de Ley por los contratantes, «el contrato de compraventa de mercaderías se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual». Señala el artículo 19.3 RR-I que «[l]a residencia habitual será la determinada en el momento de la celebración del contrato».

3.º *Ley aplicable al divorcio.* El artículo 8.a) RR-III precisa que a falta de una elección de Ley por los cónyuges, el divorcio se regirá por la Ley del Estado en cuyo territorio tengan los cónyuges «su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda».

4. *El conflicto móvil en Derecho internacional privado español*

4.1. *Generalidades*

El DIPr. español carece de una solución general sobre el «conflicto móvil», a diferencia de lo previsto en otros sistemas (*vid.* § 7 LDIPr. Austria 1978, artículo 3 LDIPr. Turquía). La solución a la cuestión en DIPr. español debe arrancar de una distinción básica.

1.º *Puntos de conexión mutables congelados en el tiempo* (Constant Connecting Factors). Las normas de conflicto que contienen este tipo de puntos de conexión evitan completamente el conflicto móvil, pues el punto de conexión pasa a ser «inmutable» y el problema del conflicto móvil es resuelto por el legislador. Un ejemplo se encuentra en el artículo 9.4 CC (versión de 2015), que hace aplicable la Ley de la residencia habitual del hijo en el momento de ejercicio de la acción de filiación.

2.º *Soluciones específicas ofrecidas por el legislador.* Ciertas normas de conflicto españolas contienen reglas específicas que solventan el conflicto móvil.

Tales normas ordenan, normalmente, aplicar la Ley del país al que conduce el punto de conexión antes del cambio de la circunstancia en cuestión para proteger así la seguridad jurídica y la previsibilidad de respuesta de la norma de conflicto. Ejemplo: el artículo 9.1 *in fine* CC indica que «el cambio de ley personal no afectará a la mayoría de edad adquirida de conformidad con la Ley personal anterior». La mayor edad se rige, pues, por la Ley del país cuya nacionalidad ostentaba el sujeto en el momento de alcanzar dicha edad.

3.º *Puntos de conexión mutables* stricto sensu (Variable Connecting Factors). Cuando los puntos de conexión son mutables y no están fijados en un determinado momento temporal por el legislador, surge verdaderamente el problema del «conflicto móvil». A falta de indicación expresa por el legislador, debe arrancarse de la «tesis de la Ley anterior» (G. BARRILE, H. LEWALD, A. PILLET, F. A. MANN). El legislador tiende a evitar el cambio de la Ley aplicable en el tiempo. Por ello, debe presumirse que la norma de conflicto fija la Ley aplicable en un momento determinado. Y tal momento es el correspondiente al «nacimiento» de la situación jurídica. Ello permite concretar el Derecho aplicable *ab initio*, sin que cambios posteriores de las circunstancias alteren el Derecho aplicable. Así se fomenta la seguridad jurídica y se evitan fraudes (correctamente, en materia de filiación pero con relación a una norma de conflicto cuyo texto hoy es distinto [artículo 9.4 CC]: RDGRN [3.ª] 18 febrero 1997).

4.2. *Conflicto móvil y filiación. El artículo 9.4 CC (2015)*

Un sujeto ostenta al nacer la nacionalidad francesa y reside habitualmente en Francia. A los veinte años de edad, aunque todavía ostenta la nacionalidad francesa, reside habitualmente en España y es en dicho momento cuando ejercita una acción de filiación no matrimonial contra su presunto padre ante jueces españoles. Solución → El artículo 9.4 CC indica que la filiación se regula, en este caso, por la Ley de la residencia habitual del hijo el momento en el que ejercita la acción judicial. La Ley española rige la filiación del actor.

4.3. *Conflicto móvil y Ley reguladora de la capacidad. El artículo 9.1 CC (1974)*

Un sujeto marroquí vende un automóvil a comprador español en España. Pasado un año se impugna la validez del contrato por falta de capacidad del vendedor. En ese momento, el vendedor ostenta nacionalidad francesa. El artículo 9.1 CC, redactado en 1974, señala que la capacidad se rige por la Ley nacional, sin más precisiones. La nacionalidad a retener debe ser la nacionalidad que el sujeto ostentaba en el momento de la celebración del contrato (= «tesis de la Ley anterior»). Se evitan así fraudes y se potencia la seguridad jurídica.

4.4. *Otras soluciones no admisibles al conflicto móvil en Derecho internacional privado español*

Deben descartarse otras soluciones que la doctrina ha propuesto para resolver este problema (J. K. GRODECKI): 1.º *tesis de la Ley posterior*. Se trata de aplicar la Ley a la que conduce el punto de conexión una vez que ha cambiado dicha circunstancia en cuestión (P. GRAULICH). Pero esta solución es peligrosa, pues fomenta los fraudes y la inseguridad jurídica; 2.º *tesis de la alternatividad de leyes*. Consiste en aplicar alternativamente ambas leyes (= la ley estatal anterior o la ley estatal posterior). Así lo hace el Convenio de La Haya de 5 octubre 1961 (forma de los testamentos). En el fondo, se trata de aplicar la «Ley más favorable»; 3.º *tesis del Derecho transitorio*. Se aplican, por analogía, las reglas de Derecho transitorio. Ello supone aplicar sucesivamente ambas leyes: la primera regularía la situación hasta el momento en el que cambia la circunstancia empleada como punto de conexión, y la segunda, a partir de dicho momento. Pero esta solución ignora el carácter «internacional» del supuesto, y parte de una muy discutible analogía de los casos de conflicto móvil con los supuestos de Derecho transitorio; 4.º *tesis de los derechos adquiridos*. Defendida por A. PILLET, consiste en estimar que debe aplicarse en todo caso la Ley del primer Estado, Ley aplicable antes de que hubiera cambiado la circunstancia empleada como punto de conexión,

porque se ha adquirido un derecho con arreglo a dicha Ley. Esta tesis fomenta la seguridad jurídica y la estabilidad legal, pero presenta inconvenientes (D. GUTMANN). El primero radica en que solo asegura la certeza legal de determinadas personas, y perjudica a otras. Así, los terceros que se relacionan con los titulares de derechos adquiridos con arreglo al punto de conexión anterior están desprotegidos, pues, para ellos, la aplicación de la Ley a la que conduce el punto de conexión primero resulta imprevisible y, por tanto, muy costosa. De ese modo, por ejemplo, el sujeto que ha adquirido un bien en un país podría ejercitar las facultades dominicales previstas en el Derecho del primer país pero ahora en otro país en el que ahora se encuentra la cosa, lo que perjudica a los terceros que operan en el segundo país, que, lógicamente esperan ver aplicada la Ley del país donde, ahora, se halla situado el bien. El segundo inconveniente radica en que puede darse aplicación a un punto de conexión que conduce a un Derecho que ya ha perdido contacto totalmente con la situación, lo que eleva los costes de la solución legal; 5.º *tesis del objetivo de la norma de conflicto*. Defendida por E. BARTIN, consiste en que si el objetivo perseguido por la norma de conflicto radica en la protección de la apariencia legal, debe aplicarse la Ley a la que conduce el punto de conexión de la norma de conflicto en un segundo momento. Si por el contrario, la norma de conflicto persigue proteger la estabilidad legal de la persona, debe darse aplicación a la Ley a la que conduce el punto de conexión de la norma de conflicto antes del cambio de la circunstancia de la que se trate. La tesis es brillante, aunque presenta el obstáculo de tener que definir qué normas están guiadas por el principio de la apariencia legal y cuáles están edificadas sobre el principio de permanencia de las situaciones jurídicas, lo que complica la operatividad de la tesis.

5. *Normas de funcionamiento contenidas en convenios internacionales de Derecho internacional privado en vigor para España*

Las normas de funcionamiento que solventan los problemas de aplicación de las normas de conflicto contenidas en convenios internacionales vigentes para España presentan un carácter particular. Es decir, cada

convenio internacional dispone de su propio arsenal de normas de funcionamiento que solventan las cuestiones relativas a la aplicación de sus respectivas normas de conflicto en la materia objeto de regulación: forma de las disposiciones testamentarias, medidas de protección de los niños, responsabilidad por daños derivados de los productos, etc. Existen marcadas diferencias entre las normas de funcionamiento de cada uno de estos convenios internacionales. Estas «normas de funcionamiento convencionales» prevalecen sobre las recogidas en el artículo 12 CC. Por ello, resulta extremadamente aconsejable que, comprobado que el supuesto debe ser regulado por uno de estos convenios internacionales vigentes para España, todo operador jurídico sea consciente de que los problemas de aplicación de las normas de conflicto contenidas en el convenio internacional aplicable deben ser resueltos con arreglo, exclusivamente, a las normas de funcionamiento incluidas en el convenio en cuestión. Varios ejemplos pueden recordarse: (a) Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 octubre 1996, contiene normas específicas. Contiene las siguientes normas de aplicación: reenvío (artículo 21); orden público especializado (artículo 22); remisión a sistemas plurilegislativos *ad extra* (artículos 47-49); sucesión temporal de la norma de conflicto (artículo 53); (b) Convenio sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, hecho en La Haya el 5 octubre 1961. Incluye las siguientes normas de aplicación: reenvío (artículo 1); calificación específica de ciertas situaciones (artículo 5); orden público internacional (artículo 7); sucesión internacional de normas de conflicto (artículo 8); (c) Convenio sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos, hecho en La Haya el 2 octubre 1973. Recoge las siguientes normas de funcionamiento: calificación (artículo 8); orden público internacional (artículo 10); remisión a sistemas legales plurilegislativos (artículo 12); reenvío (artículos 4. 5 y 6).

*Autora: Esperanza Castellanos Ruiz
(Catedrática de Derecho Internacional Privado,
Universidad Carlos III de Madrid)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BATIFFOL, H. «Conflits mobiles et droit transitoire», *Mélanges P.Roubier*, París, Dalloz & Sirey, 1961, pp. 39-52; BÖHMER, Chr. «Heilung formfehlerhafter Ehen durch Statutenwechsel?», en *Festschrift Karl Firsching*, München, 1985, pp. 41-51; CIGOJ, S. «Les droits acquis, les conflits mobiles et la retroactivité a la lumiere des Conventions de La Haye», *RCDIP*, 1978, pp. 1-30; GRAULICH, P. «Conflit de lois dans le temps», *E.Dalloz DI*, vol. 1, París, 1968, pp. 504-516; HENRICH, D. «Die Angleichung im internationalen Namensrecht - Namensführung nach Statutenwechsel», *StAZ*, 2007, pp. 197-204; HIRSCHFELD, H. D. *Der Einfluss des Statutenwechsels auf die vorher erfolgte Eheschliessung*, Diss. Bonn, 1972; LÜDERITZ, A. «Wechsel der Anknüpfung in bestehendem Schuldvertrag», en *Festschrift Max Keller*, Zürich, 1989, pp. 459-472; VON OVERBECK, A. E. y ROSSEL, J. E. «Le conflit mobile et le droit transitoire en matière de régimes matrimoniaux selon la loi fédérale sur le droit international privé», *Semaine Judiciaire*, 1990, pp. 265-282; STOLL, H. «Probleme des Statutenwechsels nach Erwerb eines Lösungsrechts an einer gestohlenen Sache», *IPRax*, 1987, pp. 357-360; VITTA, E. «La legge regolatrice del bene mobile trasferito», *RDIPP*, 1974, pp. 217-225; WENGLER, W. «La situation des droits», *RCDIP*, 1957, pp. 185-212 y 409-434.

CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ARBITRAJE

La constitucionalización del arbitraje es un tema de máxima importancia que no deja indiferente a la comunidad jurídica internacional. Dicha constitucionalización tiene como base fundamental el reconocimiento del arbitraje en las constituciones de determinados ordenamientos jurídicos, principalmente latinoamericanos —Venezuela, Perú, Colombia, Ecuador—, es decir, el tratamiento del arbitraje desde una perspectiva o relevancia constitucional. Elevar a rango constitucional el arbitraje, ha

propiciado que se amplíe el sistema de justicia estatal con la incorporación de los medios alternativos de resolución de conflicto, en relación con la función jurisdiccional ordinaria que ejerce el Poder Judicial. En este sentido, la facultad de acudir al arbitraje queda garantizada por el propio texto constitucional (FOLLONIER-AYALA, p. 110). Cuando nos referimos a la inclusión, esta puede llevarse a cabo bien por vía directa, es decir, en el propio texto constitucional o desde el punto de vista del reconocimiento del arbitraje como una categoría constitucional a través de la propia jurisprudencia (REY VALLEJO, pp. 216-217), de ahí el vocablo de constitucionalización del arbitraje. De esta manera, el arbitraje, en el marco del Derecho constitucional, es considerado como un derecho potestativo de rango constitucional.

La constitucionalización del arbitraje no es un fenómeno nuevo, la relación entre los textos constitucionales y el arbitraje es de larga data, lo que ha traído, como principal ventaja, el blindaje del arbitraje de ciertas injerencias o interferencias tanto judiciales como de otra índole por los tribunales constitucionales. El arbitraje, como otras ramas del Derecho, ha sido objeto del fenómeno de la constitucionalización que han venido tejiendo los diferentes sistemas de Derecho civil durante décadas (DE JESÚS, pp. 69-79). En este sentido, las controversias relativas al arbitraje son resueltas por disposiciones de rango constitucional o, peor aún, por principios de orden constitucional definidos en las constituciones y en la propia jurisprudencia constitucional, lo que nos permite asegurar que la constitucionalización del arbitraje se materializa mediante las distintas formas de referencia que adquiere en los textos constitucionales.

La relación entre constitución y arbitraje se exterioriza, entonces, en la medida en que el Poder Judicial pueda ejercer un férreo control de la constitucionalidad de las leyes que regulan el arbitraje y, en consecuencia, pueda «resultar en que una o más de sus disposiciones sea impugnada por inconstitucionalidad» (CONEJERO ROOS, p. 240). Así pues, el fenómeno de la constitucionalización del arbitraje es, como reconoce el propio CONEJERO ROOS, un fenómeno de tutela constitucional que en-

global en sí: «tutela de los derechos constitucionales de las personas en el proceso arbitral, tutela de la actividad del Estado y sus organismos y de su capacidad para comprometerse a resolver disputas en el arbitraje [...]» (CONEJERO ROOS, p. 240). A partir de dicho enfoque, la constitucionalización del arbitraje surge como una idea de reconocer dicha institución como parte del ordenamiento jurídico del foro, e incluso, como un derecho fundamental consagrado en la Constitución.

Autor: Nayiber Febles Pozo
(*Profesor de Derecho Internacional Privado,*
UNED)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CONEJERO ROOS, C. «La constitución y el arbitraje internacional: ¿hacia un nuevo lenguaje?», *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 7, 2006, pp. 235-260; FOLLONIER-AYALA, A. «Constitucionalización del arbitraje en América Latina: aspectos generales», *Revista del Club Español del Arbitraje*, n.º 23, 2015, pp. 110-134; REY VALLEJO, Pablo. «El arbitraje y los ordenamientos jurídicos en latinoamérica: un estudio sobre formalización y judicialización», *Vniversitas*, n.º 126, 2013, pp. 216-217; DE JESÚS O, Alfredo. «The impact of constitutional law on international commercial arbitration in Venezuela», *Journal of International Arbitration*, n.º 1, 2007, pp. 69-79.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje.

CONTRATO INTERNACIONAL

El contrato es el principal instrumento jurídico de circulación de los valores patrimoniales y de la riqueza en el ámbito internacional. Así lo subrayan economistas y juristas. El contrato internacional mueve la Economía del planeta y permite la circulación eficiente de los recursos productivos. El contrato internacional es el vehículo jurídico más perfecto que se conoce para el cambio de cosas, derechos y servicios entre operadores

económicos en el contexto en la economía de libre mercado internacional, como ha sido destacado.

Se puede definir el contrato internacional como el compromiso libremente asumido por una parte frente a la otra cuando existe un elemento de extranjería. El Reglamento (CE) 593/2008 de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a obligaciones contractuales (*DOUE* L 177 de 4 de julio de 2008), conocido como Reglamento Roma I, fija la ley aplicable a las «obligaciones contractuales en materia civil y mercantil» respecto a las «situaciones que impliquen un conflicto de leyes», es decir, respecto a los contratos internacionales (artículo 1.1 Reglamento Roma I). Dos son, por tanto, las cuestiones a tratar: 1.º qué debe entenderse por «obligaciones contractuales»; y, 2.º qué debe entenderse por «conflicto de leyes» o carácter internacional de las obligaciones contractuales.

1. *Obligaciones contractuales*

En cuanto a las «obligaciones contractuales», el Reglamento Roma I solo se aplica a las obligaciones derivadas del «contrato». El Reglamento Roma I se aplica a las obligaciones derivadas de contratos civiles, mercantiles, contratos de trabajo, contratos onerosos, gratuitos, lucrativos, típicos, atípicos, orales y escritos. Igualmente el Reglamento Roma I solo se aplica a los contratos sometidos al Derecho privado, es decir a los contratos que celebran entre sí y que vinculan exclusivamente a personas particulares y entes privados. Están excluidos del Reglamento Roma I los contratos en los que una de las partes es un ente público, pero siempre que actúe con potestad de *imperium*, es decir, siempre que actúe con sus poderes soberanos. Es por ello que el artículo 1.1 *in fine* Reglamento Roma I indica que el Reglamento Roma I «no se aplicará, en particular, a las materias fiscales, aduaneras y administrativas». Si el Estado o ente soberano contrata a título de particular, sin ejercitar sus poderes exorbitantes, se tratará de un «contrato privado» cuya Ley aplicable se fijará con arreglo al Reglamento Roma I.

El Reglamento Roma I, aunque no define qué se debe entender por «obligaciones contractuales», excluye determinadas obligaciones que aunque siendo contractuales no se les puede aplicar las disposiciones del Reglamento (artículos 1.2 y 1.3 Reglamento Roma I). El Reglamento Roma I no introduce variaciones importantes en lo que al ámbito material del Reglamento se refiere respecto a lo que se establece en el CR.

2. Situaciones internacionales. Conflicto de leyes

En cuanto al «conflicto de leyes» el Reglamento Roma I se refiere al «carácter internacional» de las obligaciones contractuales. Hay que resaltar la escasa, por no decir nula, tendencia de las normas de Derecho internacional privado, ya sean nacionales o convencionales, a definir qué relaciones presentan carácter internacional, a fin de que se les pueda aplicar o no la normativa conflictual. Por ello, muchas veces la distinción entre un contrato interno y un contrato internacional es más difícil de lo que parece. El Reglamento Roma I se aplica a las obligaciones contractuales en las que existe un «conflicto de leyes», pero no define qué debe entenderse por «situaciones que impliquen un conflicto de leyes». El «conflicto de leyes» siempre hace referencia a la Ley aplicable a una situación privada, pero no hay consenso sobre cómo se soluciona ese conflicto de Leyes o, dicho de otro modo, cuándo un contrato es «internacional».

Existen varias tesis para comprobar la existencia de un contrato internacional: a) tesis del «elemento extranjero puro»; b) tesis del «elemento extranjero relevante»; c) tesis del «elemento extranjero no casual»; d) tesis jurídica; y, e) tesis del «efecto internacional». Sin embargo, dos son las tesis más importantes: la tesis del «elemento extranjero puro» y la tesis del «efecto internacional». La tesis del «elemento extranjero puro» indica que el contrato es internacional cuando concurre uno o varios elementos de extranjería, con independencia de su naturaleza, relevancia o intensidad. La tesis del «efecto internacional» considera que el contrato es internacional cuando produce «efectos conectados con otros países» o afecta a los intereses del comercio internacional. Esta teoría se basa en una interpreta-

ción doctrinal del término «conflicto de leyes» empleado por artículo 1 Reglamento Roma I, en virtud del cual un contrato cuyos efectos repercuten exclusivamente en un país no plantea ningún «conflicto de leyes». Solo en el caso de que un contrato produzca efectos transfronterizos o internacionales las Leyes en presencia de los distintos Estados entrarían en conflicto. Sin embargo, esta teoría no es la seguida por el Reglamento Roma I para interpretar la expresión «conflicto de Leyes», pues el artículo 3.3 Reglamento Roma I incluye en el ámbito de aplicación del Reglamento Roma I los contratos cuyos «elementos pertinentes de la situación» se encuentran todos localizados en un país distinto de aquel cuya Ley es elegida por los contratantes.

El Reglamento Roma I parece decantarse por la tesis del «elemento extranjero puro» al señalar en su artículo 1.1 que el Reglamento solo es aplicable a las obligaciones contractuales «en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes». Según los intérpretes autorizados tal conflicto de leyes se presenta cuando existe algún elemento extranjero, con independencia de su naturaleza, relevancia o intensidad. Según esta tesis, cualquier elemento extranjero identifica un contrato como internacional y surge la cuestión de cuál es la Ley aplicable al contrato. Esta tesis se sustenta en el artículo 3 Reglamento Roma I al señalar las posibilidades que tienen los contratantes de elegir la Ley aplicable a un contrato internacional dependiendo de que el contrato se encuentre «localizado» en un solo ordenamiento jurídico, distinto al elegido por los contratantes, o de que se trate de un contrato «localizado» objetivamente en varios ordenamientos jurídicos, con independencia de la Ley elegida por las partes. En consecuencia, según la tesis del elemento extranjero seguida por el artículo 3 Reglamento Roma I, son tres los tipos de contratos que pueden incluirse en el ámbito de aplicación del Reglamento Roma I:

1.º Los contratos objetivamente internacionales. Los contratos objetivamente internacionales son aquellas cuyos elementos objetivos están localizados en varios Estados. Este tipo de contratos internacionales no presentan ningún problema práctico a la hora de entender que implican un «con-

flicto de leyes» a los efectos de aplicar la normativa comunitaria (artículo 3.3 Reglamento Roma I *a contrario sensu*). Así, *ad ex.*, la SAP Barcelona de 11 de julio de 2000 consideró internacional un contrato de compraventa celebrado en España por dos sociedades, ambas de nacionalidad española, cuyo lugar de entrega de la mercancía era Méjico (Puebla). En este caso, el contrato estaba localizado objetivamente en dos Estados: España y Méjico.

2.º Los contratos objetivamente internos pero subjetivamente internacionales. También presentan elementos extranjeros y son objeto del Reglamento. Los contratos subjetivamente internacionales pero objetivamente internos son aquellos cuyos elementos se encuentran localizados en un mismo Estado pero se plantean ante autoridades de otro Estado distinto (Considerando 15 Reglamento Roma I).

3.º Pero además, el artículo 3.3 Reglamento hace referencia a otro tipo de contratos que también quedan regulados por el Reglamento que son los contratos objetiva y subjetivamente nacionales en los que el único elemento internacional es la elección de un Derecho extranjero. Este precepto regula aquellos contratos que presentan vínculos con un solo país y, a pesar de ello, las partes eligen una ley extranjera para regular dicha relación. Aunque el Reglamento Roma I es aplicable a este tipo de contratos, sin embargo, las partes no actúan en virtud de su autonomía conflictual, sino del poder que el ordenamiento donde están localizados todos los elementos del contrato les concede como expresión del ejercicio de su autonomía material. Las partes, por tanto, solo pueden actuar en el ámbito del Derecho dispositivo de ese ordenamiento, sin que puedan disponer de las *disposiciones imperativas* «que no puedan excluirse mediante acuerdo» del ordenamiento donde están localizados todos los elementos del contrato —artículo 3.3 *in fine* del Reglamento Roma I—. Tales «disposiciones que no puedan excluirse mediante acuerdo» son diferentes de las llamadas «leyes de policía» recogidas en el artículo 9 Reglamento Roma I (Considerando 37 Reglamento Roma I). Y ello se debe a que no estamos ante un verdadero contrato internacional por el simple hecho de que las partes elijan un ordenamiento extranjero con relación a un contrato que únicamente está

conectado con un solo ordenamiento. La *internacionalidad* opera así, no como una simple condición para que el Reglamento sea aplicable, sino también como un presupuesto de la autonomía de la voluntad de las partes en el Derecho internacional privado. De tal forma que un contrato interno no se volvería internacional por el simple hecho de que las partes elijan un Derecho extranjero como ley aplicable. Se trata de una cláusula específica «antifraude» recogida en el artículo 3.3 —y artículo 3.4— Reglamento Roma I. Ahora bien, a nuestro entender, el carácter internacional del contrato como condición indispensable de validez del pacto de *lege utenda* desaparece con el Reglamento. En el caso de que el contrato no presente elementos objetivos de extranjería, el Reglamento no excluye tales contratos de su ámbito de aplicación, sino que simplemente limita los efectos de tal elección de ley, *ex* artículo 3.3 Reglamento Roma I, al señalar que «cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo».

Parece más difícil sostener justamente lo contrario sobre el contenido de este mismo precepto. Es decir, no se puede afirmar que la elección del Derecho aplicable a un contrato interno es una *falsa elección* y, por tanto, debe considerarse como autonomía material y no como auténtica autonomía conflictual, para después, acto seguido, basar tal argumentación en el propio artículo 3.3 del Reglamento. De entender que no es autonomía conflictual, siendo coherente con esta argumentación, no podría aplicarse, en tal caso, el Reglamento Roma I. Ello no quiere decir, sin embargo, que esta orientación doctrinal esté del todo equivocada, básicamente por dos motivos. Por un lado, en todas las convenciones de Derecho material uniforme se exige el carácter objetivamente internacional del contrato, como hace la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, en vigor para España desde el 1 de agosto de 1991, que exige para su aplicación que los contratantes tengan establecimientos en distintos Estados, *ex* artículo 1.1 CV. Por otro lado, cuestiones como la *capacidad de las partes* para concluir un contrato, están excluidas del ámbito de aplicación

del Reglamento (artículo 1.2.a del Reglamento Roma I) pero, sin embargo, esta formulación general queda corregida por el propio Reglamento, en un caso excepcional, denominado *excepción del interés nacional* (artículo 13 del Reglamento Roma I), que sí es objeto de regulación por la normativa uniforme. En este sentido se podría deducir, que si bien es cierto que el Reglamento se aplica a los contratos internacionales, también lo es que, en casos excepcionales, se aplica a supuestos que escapan de su ámbito de aplicación, como ocurre con relación a los contratos puramente internos (artículo 3.3. del Reglamento Roma I) o con relación a las cuestiones de capacidad (artículo 13 del Reglamento Roma I). En uno y otro caso se trata de supuestos límites.

Hay que tener presente que el artículo 25.1 Reglamento Roma I dispone que los Convenios internacionales en que sean parte terceros Estados y uno o más Estados miembros en el momento de la adopción del Reglamento Roma I y que regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones contractuales, prevalecen sobre el Reglamento Roma I. No es relevante que se trate de Convenios internacionales bilaterales o multilaterales y no es relevante que se trate de Convenios internacionales de carácter «especial» o de carácter «general» que unifiquen normas materiales especiales o conflictuales. La prevalencia de estos textos jurídicos internacionales sobre el Reglamento Roma I se explica por el principio de «respeto de los compromisos internacionales contraídos por los Estados miembros» (Considerando 41 Reglamento Roma I). Así, *ad ex.*, la CV prevalece sobre el Reglamento Roma I por tratarse de un Convenio de Derecho uniforme material especial que soluciona directamente los problemas en su normativa sin remitir a la Ley de un Estado y regula de forma específica un concreto tipo de contrato, los contratos de compraventa, que presenten un elemento internacional concreto: celebrado entre partes con establecimientos en distintos Estados (artículo 1.1. CV).

*Autora: Esperanza Castellanos Ruiz
(Catedrática de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CALVO CARAVACA, A. L. «El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas». *CDT*, 2009-II, pp. 52-133; CARBONE, S. M. *Autonomia privata e commercio internazionale: principi e casi*, Milano, Giuffrè, 2014; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *La Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Ed. Colex, Madrid, 2009; CASTELLANOS RUIZ, E. *El reglamento Roma I sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Comares, Granada, 2009; COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) en un Reglamento comunitario», *Doc COM (2005) 650 final* de 15 diciembre 2005; CORDERO MOSS, G. *International commercial contracts: applicable sources and enforceability*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014; CORNELOUP, S. y JOUBERT, N. (dir.). *Le règlement communautaire «Rome I» et le choix de loi dans les contrats internationaux: actes du Colloque des 9 et 10 septembre 2010*, Dijon, París, LexisNexis Litec, 2011; CORTESE, B. «La proposta di regolamento “Roma 1”: spunti critici sul collegamento obiettivo e rapporti con le convenzioni di diritto internazionale privato uniforme», en FRANZINA, P. (ed.). *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento «Roma I» —Atti della giornata di studi— Rovigo, 31 marzo 2006*, Padova, 2006, pp. 41-49.

CONTRATOS DE INTERMEDIACIÓN Y CONTRATOS DE REPRESENTACIÓN

Antes de abordar el estudio de los términos que son objeto de definición en el presente epígrafe, resulta preciso aclarar la relación que los une y que fundamenta su estudio conjunto. El vínculo entre ambos conceptos se sustenta, de forma sucinta, en el consenso que existe en el panorama jurídico internacional acerca de la naturaleza abstracta del contrato de intermediación. Contrato que es considerado, en sí mismo, una categoría contractual en la que resulta posible incorporar una amplia gama de con-

tratos con elementos coincidentes, entre los cuales se encuentra el contrato de representación.

Así las cosas, el contrato de intermediación se ha caracterizado por haber estado vinculado en sus inicios con el mercado inmobiliario. Si bien aquel aspecto puede interpretarse como meramente anecdótico, no puede ignorarse, en virtud de que impacta aún a día de hoy en la configuración y entendimiento del contrato en cuestión. Contrato que es definido en la actualidad por la doctrina especializada, como aquel negocio jurídico por el cual un sujeto contrata con otro, que desempeña labores de vendedor, con el fin de ayudarlo al primero a localizar a posibles compradores (VIVES, 2014, pp. 44, 45). Dicho de otro modo, «es intermediario quien hace o sirve de enlace o mediador entre dos o más personas; y más específicamente entre productores y consumidores. Razones por las cuales la denominación de intermediario se aplica tanto a los comisionistas, como a los representantes [...]» (VELANDIA CASTRO, 1998, p. 128).

En este sentido, dentro de la institución conformada por el contrato de intermediación, destaca la existencia de dos relaciones: (i) la que une al intermediario y al cliente, a través de la celebración del contrato de intermediación propiamente dicho; y (ii) la que vincula a la parte compradora con la vendedora en un contrato que usualmente responde a los elementos de la compraventa —aunque puede ser de otra «naturaleza»—, en la cual no tiene intervención directa el intermediario.

La ajenidad del intermediario en la segunda relación descrita no resultaba sencilla de apreciar en pasado. En sus orígenes, el intermediario era un sujeto cercano —amigo— del cliente, y la persona en la cual este último se apoyaba en el proceso de perfeccionamiento del contrato. En cambio, actualmente el intermediario se ha convertido en un profesional que opera en una esfera de negocios concreta, cuyo funcionamiento suele ser desconocido por el cliente, quien precisamente por aquello contacta con el intermediario para obtener sus servicios.

La relación que media entre el intermediario y el cliente ha mutado también en otro sentido. Efectivamente, si antes era el cliente quien indicaba al intermediario el papel que debía desempeñar en la negociación con terceros o compradores, esta situación se ha visto invertida. En la actualidad resulta frecuente que sea el intermediario quien indique al cliente qué precio pedir o cómo ofertar sus productos, en sus negociaciones con la parte compradora (MOSSET ITURRASPE, 1980, pp. 43, 44).

En lo relativo a la regulación que se le ha venido a otorgar a esta tipología contractual en los diversos ordenamientos jurídicos del panorama internacional, resulta posible apreciar diferencias entre aquellos países pertenecientes a las tradiciones del Derecho romano-germánico y del Derecho anglosajón. Así, destaca el escaso desarrollo legislativo —que no jurisprudencial y doctrinal— del contrato de intermediación en la primera, frente a su profuso desarrollo legal en la segunda.

A este respecto la doctrina destaca como, pese al amplio recorrido histórico del contrato de intermediación ya existente en la época romana, en los países de tradición continental este ha venido a ser tratado como una categoría contractual atípica y genérica, con escaso desarrollo normativo. A título de ejemplo se puede observar como en el caso colombiano incluso se han regulado contratos específicos que constituyen tipologías reconocidas de la intermediación, pero no la intermediación en sí misma (VELANDIA CASTRO, 1998, p. 129).

Aquel vacío legal no se encuentra presente en los países del *common law*. Volviendo a emplear la intermediación inmobiliaria como parámetro de referencia, Alejandro Enrique OTERO (2006, p. 63) se refiere a su regulación normativa en países del *common law* catalogándola de «rigurosa». Afirmación que resulta posible comprobar gracias a la copiosa jurisprudencia existente en este ámbito, acerca de sus elementos fundamentales. Verbigracia, la que se ha suscitado en lo alusivo a un deber fundamental como lo es el de confidencialidad entre intermediario y cliente, desarrollado en fallos de profusa consulta como *Cady, Roberts*

& CO, SEC, 1961; SEC *v. Texas Gulf Sulphur Co.*, United States Court of Appeals for the Second Circuit, 1968; *Investors Management*, SEC, 1971, entre otros. Resultando así sencillo apreciar el desarrollo que se le ha dado en el Derecho anglosajón al contrato en cuestión, como categoría autónoma e independiente de los negocios concretos en los cuales se puede materializar.

La realización de un estudio comparado de esta tipología contractual se ve de dicho modo, complejizada, por la ya mencionada escasa atención prestada a la intermediación en los Estados suscritos a la tradición jurídica civilista. Lo que ha dado lugar a diversas confusiones terminológicas entre la intermediación y los contratos concretos desarrollados a partir de dicha figura. Situación que no se presenta en los países de tradición anglosajona, como se comprueba al observar que en aquellos se conoce al intermediario bajo la denominación inequívoca de *broker*, mientras que en los propios del Derecho romano-germánico se utilizan los términos dispares tales como el de agente o corredor para referirse a este sujeto (IVANOVICH PAGES, 1995, PP. 2, 3, 5; CODES CID y PRIETO SULLEIRO, 2018, p. 357; BARCELÓ DOMÉNECH, 2014, p. 2; CAMACHO LÓPEZ, 2008, p. 55; SORIA AGUILAR y BLONDET RÍOS, 2010, pp. 181, 182).

Como ya se ha mencionado, el contrato de intermediación ha evolucionado en el tiempo y ha sido dotado de mayor profundidad jurídica y técnica, hasta el punto de ser considerado a día de hoy una categoría contractual bajo cuyo paraguas se insertan otros contratos más especializados. Así, este contrato constituye una herramienta jurídica transversal, cuyas premisas han servido de sustento para dar acogida a las necesidades existentes en los distintos sectores del mercado, a través de su vertebración en modalidades contractuales más precisas (GARGOLLO, 2010, p. 280).

Fruto de esta progresiva adaptación sufrida por la intermediación para hacer frente a las necesidades concretas de la economía, son manifestaciones de ella los contratos de corretaje, de representación, de distribu-

ción, de mayorista, etc. En virtud de la dificultad que presenta abordar todos los negocios jurídicos en los que se ha ramificado la intermediación, cuyas características no siempre resultan equiparables entre los distintos ordenamientos jurídicos, en el presente epígrafe se procederá a señalar únicamente dos de los que mayor alcance han tenido hasta la actualidad, a saber: los contratos de mediación o corretaje y los contratos de representación.

1. El contrato de mediación o corretaje

El contrato de mediación o corretaje es considerado por la doctrina como uno de los contratos derivados de la intermediación, que más semejanza guarda con las nociones generales de esta institución (RIENZI GONZÁLEZ, 2015, pp. 8, 9).

En virtud de aquello, esta modalidad contractual ha sido recogida por múltiples legislaciones civiles como la francesa o la italiana, mientras que en otros Estados como el español sus características han sido desarrolladas por el uso y la doctrina. Alcanzando, por exhaustiva, su culmen, en términos de positivización, en los países latinoamericanos.

Pese a encontrar acogida en sistemas jurídicos plurales, la definición del corretaje es relativamente homogénea. Así, es posible apreciar cómo tanto en el ordenamiento venezolano (REJÓN DE CHACÓN, 1986, p. 227) como en el boliviano (BENÍTEZ, 1993, p. 80) se le otorgan al mismo unas características coincidentes con las reconocidas por la jurisprudencia española (STS de 19 de noviembre de 2012, RJ 685/2012, Tribunal Supremo español), siendo entendido en todos estos sistemas legales el contrato de mediación o corretaje como aquel negocio jurídico en virtud del cual un sujeto —corredor— se obliga a procurar la conclusión de un contrato entre dos partes. Así, el vendedor, con el cual no le une relación de dependencia o de representación alguna, y el comprador. Resultando además frecuente que la labor del corredor sea remunerada.

Así, pues, la diferencia principal entre esta modalidad contractual y otras formas de intermediación estriba en que el intermediario en estas últimas usualmente se encuentra capacitado para concluir un contrato entre el vendedor y el comprador, mientras que en el corredor no está «empoderado» para ello (LEIÑENA MENDIZÁBAL, 2011, pp. 204, 205). En otro orden de ideas el corredor se asemeja a la figura originaria del intermediario en que su función, no siempre se circunscribe a la celebración de un negocio, lo que sí ocurre en otras modalidades como en el contrato de representación.

En atención al alto grado de profesionalización inherente a las funciones propias de esta especialización contractual, ha sido objeto asiduo del debate jurídico si el corredor debe o no ser considerado comerciante.

La respuesta a esta pregunta no resulta uniforme en el Derecho comparado. Así, si el rol de comerciante se concede a quien realiza una actividad mercantil de forma habitual, permanente, constante —no esporádica— (GONZÁLEZ SOLANO, 2018, p. 100), en aquellos países donde el corretaje no se encuentra profesionalizado, sino que alude a una función de libre asunción, el corredor no podrá ser considerado comerciante. Este es el caso del Derecho mexicano, donde el corredor es considerado un *auxiliar de comercio* (FIGUEROA, 2015, pp. 1, 3).

Al respecto, resulta ilustrativo el fallo emitido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el caso *Tecnolub TPC & Redes LTDA, CI. versus Codensa S.A.E.S.P* (2020), en cuyo marco se dispuso cuanto sigue: «confundir el corretaje con la actividad del corredor sería tanto como confundir los actos o contratos mercantiles con la actividad del comerciante [...], pues es sabido que el comerciante es la persona que profesionalmente se ocupa en alguna de las actividades que la ley considera como mercantiles, sin embargo no puede negarse que una persona que no esté en la calidad de comerciante puede perfectamente realizar actos de comercio y que estos últimos están sujetos a las normas comerciales [...], por lo mismo puede concluirse que aunque una persona no

tenga la condición de corredor profesional, puede, sin ninguna limitación, ejecutar así sea ocasionalmente contratos de corretaje».

De lo anteriormente expuesto, resulta posible concluir que el contrato de corretaje es quizás de entre aquellos en los cuales se ha ramificado el contrato de intermediación, el que más similitud guarda con el contrato originario. En contraposición con lo que ocurre en el caso del contrato de representación a estudiar a continuación, toda vez que en dicho caso su evolución ha ido alejándose, poco a poco, del tronco común de la intermediación (ICEX, 2012, p. 54).

2. *El contrato de representación*

La representación ha venido a ser definida como la facultad de la cual dispone una persona para celebrar negocios jurídicos en nombre de otra (MESA, 1981, p. 161). En el ámbito del Derecho civil la representación ha venido a ser desarrollada por los ordenamientos de esa misma naturaleza civil, de una forma dual, distinguiendo así entre la representación legal, institución dativa *ex lege* creada para suplir la ausencia de capacidad de obrar de las personas; y la representación voluntaria, contrato jurídico fruto de la autonomía privada. Esta última vertiente es a la que se hace referencia en la presente definición.

Así, el contrato de representación es aquel acuerdo celebrado libremente entre particulares, en virtud del cual una parte denominada representante perfecciona acuerdos en nombre de su cliente, que adopta la posición de representado (MESA, 1981, p. 161).

En lo relativo a los elementos que componen la presente tipología contractual, si anteriormente se insistía en que no resultaba necesaria la intervención del intermediario para la celebración del contrato, en el contrato de representación este menester se torna esencial. Y ello puesto que, como ya se ha mencionado, lo característico del contrato de representación es, precisamente, el poder que se le otorga al representante

para celebrar un negocio por sí que, sin embargo, operará y generará efectos en la esfera patrimonial del representado.

De tal forma, en esta modalidad de contratos de intermediación el representante únicamente tiene la obligación de celebrar el contrato en nombre del representado, sin comprometerse al desempeño del contenido de este acuerdo, más allá de aquellos supuestos en los que exceda el ámbito para el cual la representación fue conferida.

En lo relativo a la naturaleza liberal o profesional del contrato de representación, la respuesta a esta cuestión es similar a la ya dada para el contrato de corretaje. Así, la distinción entre la representación profesionalizada o mercantil y la representación civil se encuentra en sí la persona que la desempeña es o no un comerciante dedicado a este género de actividad, y si la misma resulta o no retribuida.

Vale la pena señalar que el contrato de representación también se ha especializado dando lugar a contratos de mayor concreción, como el contrato de agencia (SORIA AGUILAR y BLONDET RÍOS, 2010, p. 182), que por su extensión y alcance, así como por la congruencia que guarda en sus elementos fundamentales y funcionales con la actualidad económica y negocial actual —globalizada y proclive a las interacciones «no domésticas»—, se ha extendido y «popularizado» internacionalmente.

*Autor: Jesús Alfonso Soto Pineda
(Academic Dean. Schiller International University)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: AHUMADA ASTIAZARÁN, A. «Evolución histórica de la correduría pública. Conociendo sus orígenes», *Iuris Tantum*, n.º 28, 2018; ALMEIDA PALACIOS, D. A., CALDERERO VILLAGÓMEZ, E. A. y REYES VÉLEZ, P. W. «Mercado de divisas trading forex bolsa de valores», *Dominio de las Ciencias*, vol. 5, n.º 3, 2019; ARCE GARGOLLO, J. *Contratos mercantiles atípicos*, 2010; BARCELÓ DOMÉNECH, J. «La regulación de la venta a ojo y al peso en el Derecho civil foral

valenciano», *InDret*, n.º 4, 2014; BENÍTEZ, J. P. «Contrato de corretaje», *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, n.º 93, 1993; CAMACHO LÓPEZ, M. E. «El contrato de agencia comercial», *Revista Mercatoria*, vol. 7, n.º 2, 2008; CASTRO, G. y SEGOVIA, A. «Forex, una oportunidad de inversión dentro del mercado financiero más grande del mundo», *Revista Electrónica Arbitrada del Centro de Investigación de Ciencias Administrativas y Gerenciales*, vol. 9, n.º 2, 2012; CODES CID, C. y PRIETO SULLEIRO, M. «Los contratos de mediación en la explotación del buque», 2018; DE ARMAS HERNÁNDEZ, M. «La mediación en la resolución de conflictos», *Educación*, n.º 32, 2003; FIGUEROA, L. *Resumen Auxiliares mercantiles*, 2015; GONZÁLEZ SOLANO, G. «La persona empresaria comercial en Costa Rica y el Derecho comparado», *Revista Judicial*, Poder Judicial de Costa Rica, n.º 122, 2018; ICEX. «Contratación internacional de agentes comerciales», *Cuadernos Básicos*, 2012; IVANOVICH PAGES, J. *Futuro sobre productos*, 1995; LEIÑENA MENDIZÁBAL, E. «El contrato de agencia y la comisión mercantil», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, n.º 56, 2011; MARTÍN ROMERA, Á. «Nuevas perspectivas para el estudio de las sociedades medievales: el análisis de redes sociales», *Stud. hist., H.a mediev.*, n.º 28, 2010; MESA, M. «La representación», *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, n.º 53, 1981; MOSSET ITURRASPE, J. «La intermediación en la contratación inmobiliaria», 1980; NAVARRA, P. *La fiducia mercantil en Colombia: un estudio sobre el déficit regulatorio frente al lavado de activos*, 2016; OTERO, A. E. «La intermediación inmobiliaria como servicio privado de interés colectivo y la necesidad de articular un sistema formal para la prestación de ese servicio en Venezuela», *Revista de Derecho Público*, n.º 106, 2006; REJÓN DE CHACÓN, L. «El corretaje mercantil», *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Católica Andrés Bello, n.º 35, 1986; RIENZI GONZÁLEZ, I. A. «Corretaje, mediación matrimonial y contratos de intermediación de relaciones sentimentales en internet», *Revista Jurídica*, UPAP, p. 5, 2015; ROGEL VIDE, C., «Mediación y transacción en el Derecho civil», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 3, 2009; SORIA AGUILAR, A. F. y BLONDET RÍOS, F. «El contrato de agencia comercial», *Derecho & Sociedad*, n.º 35, 2010; VELANDIA CASTRO, M. «Los intermediarios de seguros», *Revista de Derecho Privado*, n.º 3, 1998; VIVES, I. «El

contrato de intermediación inmobiliaria», *Inmueble. Revista del Sector Inmobiliario*, n.º 144, 2014.

CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS ACUERDOS DE TRANSACCIÓN INTERNACIONALES RESULTANTES DE LA MEDIACIÓN

La Convención de Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (en adelante, Convención de Singapur) es un instrumento internacional aprobado en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas por Resolución 73/198 del 20 de diciembre de 2018.

Asimismo, mediante dicha resolución, se autorizó la celebración de una ceremonia de apertura a la firma de la Convención el 7 de agosto de 2019 en Singapur, y recomendó, en consecuencia, que la Convención se conozca como la *Convención de Singapur sobre la Mediación*.

La Convención de Singapur sobre la Mediación fue proyectada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y surge de un proceso de dicha Comisión para favorecer la mediación como mecanismo de resolución de conflictos. El proceso inició con la creación de una Ley Modelo en materia de Conciliación (año 2002) y su posterior modificación, en busca de la homogeneización de soluciones a nivel mundial.

El objetivo principal de la Convención es favorecer el reconocimiento y la ejecución transnacional de los acuerdos arribados a través de la mediación de carácter internacional.

Se trata de un nuevo esfuerzo de la comunidad internacional para valorizar los medios alternativos de resolución de disputas y volverlos atractivos para el comercio transfronterizo y para evitar la iniciación de pro-

cesos, sea arbitrales o judiciales. Esto se deja en claro en las motivaciones que surgen de la Resolución: «Reconociendo el valor de la mediación como método de arreglo amistoso de las controversias que se plantean en el contexto de las relaciones comerciales internacionales».

Se imprime también en el Preámbulo de la Convención la intencionalidad de la CNUDMI y las Naciones Unidas de arribar a este tipo de instrumentos, con el fin último de favorecer el comercio internacional.

1. Definición de mediación y acuerdo de transacción según la Convención de Singapur

Tal como lo dice su nombre, la Convención regula los acuerdos de transacción internacionales resultantes de la mediación. Por lo que, se vuelve vital definir que entiende dicha Convención por «mediación» y por «acuerdo de transacción».

1.1. Mediación

La definición de mediación se encuentra en el artículo 2 de la Convención: consiste en un *procedimiento*. El procedimiento es mediante el cual las partes que intervengan en este intenten «de llegar a un arreglo amistoso de su controversia con la asistencia de uno o más terceros (“el mediador”) que carezcan de autoridad para imponerles una solución».

Es importante destacar que la Convención brindó un concepto amplio de mediación. Expresamente detalló que no importaba la razón por la cual se haya iniciado el proceso, ni tampoco la forma de denominarlo.

En el Grupo de Trabajo II de la CNUDMI («Arbitraje y conciliación») que proyectó la presente Convención, se debatió respecto a la terminología que debía optar la Convención. Luego de dicho intercambio, se optó por el término «mediación». Entre las razones esgrimidas se expresó que los términos «mediación» y «mediador» se utilizaban con ma-

yor frecuencia, «lo que su empleo facilitaría la promoción del instrumento, concediéndole una mayor visibilidad».

1.2. *Acuerdo de transacción*

Habiendo definido el concepto de mediación, resta definir el concepto de «acuerdo de transacción». El rasgo más relevante del acuerdo de transacción consiste en que este es el resultado de la mediación.

1.2.1. *¿Qué características debe tener el acuerdo de transacción?*

- *Debe ser el resultado de la mediación:* la Convención considera a la mediación como un procedimiento. El acuerdo de transacción debe ser el resultado final del procedimiento que se transite.
- *Debe ser internacional:* esta característica se debe analizar al momento de la celebración del acuerdo de transacción.

Existen diversas razones por las cuales el acuerdo puede ser internacional, que se analizan desde el punto de vista de las partes involucradas y desde el punto de vista del acuerdo de transacción *per se*.

Se considera internacional si al menos dos de las partes en el acuerdo de transacción tienen sus establecimientos en diferentes países.

También se considera internacional, aunque no se verifique el supuesto anterior, si la parte sustancial de las obligaciones derivadas del acuerdo se cumplen en un Estado que no es en el que las partes tienen sus establecimientos o el objeto del acuerdo de transacción está más estrechamente vinculado a otro país que no es el mismo que el del establecimiento de las partes del acuerdo. Por lo que, en esta hipótesis podría ocurrir que ambas partes tengan su establecimiento en el mismo Estado, pero que las obligaciones sustanciales a cumplirse sean en un país diferente. En dicho caso, verificándose las demás condiciones que deberá

tener el acuerdo de transacción, se podrán invocar el acuerdo bajo la Convención.

Respecto al término «establecimiento» no existe ninguna definición del concepto. Sin perjuicio de ello, existen instrumentos de las Naciones Unidas que utilizan dicha terminología, siendo la más reconocida la de la Convención de las Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, que ya cuenta con cuarenta años de aplicación. Por lo que el análisis de la doctrina y jurisprudencia sobre dicho concepto podrá ser utilizado a los efectos de determinarlo en la presente Convención.

El artículo 2 brinda ciertas pautas para determinar que sucede cuando una parte tenga establecimiento en varios estados. En dicho caso, se deberá estar a aquel que tenga más vinculación con el acuerdo de transacción. También determina que en el caso de que la parte no tenga un establecimiento, se tomará el mismo como el de su residencia habitual.

- *Debe tener el fin de resolver una controversia de carácter comercial:* esta característica sigue la línea del preámbulo y la intención de la Convención de favorecer el arreglo de controversias que surjan de las relaciones comerciales.
- *Debe constar por escrito:* debe haber quedado del acuerdo de transacción alguna constancia de su contenido por escrito. El artículo 2 establece que podrá estar en papel o en una comunicación electrónica siempre y cuando sea posible acceder a la información contenida en ella posteriormente. Este extremo sigue la línea de diversos instrumentos internacionales de las Naciones Unidas, como la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 con las enmiendas del año 2006, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas y la Conven-

ción de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales.

1.3. *Acuerdos de transacción excluidos*

Sin perjuicio de que ciertos acuerdos de transacción puedan cumplir los requisitos previamente reseñados, existen ciertas exclusiones expresas que realiza la Convención:

- Cuando una de las partes intervinientes (un consumidor) participe con fines personales, familiares o domésticos.
- Cuando el acuerdo esté relacionado con Derecho de familia, sucesiones o herencias o Derecho laboral.
- Cuando se haya arribado a un acuerdo de transacción en un proceso judicial o cuando el acuerdo ha sido homologado o aprobado judicialmente.
- Cuando ese acuerdo pueda ejecutarse como una sentencia en el Estado de ese órgano judicial.
- Cuando dichos acuerdos hayan sido incorporados a un laudo arbitral y sean ejecutables como tal.

En síntesis, buscando la ejecución favorecer el comercio internacional y amparar acuerdos que emanen de operativas y negocios comerciales, se excluye cualquier relación personal, familiar o doméstica, y ciertas temáticas como familia, sucesiones o relaciones de trabajo, de forma expresa.

También es importante destacar que todo acuerdo que emane de un procedimiento que no sea el de mediación, como se mencionó anteriormente, no estará dentro de lo que entiende como «acuerdo de transac-

ción» la presente Convención. Por esta razón, se excluye los acuerdos que provengan de procesos judiciales y arbitrales.

2. Derechos reconocidos en la Convención de Singapur

La Convención reconoce el derecho de invocar los acuerdos de transacción que cumplan con las condiciones establecidas por la misma, siguiendo los procedimientos establecidos en las leyes de los lugares donde serán invocados (artículo 3).

Este derecho, se podrá ejercer en dos supuestos:

- En primer lugar, consagra el derecho de solicitar medidas e iniciar la ejecución forzada del acuerdo de transacción incumplido por la otra parte.
- En segundo lugar, consagra el derecho de invocar el acuerdo de transacción arribado previamente en cualquier «controversia», para demostrar que la disputa ya ha culminado en virtud del acuerdo celebrado. En este caso, el derecho se canaliza a través de lo que usualmente se denomina como «defensa» o «excepción» en un proceso ya iniciado. Respecto a la naturaleza de la «controversia», la Convención no limita a un único tipo de resolución de controversias, por lo que podrán ser procesos judiciales o arbitrales indistintamente.

3. Requisitos para hacer valer un acuerdo de transacción: prueba del mismo

3.1. Acuerdo de transacción firmado por las partes

Esta es la primera forma e indubitadamente la más sencilla. Inicialmente, pensamos en un acuerdo de transacción en formato físico, que se encuentra firmado. Sin embargo, la Convención, de forma inteligente y atendiendo los tiempos que corren y la realidad comercial, define como

se cumple el requisito de la firma en caso de que se trate de un documento electrónico.

Se entiende por cumplido:

- a) Si se utiliza un método para determinar la identidad de las partes y para indicar la intención que tienen las partes respecto de la información contenida en la comunicación electrónica;
- b) Si el método empleado:
 - i) O bien es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o transmitió la comunicación electrónica, atendidas todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo que sea pertinente; o
 - ii) Se ha demostrado en la práctica que, por sí solo o con el respaldo de otras pruebas, dicho método ha cumplido las funciones enunciadas en el apartado a) *supra*.

3.2. *Pruebas de que se arribó al acuerdo de transacción como resultado de la mediación*

Atendiendo a que muchas veces no se verifica la hipótesis anterior —es decir, tener un acuerdo por escrito— la Convención en su artículo 4 define diferentes formas a modo de ejemplo de probar que se ha arribado a una transacción.

Los ejemplos no son taxativos, y entre los mismos se enumeran:

- i. La firma del mediador en el acuerdo de transacción
- ii. Un documento firmado por el mediador en el que se indique que se realizó la mediación

- iii. Un certificado expedido por la institución que administró la mediación

Además de los ejemplos no taxativos, se deja abierta la posibilidad de probar el acuerdo de transacción, mediante cualquier otra prueba que la autoridad competente considere aceptable.

Cabe destacar que, a lo que respecta a la firma del mediador, aplicaran los mismos requisitos en caso de que sean una comunicación electrónica que los antes citados para las partes.

La Convención también establece que, la autoridad competente para tomar medidas podrá solicitar: a) la traducción del acuerdo de transacción si correspondiera; b) cualquier otro mecanismo de prueba para verificar que se han cumplido los requisitos del acuerdo de transacción.

4. Procedimiento para la adopción de medidas y ejecución del acuerdo de transacción.

El procedimiento para la adopción de medidas y ejecución se da en el supuesto que los acuerdos transaccionales no se cumplan voluntariamente. Por lo que la parte a la que no se le haya cumplido su prestación o concesión, se presentará ante la autoridad competente del Estado involucrado para solicitar la ejecución forzada del acuerdo de transacción.

Al examinar la solicitud de medidas, la autoridad competente deberá actuar con celeridad (artículo 4 de la Convención).

Dependerá en qué Estado parte se solicite la ejecución y se ordene la misma para saber el procedimiento que aplicará. La Convención establece que la ejecución se regirá por las normas procesales de cada Estado y en las condiciones establecidas en la presente Convención.

5. Causales para la denegatoria de la adopción de medidas

El artículo 5 prevé ciertas causales por las cuales la autoridad competente podría negar la ejecución del acuerdo de transacción. En síntesis, solicitada la ejecución del acuerdo de transacción por una parte, solicitando determinadas medidas, la parte contra la cual se solicita, podrá alegar causas expresadas de forma taxativa en dicho artículo para su denegatoria.

5.1. Causales que deben ser invocadas por la parte

Las causales de denegatoria que se dirán deberán ser invocadas por la parte contra quien se invoca el acuerdo que se pretende ejecutar.

En esta categoría de causales, encontramos en primer término la incapacidad de las partes o de ambas partes intervinientes en el acuerdo de transacción (literal «A»).

En el literal «B» prevé que podrá denegarse la ejecución cuando el acuerdo sea nulo, ineficaz o no puede cumplirse. Los redactores de la Convención establecieron un mecanismo en subsidio para determina la ley aplicable al acuerdo de transacción. En principio rige la autonomía de la voluntad (la ley que las partes lo hayan sometido válidamente). En caso de que no se hubiera elegido, habrá que estar lo que entienda la autoridad competente del Estado parte en el que se solicitare las medidas respecto a que ley aplicar.

También podrá denegarse la ejecución si el acuerdo no fuera vinculante, o no fuera definitivo, según lo estipulado en el propio acuerdo o haya sido modificado posteriormente.

El supuesto bajo el literal «C» refiere a las obligaciones contenidas en el acuerdo, y no al acuerdo de transacción en sí. Entre las causales establece

que las obligaciones que estaban previstas se hayan cumplido o no sean claras o comprensibles.

En el literal «D» se prevé que los propios términos del acuerdo de transacción no admitan el otorgamiento de las medidas que se solicitan. Los literales E y F refieren a incumplimientos del mediador que interviene en el procedimiento por el cual se arriba al acuerdo. Primero se prevé el caso en que el mediador incurriera en un incumplimiento grave de las normas aplicables al mediador o a la mediación, siendo condición necesaria que ese incumplimiento haya sido determinante para concertar la transacción. Segundo, que el mediador no haya revelado circunstancias que pudieran afectar su imparcialidad o independencia, y esto haya repercutido de manera sustancial o influir a una de las partes, la cual no habría arribado al acuerdo de transacción si el mediador las hubiera revelado.

5.2. *Causales que podrán ser invocadas por la autoridad competente*

Las otras causas de denegatoria del otorgamiento de medidas son susceptibles de ser relevadas directamente por la autoridad competente interviniente en la ejecución, sin necesidad de que la parte lo invoque. Estas son las siguientes

- a) El otorgamiento de las medidas sea contrario al orden público del país donde se pretenda la ejecución.
- b) El objeto de la controversia no es susceptible de resolverse por la vía de la mediación con arreglo a la ley de esa Parte.

6. *Solicitudes o reclamaciones paralelas a la solicitud de adopción de medidas*

El artículo 6 prevé que sucede cuando, luego de solicitarse la adopción de medidas, se presente ante un órgano judicial, tribunal arbitral u otra

autoridad competente una solicitud o reclamo relativo al acuerdo de transacción, que pueda afectar las medidas solicitadas.

En ese caso, la Convención admite que la autoridad competente que tenga que resolver sobre la adopción de medidas pueda postergar la decisión y solicitar (siempre a instancia de parte) que se otorguen garantías apropiadas (contra cautela).

7. Posibles reservas a la Convención de Singapur y efecto de las mismas

El artículo 8 de la Convención establece taxativamente las reservas que se podrán hacer a la Convención por los Estados partes. Estas podrán ser las siguientes:

- Que no aplique la presente Convención a los acuerdos de transacción en los que sea parte, o en los que sea parte cualquier organismo del Estado o persona que actúe en nombre de un organismo del Estado.

- Que solo aplique la Convención si las partes en el acuerdo de transacción hayan consentido que se aplique explícitamente.

Por su parte, el artículo 9 se refiere a los efectos de las reservas: solo surtirán efecto para los acuerdos de transacción celebrados después de la fecha en que la reserva o el retiro de la reserva haya entrado en vigor para el Estado Parte que se trate.

*Autor: Dra. Abril Umpiérrez Blengio
(Universidad de la República, Montevideo, Uruguay)*

CONVENIO ARBITRAL

1. *Concepto y características*

El convenio arbitral es el acuerdo por el que dos o más partes expresan su voluntad de someter a arbitraje la resolución definitiva de las controversias, actuales o futuras, que puedan surgir en el seno de una relación jurídica, ya contractual, ya extracontractual (artículo 9 de la Ley de Arbitraje española, 60/2003 de 23 de diciembre (LA), que acoge lo dispuesto por el artículo 7 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional).

El convenio arbitral ha sido conocido históricamente como cláusula compromisoria o contrato de compromiso; esta distinción, superada en ordenamientos jurídicos como el español, ha desembocado en la figura que aquí se estudia.

La existencia de un convenio arbitral despliega dos efectos: positivo y negativo.

El primero de tales efectos genera un compromiso indeclinable que obliga a las partes a acudir a un arbitraje para resolver las disputas comprendidas en el convenio arbitral.

Este compromiso es fruto del vínculo contractual que genera el convenio arbitral entre las partes que lo suscriben, como reflejo del principio de su autonomía de la voluntad (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 21 de febrero de 2017).

Igualmente, como efecto positivo del convenio arbitral, este actúa como fuente principal de la competencia de los árbitros para resolver la disputa que se les plantea. Derivado del aludido efecto positivo, surge el principio *kompetenz-kompetenz*, objeto de estudio en esta misma obra, que atri-

buye a los árbitros de competencia para decidir sobre su propia competencia, incluso cuando la validez del convenio arbitral sea discutida por alguna de las partes.

El efecto negativo del convenio arbitral implica que su existencia excluye la competencia de la jurisdicción ordinaria para conocer de la controversia entre las partes.

Es, precisamente, este efecto negativo y excluyente del régimen general para la resolución de disputas, lo que impone sobre el convenio arbitral el cumplimiento de una serie de requisitos.

2. Requisitos del convenio arbitral

En términos formales, el convenio arbitral puede presentarse como una cláusula incorporada al clausulado general de un contrato —o de los estatutos sociales de una sociedad—, o como un acuerdo independiente.

El primero de los supuestos se presenta como el más habitual en la práctica, de tal forma que las partes, al redactar por escrito el vínculo contractual al que deciden someterse, incluyen en él la forma en la que prevén resolver las disputas que, potencialmente, pudieran derivarse del mismo.

En estos supuestos, es de destacar que el convenio arbitral que forma parte de un contrato se considera como un acuerdo independiente de este y de sus estipulaciones.

Este principio de separabilidad del convenio arbitral lo dota de una característica relevante: su validez no queda unida a la del contrato, de tal forma que la nulidad de uno no implica la del otro, y a la inversa. Por ello, la validez del convenio arbitral habrá de analizarse de forma autónoma al análisis que se realice sobre el contenido del contrato.

El convenio arbitral deberá constar por escrito (artículo 7 de la Ley Modelo de la (CNUDMI), artículo 2 de la Convención sobre el reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, de Nueva York y artículo 9.3 LA).

La forma escrita admite diferentes soportes, por lo que el convenio arbitral será válido si consta en un canje de telegramas o cartas (artículo 2.2 CNY), télex, fax u otros medios de comunicación que permitan dejar constancia de su existencia (artículo 9.3 LA).

En el ámbito de la jurisprudencia española, la exigencia de la constancia por escrito ha sido en cierta medida flexibilizada, admitiendo incluso la validez del convenio arbitral cuando su existencia haya sido afirmada por una parte y no negada por la otra en las comunicaciones escritas intercambiadas entre ellas (Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª) Sentencia 6/2019 de 18 febrero (AC 2019\729).

La progresiva flexibilización en la forma del convenio arbitral ha permitido reconocer la denominada «cláusula arbitral por referencia» (entre otras disposiciones, exposición de motivos y apartado 4 del artículo 9 LA), entendida como aquella que no consta en el documento contractual principal, sino en un documento separado, pero se entiende incorporada al contenido del primero por la referencia que en aquel se hace.

En esta misma línea, se admite, también, el conocido como «convenio arbitral presunto» al que se hace referencia en el apartado quinto del artículo 9 de la LA, que surge cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra.

Son, en definitiva, pocos, los requisitos formales que se exigen para la validez de un convenio arbitral, ya que se requiere únicamente que reflejen la voluntad inequívoca de las partes de someter a arbitraje las con-

troversias que surjan en relación con una determinada relación jurídica; a ello nos referimos a continuación.

3. Contenido del convenio arbitral. Clases

El convenio arbitral debe expresar la voluntad inequívoca de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica.

Por tanto, lo esencial para la validez y eficacia del convenio es el consentimiento de las partes. Esto es, su voluntad de someterse a arbitraje, que habrá de ser inequívoca (Sentencia 136/2010 del Tribunal Constitucional (Sala Primera) de 2 de diciembre (RTC 2010\136) y Sentencia 409/2017 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 27 de junio (RJ 2017\3021).

El escenario hasta aquí descrito permite concluir que el convenio arbitral, y, con ello, la renuncia a la jurisdicción ordinaria habrá de ser clara, terminante, incondicional e inequívoca, aunque no resulta imprescindible que sea expresa, ya que podrá deducirse de actos inequívocos y concluyentes (Sentencia 75/2016 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1.ª) de 13 de diciembre (AC 2016\1942).

Junto a este contenido imperativo, el convenio arbitral suele recoger alguna (o todas) de las siguientes materias potestativas:

- a) La naturaleza administrada o no del arbitraje (esto es, si se encomienda o no su administración a un organismo o entidad arbitral).
- b) Número de árbitros y sistema para su designación.
- c) Ley aplicable a la controversia.
- d) Idioma en el que se desarrollará el procedimiento arbitral.

e) Sede del arbitraje.

Entre los tipos de cláusula de sumisión a arbitraje, merecen mención específica las cláusulas escalonadas (*multi-tiered* o *multi-step*).

Se trata de cláusulas que prevén un sistema gradual para la resolución de las diferencias entre las partes, de tal forma que regulan, de forma sucesiva, métodos alternativos para la resolución de la disputa (negociación entre los directivos de las sociedades, mediación...), para culminar en un arbitraje.

Este tipo de cláusulas presentan la potencial ventaja de que actúan como filtro de los casos que alcanzan la fase culminante del arbitraje, contribuyendo de esta forma a preservar las relaciones comerciales entre las partes, al tiempo que suponen un ahorro de costes y tiempo.

Frente a ello, por su propia naturaleza, extensa y comprensiva de una voluntad compleja, estas cláusulas presentan más riesgo de resultar patológicas, por lo que hacen necesario considerar si, realmente, responden al interés de las partes y, en caso de ser así, determinar con claridad el carácter imperativo o no de cada una de las fases y el sistema que haya de habilitar el paso de una fase a otra (fundamentalmente, plazos o hechos que las partes asuman como finalizadores de cada una de ellas)

Resultan igualmente significables las cláusulas híbridas, que prevén que ambas partes (cláusula simétrica), o una de ellas (cláusula asimétrica), decidan a cuál de los foros de resolución de disputas que hubieren pactado desean acudir para resolverlas.

Las cláusulas híbridas no están exentas, tampoco, de controversia, al abrir la puerta al cuestionamiento de la existencia de una sumisión clara y terminante a arbitraje. No obstante, este tipo de cláusulas han ido abriéndose paso de forma progresiva, tanto en su uso como en su reconocimiento.

4. *Cláusulas modelo*

Las instituciones arbitrales ponen a disposición de sus usuarios cláusulas tipo, dispuestas para su uso inmediato como convenio arbitral.

El uso de estas cláusulas presente notables ventajas.

Por una parte, han sido sometidas a numerosas «pruebas», lo que ha permitido a las instituciones arbitrales ir depurando su contenido y extensión, tanto a las necesidades más habituales de las partes, como a la jurisprudencia que las ha interpretado.

Por otra, recogen el contenido básico general de un convenio arbitral.

De esta forma, las cláusulas modelo facilitan el cumplimiento de los requisitos exigibles de un convenio arbitral, limitando los riesgos tanto de su nulidad como de que presenten elementos patológicos.

Sin ánimo de realizar un análisis exhaustivo, resulta ilustrativo a título de ejemplo recoger las cláusulas modelo de alguna de las principales cortes e instituciones de arbitraje:

| CORTE DE ARBITRAJE | CLÁUSULA MODELO |
|--|---|
| Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París (CCI) | Todas las controversias que deriven del presente contrato o que guarden relación con este serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento. |
| | Todas las desavenencias que deriven del presente contrato o que guarden relación con este, |

| | |
|---|---|
| <p>Corte de Arbitraje Internacional de Londres (LCIA)</p> | <p>incluyendo toda cuestión sobre su existencia, validez o rescisión, serán remitidas y definitivamente resueltas mediante arbitraje de acuerdo con el Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres, cuyas Reglas se entienden incorporadas a esta cláusula. El número de árbitros será de [uno o tres]. La sede, o el lugar legal, del arbitraje será [ciudad y/o país]. El idioma que habrá de ser utilizado en el procedimiento arbitral será [...]. La ley aplicable del contrato será el Derecho sustantivo de [...].</p> |
| <p>Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM)</p> | <p>Toda controversia derivada de este contrato o que guarde relación con él, incluida cualquier cuestión relativa a su existencia, validez, interpretación, cumplimiento o terminación, queda sometida a la decisión de [un árbitro/tres árbitros], encomendándose la administración del arbitraje al Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (CIAM), de acuerdo con sus Estatutos y Reglamento vigentes a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje. El arbitraje será de Derecho. El idioma del arbitraje será el [idioma]. El lugar del arbitraje será [ciudad].</p> |
| <p>Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio,</p> | <p>Toda controversia derivada de este contrato o que guarde relación con él, incluida cual-</p> |

| | |
|--|--|
| Industria y Servicios de Madrid (CAM) | quier cuestión relativa a su existencia, validez, interpretación, cumplimiento o terminación, será resuelta definitivamente mediante arbitraje administrado por la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Servicios de Madrid, de acuerdo con su Reglamento de Arbitraje vigente a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje |
| Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (SIAC) | Toda controversia que surja del presente contrato o en relación con él, incluida toda cuestión relativa a su existencia, validez o terminación, se someterá y resolverá definitivamente mediante arbitraje administrado por el Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (SIAC) de conformidad con el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje Internacional de Singapur (Reglamento del SIAC) que esté en vigor en ese momento, y que se considera incorporado por referencia en esta cláusula (traducción libre). |

5. *Convenio arbitral patológico*

La presente obra recoge una entrada específica referida a las cláusulas arbitrales patológicas; sin embargo, parece imperativo incluir una referencia a tales cláusulas, siquiera breve, en el presente apartado, para dar al lector una visión global del convenio arbitral.

El *Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (comercial y de inversiones)* (COLLANTES GONZÁLEZ) utiliza la expresión de «cláusulas patológicas» para hacer referencia a «convenios arbitrales que, por su contenido, resultan o pueden resultar incoherentes, ambiguos o inaplicables». También se utiliza esta expresión para hacer referencia a convenios arbitrales que resultan en un arbitraje no idóneo para la correcta o eficiente resolución de la controversia entre las partes.

Se trata, por tanto, de convenios oscuros, imprecisos o, simplemente, erróneos, de tal forma que su ejecución deviene dificultosa o, en último extremo, imposible.

La inclusión de una cláusula arbitral patológica plantea no obstante la duda de si la misma ha de considerarse nula y, por ende, tenerse por no puesta, o si debe reputarse válida en la voluntad de las partes de someter la controversia a arbitraje, si bien defectuosa.

La conclusión dependerá de dónde radique el defecto o la oscuridad: si en alguno de los requisitos exigidos para la validez del convenio arbitral o, por el contrario, en elementos no esenciales de la cláusula.

En cualquier caso, la validez de la cláusula arbitral «patológica» deberá dirimirse en la jurisdicción ordinaria o ante el propio árbitro (en virtud del principio *kompetenz-kompetenz*).

Rige en este punto el conocido como principio de *favor arbitralis*, lo que implica una prerrogativa de los árbitros y de los jueces de inclinarse favorablemente hacia la aplicación del procedimiento arbitral.

Ello tiene una sencilla justificación pues, de no ser la voluntad de las partes someterse al arbitraje, se entiende que no habrían incluido —o suscrito— un convenio arbitral, por lo que ha de operar como una presunción.

6. *Efectos del convenio arbitral frente a terceros*

Dado el carácter consensual del convenio arbitral, este tiene eficacia relativa y resulta, por tanto, en principio, oponible solo a las partes que lo suscriben.

Se plantea, sin embargo, la posibilidad de extender sus efectos a terceras partes no signatarias, en aquellos supuestos en los que estas presentan una vinculación estrecha con el convenio arbitral.

Sin embargo, ni los convenios internacionales, en general, ni la LA en particular, regulan la extensión a terceros de los efectos del convenio arbitral.

En Derecho comparado existen ordenamientos jurídicos que regulan expresamente esta cuestión, como es el caso de la Ley Peruana de Arbitraje (artículo 14) que extiende los efectos del convenio arbitral a aquellos cuyo consentimiento para someterse a arbitraje se determina por una participación determinante en su celebración.

No sucede lo mismo en España, donde la jurisprudencia ha admitido, en ocasiones, sin embargo, la extensión de los efectos del convenio arbitral a terceros que hayan estado o estén directamente implicados en la ejecución del contrato en cuestión (Sentencia 404/2005 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) de 26 de mayo (RJ 2005\4140).

En todo caso, esta extensión habrá de provenir de una voluntad inequívoca del tercero, que permita sostener, sin atisbo de duda, su deseo de quedar sometido al arbitraje (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de diciembre de 2016).

7. *Conclusión*

El convenio arbitral es el reflejo de la voluntad de las partes que, de forma inequívoca, acuerdan someter sus controversias a arbitraje, renunciando a la jurisdicción ordinaria.

De forma algo alejada del formalismo que caracterizaba históricamente a esta figura, su validez y eficacia exigen que tal voluntad conste por escrito en lo relativo a una relación jurídica, que habrá de estar perfectamente determinada.

Es extremadamente relevante que la redacción del convenio arbitral cuente con claridad suficiente y se encuentre libre de anomalías que impidan su aplicación, pues la existencia de una cláusula patológica puede poner en riesgo la viabilidad del arbitraje.

*Autor: Fernando Lanzon Martínez
(Socio Evergreen Legal)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Comentarios a la Ley de Arbitraje 2003, Thompson Aranzadi 2005; *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Consejo Notarial del Notariado, 2014; *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, 2.^a ed. Thomson Reuters 2011; *Memento Arbitraje 2020-2021*, Lefebvre, 2020-2021; Ley de Arbitraje española, 60/2003 de 23 de diciembre; El convenio arbitral: *statu quo*. Miguel GÓMEZ JENE Consejero, 1 de octubre de 2017.

COOPERACIÓN JUDICIAL EUROPEA

1. *Origen*

En su fundación, el 1 de enero de 1958, la Comunidad Económica Europea (CEE) incorporó el tratamiento de las cuestiones relativas al pro-

ceso civil internacional fuera el marco de su actuación institucional, previendo la firma de tratados internacionales entre los miembros sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales en materia civil y mercantil (artículo 220 TCE). Esta previsión se materializó con gran éxito en el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968, al que estaban obligados a adherirse los Estados que se incorporaban a la Organización.

Tras la entrada en vigor en 1997 del Tratado de Maastricht sobre la Unión Europea (UE), se inició el tránsito hacia la asunción de competencias comunitarias en materia de cooperación judicial. Este Tratado introdujo el llamado «tercer pilar» en la construcción comunitaria, de carácter intergubernamental, incorporando el tratamiento de asuntos en materia de «justicia e interior» (artículo K). La aproximación intergubernamental adoptada entonces venía precedida de la existencia de un grupo de trabajo en la materia en el marco de la cooperación política institucionalizada en 1986 por el Acta Única Europea. No obstante, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) ya había indicado que «la protección judicial de los individuos afectados por las actividades de la Unión, especialmente en el marco de la cooperación en materia de justicia e interior, deben ser garantizados y estructurados de manera que se asegure una interpretación y aplicación uniforme» (Informe del TJCE sobre determinados aspectos de la aplicación del Tratado de la Unión Europea, Luxemburgo, mayo de 1995). Así, con el Tratado de Ámsterdam, que entró en vigor el 1 de mayo de 1999, se integró la cooperación judicial en el llamado «primer pilar», ya con el carácter supraestatal mantenido en el Tratado de Niza, desde el 3 de febrero de 2003, y en el de Lisboa, desde el 1 de diciembre de 2009, si bien en todos los casos con las salvedades aplicables a Dinamarca, Irlanda y el Reino Unido (Protocolos 21 y 22) que, como es sabido, abandonó la Unión el 1 de febrero de 2020 (Agreement on the withdrawal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland from the European Union and the European Atomic Energy Community, *DO*, L 29, 31/01/2020).

2. *Fundamento jurídico y concepto*

La exposición de motivos del TUE señala como uno de los objetivos de la Unión «facilitar la libre circulación de personas, garantizando al mismo tiempo la seguridad y la protección de sus pueblos, mediante el establecimiento de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia». En esta línea, su artículo 3.2 establece que «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 las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia». Así, la creación de un espacio de «libertad, seguridad y justicia», formalizada en el título V del TFUE, comprende, además de la inmigración extracomunitaria (capítulo 2) y la cooperación policial (capítulo 5), la libre circulación intracomunitaria de personas. Esta última se facilita a través de la llamada «cooperación judicial» que ha de desarrollarse tanto en el ámbito penal (capítulo 4) como en el civil (capítulo 3, artículo 81 antes artículo 65), siendo este último el relevante a los efectos del presente diccionario.

Con carácter general (capítulo 1 del título V TFUE), la creación el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la UE se asienta en la tutela judicial que, por lo demás, es un derecho fundamental (artículos 6 TUE, 61 y 67 TFUE y artículo 47 de la Carta de los Derechos fundamentales de la UE) , y se articula «en especial» en torno al «principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil» como técnica reguladora (artículos 67.4 y 81.1 TFUE) que, a su vez, constituye una clara manifestación del principio de confianza mutua entre los Estados miembros. De esta forma, las instituciones comunitarias adquieren competencia exclusiva (*vid.* punto 3) para legislar en materia de cooperación judicial civil conforme al procedimiento ordinario con carácter general (artículo 81.2 TFUE) y, en el ámbito del Derecho de familia, conforme a un procedimiento especial (artículo 81.3 TFUE).

La Comisión incluso ha proclamado el 25 de octubre como día europeo de la justicia civil.

Como en el resto de las materias, el ejercicio de las competencias de la UE en el ámbito de la cooperación judicial civil está sujeto al principio de subsidiariedad; esto es las instituciones comunitarias solo intervendrán en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros y puedan lograrse mejor a nivel comunitario (artículo 5.1 y 3 TUE). No debe, por lo demás, olvidarse que, con base en el principio de cooperación leal (artículo 4.3 TFUE), «la Unión y los Estados miembros se respetarán y asistirán mutuamente en el cumplimiento de las misiones derivadas de los Tratados» y que los Estados miembros adoptarán todas las medidas apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las instituciones de la Unión, a las que ayudarán en el cumplimiento de su misión, y se abstendrán de toda medida que pueda poner en peligro la consecución de sus objetivos. En todo caso, ni el TUE ni el TFUE facilitan una definición de la expresión «cooperación judicial», cuyo alcance material (contenido) habrá de determinarse a la luz de las disposiciones que la regulan, tanto en el ámbito penal como en el civil.

3. Alcance de la cooperación judicial civil

Como se ha indicado, ni el TUE ni el TFUE facilitan una definición de cooperación judicial y, a los efectos del DIPr., el alcance *material* de la cooperación judicial civil en la UE se perfila en los términos del artículo 81 TFUE.

En primer lugar y, aunque a la vista del contenido indicado pudiera resultar obvio, la cooperación judicial civil se limita a los asuntos con «repercusión transfronteriza» (artículo 81.1); lo que excluye las situaciones planteadas por el fraccionamiento jurídico interno existentes en algunos Estados miembros. Si bien en principio la acción comunitaria se centra

en las situaciones transfronterizas intracomunitarias, la competencia de las instituciones de la UE se extiende a las situaciones extracomunitarias puesto que, en palabras del TJUE «es fundamental garantizar la aplicación uniforme y coherente de las normas comunitarias y el buen funcionamiento del sistema que establecen para preservar la plena eficacia del Derecho comunitario» (Dictamen 1/03 del Tribunal de Justicia (Pleno) de 7 de febrero de 2006, Competencia de la Comunidad para celebrar el nuevo Convenio de Lugano relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, para. 128). En estos casos, planteada la duda sobre el carácter exclusivo o mixto (compartido con los Estados miembros) de la competencia comunitaria en materia de cooperación judicial civil extracomunitaria, el TJUE resolvió a favor del primero en tanto que un análisis sobre el alcance, la naturaleza y el contenido de las normas comunitarias existentes y de los acuerdos previsto con terceros países, lleve a concluir que las disposiciones comunitarias vigentes en la materia en cuestión sienten un sistema global y coherente que podría verse afectado por cualquier acuerdo internacional que pretenda establecer normas análogas (*Ibid.* para. 148.) Así, además de firmar tratados internacionales en materias de cooperación judicial civil (i.e. Convenio de Lugano) y formar parte de la Conferencia de La Haya de DIPr, la UE ha dictado dos Reglamentos para articular la posibilidad de que un Estado miembro negocie y firme un acuerdo con un tercer país bajo la supervisión de las instituciones de la UE (Reglamentos 662/2009 y 664/2009).

En segundo término, la acción en materia de cooperación judicial civil comprende: a) el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y extrajudiciales; b) la notificación y traslado de documentos judiciales y extrajudiciales; c) las normas de conflicto de leyes; d) la competencia judicial internacional; e) la obtención de pruebas; f) los medios alternativos de solución de diferencias; g) la formación de jueces y personal de la administración de justicia; y g) en general, la eliminación de obstáculos al buen funcionamiento de los procedimientos civiles, fomentando en la medida de lo necesario, la compatibilidad de las normas procesales civi-

les de los Estados miembros. Todo ello, en el marco de la tutela judicial efectiva (aunque el precepto, artículo 81.2, la presente como una parte más de la cooperación judicial civil). Por lo tanto, el alcance de esta cooperación en la UE se extiende más allá de las clásicas cuestiones de auxilio o asistencia judicial internacional (notificaciones, pruebas), que encajarían en la noción clásica de cooperación judicial civil internacional, para abarcar otros aspectos del Derecho procesal internacional (como la competencia judicial y el reconocimiento y ejecución de decisiones, junto con los medios alternativos de solución de diferencias) así como las cuestiones relativas a la determinación de la ley aplicable a través de normas de conflicto de leyes. Se trata, por lo tanto, de una noción de cooperación judicial civil autóctona y amplia que, cuanto menos, se corresponde con el contenido tradicional del DIPr., y cuyos perfiles giran en torno a la buena administración de justicia. Todo ello, para propiciar el buen funcionamiento del mercado interior y la libre circulación de personas.

Finalmente, si bien en principio todos los Estados miembros estarían obligados por la acción comunitaria en materia de cooperación judicial civil, Dinamarca, por una parte, e Irlanda y el Reino Unido, por otra, cuentan con sendos Protocolos que limitan la aplicación del título V del TFUE en sus *territorios*. El Reino Unido e Irlanda quedan desligados de los actos normativos que se produzcan en este ámbito salvo si ejercen su derecho a participar en su adopción y aplicación (*opting in*). Tanto el Reino Unido como Irlanda han hecho uso de este derecho en la gran mayoría de las iniciativas legislativas, tomando así parte en ellas. Por el contrario, Dinamarca, habiendo reservado totalmente su participación en esta acción comunitaria, no se ha involucrado en ninguna. De este modo, se genera una situación e «geometría variable» que, en la práctica, afectó fundamentalmente a Dinamarca y cuya superación parcial, perseguida tanto por este país como por el resto de los Estados miembros, requirió la firma de dos tratados internacionales UE-Dinamarca con el fin de extender al territorio de este último y en sus relaciones con el resto de los miembros de la UE la aplicación del llamado sistema de Bruselas

I (Reglamentos 44/2001 y 1215/2012, sucesores del Convenio de Bruselas) y del Reglamento relativo a las notificaciones (Acuerdo de 19 de octubre de 2005 entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L 299 de 16/11/2005, y L 182 de 10/07/2015; y 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, DO L 300 de 17/11/2005).

No puede dejarse de notar que, una vez el Reino Unido ha abandonado la Unión y salvo que se alcance algún acuerdo distinto, cuando el 31 de diciembre de 2020 concluya el período transitorio, las normas en materia de cooperación judicial civil de la UE no serán de aplicación en el Reino Unido ni en las relaciones entre este país y el resto de los miembros de la UE como regla general (Notice to Stakeholders; Withdrawal of the United Kingdom and EU Rules in the Field of Civil Justice and Private International Law; Brussels, 27 August, 2020, REV2).

3. Algunos instrumentos en materia de cooperación judicial civil

Como se ha indicado, la noción de cooperación judicial civil en la UE comprende todos los ámbitos de acción del Derecho internacional privado, incluyendo el auxilio o la cooperación judicial civil internacional *stricto sensu* así como mecanismos para la información general (*vid.* Portal e-justice) y para el apoyo y la formación del personal de la administración de justicia (Red Judicial Europea en materia civil y mercantil). Cabe reseñar el generalizado recurso a formularios para facilitar la comunicación entre autoridades y la tramitación de los procedimientos.

La producción normativa de la Unión ha crecido exponencialmente, dando lugar a instrumentos que, bien tratan de forma exclusiva y conjunta la competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de decisiones (materia civil y mercantil, proceso europeo de escasa cuan-

tía, proceso monitorio europeo, crisis matrimoniales y responsabilidad parental) por una parte, y la ley aplicable, por otra (obligaciones contractuales y extracontractuales), o bien combinan todas estas cuestiones al abordar un ámbito material específico (i. e.; régimen económico matrimonial y de parejas de hecho; alimentos, sucesiones, procedimientos de insolvencia). Algunos de ellos cuentan con disposiciones específicas en materia de cooperación judicial internacional *stricto sensu*, como las relativas a notificaciones y obtención de pruebas, cuestiones para las que, con carácter general, se adoptaron reglamentos concretos, mientras que, para los aspectos relativos al beneficio de justicia gratuita se adoptó una Directiva. Se cuenta, además, con normas que regulan la adopción de medidas cautelares, el reconocimiento de títulos ejecutivos, así como procesos específicos (escasa cuantía y monitorio europeos).

Paralelamente, la intervención interpretativa del TJUE en todos estos instrumentos ha sido prolífica a lo largo de los años. Para mayor detalle, cabe remitirse a las voces correspondientes de este diccionario.

La intervención comunitaria en la llamada «cooperación judicial civil» (*lato sensu*) de la UE viene a facilitar y agilizar el marco jurídico en el que se desenvuelven las relaciones privadas transfronterizas, ya sean de carácter comercial o familiar, en pro del buen funcionamiento del mercado común y de la libre circulación de personas en la Unión. En todo caso, no puede dejarse de notar que, dado su carácter expansivo y la acumulación de instrumentos, su adecuado manejo requiere un alto grado de organización y de conocimiento.

Carmen Otero García-Castrillón
(*Catedrática de Derecho Internacional Privado,*
Universidad Complutense de Madrid)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. «Sobre el fundamento de la cooperación jurídica internacional», en

Cooperación Jurídica Internacional. AEPDIRI, BOE y Escuela Diplomática. 2001, pp. 61-68; GARDEÑES SANTIAGO, M. «El desarrollo del Derecho internacional privado tras el Tratado de Ámsterdam: los artículos 61.c) y 65 TCE como base jurídica», *RDCE*, 2002, pp. 23-249; GUZMÁN ZAPATER, M. «Un elemento federalizador para Europa: el reconocimiento mutuo en el ámbito del reconocimiento de decisiones judiciales», *RDCE*, 2001, pp. 405-438; VON HEIN, J. «EU Competence to legislate in the area of Private International Law and Law Reforms at the EU Level», en *Cross-Border Litigation in Europe*, BEAUMONT, P., DANOV, M., TRIMMINGS, K. y Yüksel, B. (eds.). Bloomsbury Publishing, 2017, pp. 19-34.

VOCABLOS CONEXOS: Derecho internacional privado de la UE. Competencia judicial internacional. Ley aplicable. Cooperación judicial internacional.

COOPERACIÓN JUDICIAL INTERNACIONAL

1. *Concepto*

En el Derecho privado, la expresión cooperación judicial internacional designa el conjunto de actos que desarrolla un órgano, un tribunal o cualquier otro profesional de un Estado al servicio de un procedimiento que se desarrolla ante los tribunales de otro Estado (o eventualmente se tolera que sea este mismo tribunal el que realice tales actuaciones en territorio extranjero).

El punto de partida es la idea de soberanía estatal: un juez no puede realizar actuaciones judiciales más que dentro del territorio de su propio Estado (por ejemplo, es evidente que un tribunal español no puede entregar una cédula de notificación de una demanda en Francia, ni practicar un interrogatorio en territorio marroquí). Pero cuando en el litigio que se está desarrollando en España hay elementos extranjeros —en un

sentido subjetivo u objetivo—, con frecuencia será imprescindible que alguna de esas actuaciones judiciales tengan lugar más allá de nuestras fronteras. La primera opción es, por supuesto, hacer caso omiso de esa internacionalidad y prescindir de los actos procesales que toquen al elemento extranjero, o realizarlos a toda costa (incluso de modo ficticio) en el foro, pero ello conduce a la violación de los derechos de defensa y/o a la puesta en riesgo de la tutela judicial efectiva (resoluciones sin eficacia extraterritorial). En consecuencia, hay que a) articular mecanismos para que esas actuaciones que no puede realizar el juez español —competente para conocer de un litigio— por carecer de jurisdicción en esos territorios sean encomendadas a un órgano —en principio un órgano judicial— extranjero o se posibilite de alguna otra forma su realización, y b) garantizar la válida incorporación al proceso local de los resultados obtenidos.

2. *Contenido*

A partir de aquella definición genérica se desarrollan tres formas distintas de entender qué concretas actuaciones encajan dentro de la rúbrica, según se parta de una concepción amplia, intermedia o estricta. En un sentido amplio, son instrumentos de cooperación judicial internacional cualesquiera actividades de asistencia prestadas desde el extranjero y dirigidas al establecimiento, desarrollo o afianzamiento de los resultados de un proceso, o sea, la notificación al extranjero, obtención de pruebas en el extranjero, las medidas de ejecución y el régimen de reconocimiento y ejecución de resoluciones; la intermedia incluye cuestiones de notificación, obtención de pruebas e información sobre el Derecho extranjero; por último, la concepción estricta circunscribe el contenido de la cooperación a la notificación y a la obtención de pruebas en el extranjero. Teniendo en cuenta la sustantividad propia tanto del régimen de reconocimiento y ejecución de decisiones como del tratamiento procesal de la ley extranjera, así como la existencia de elementos comunes en materia de notificaciones y de prueba, se consolida la interpretación estricta. Esos elementos comunes son la neutralidad, la necesidad de integrarse en

un procedimiento que se desarrolla en otro Estado y que sean solicitados por un órgano judicial; desde un punto de vista sustantivo, su instrumentalidad:

- La neutralidad hace referencia a su carácter puramente procesal. A diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el supuesto del reconocimiento y ejecución de resoluciones, en donde existe una decisión con implicaciones sustantivas y no algo puramente adjetivo, ni en la práctica de una prueba ni en la realización de un acto de comunicación existe una decisión sobre el fondo —lo que no quiere decir que no influyan sobre el resultado final—. Aunque una prueba no sea neutra, sí lo es el modo en el que se obtiene. La consecuencia es que, en principio, cuando un Estado sea requerido para prestar asistencia se relajarán los controles intermedios, lo que nos aleja de la disciplina de sectores como el *exequatur*.
- En segundo lugar, los actos de cooperación deben integrarse en un proceso, presente o futuro. A pesar de tener autonomía en algunos ordenamientos, la notificación o la obtención de prueba en el extranjero son, en general, incidentes del proceso principal. Por contra, si se habla de competencia la cuestión gira en torno a un presupuesto para la existencia misma del proceso, mientras que en el procedimiento de reconocimiento y ejecución de sentencia se sigue una vía propia y diferenciada respecto al proceso originario (o sea, un nuevo proceso).
- En tercer lugar, una petición de cooperación debe ser hecha por un órgano judicial. Con ello nos separamos de las formas de cooperación extrajudicial o del régimen del *exequatur*, en que la actividad del Estado requirente concluye con la resolución del litigio y son los particulares los que piden el reconocimiento y ejecución de aquella resolución.

- Para prevenir las eventuales objeciones al reconocimiento y a la ejecución transfronteriza de las resoluciones emanadas en el foro («no hay mejor defensa que una buena indefensión»), la correcta conducción del proceso permite minimizar los riesgos de pérdida de eficacia de estas. Dicho de otra forma, la correcta notificación al demandado o el aseguramiento de las posibilidades de organizar la propia defensa de forma plena (alegaciones y pruebas, pues) no interesan en sí mismas más que como útil al servicio del régimen de reconocimiento y ejecución de decisiones.

3. Modelos

Se podría describir los instrumentos jurídicos de cooperación internacional como aquellos que regulan el paso de la frontera. Cada tribunal actúa en su territorio de acuerdo con su propio ordenamiento, y en lo que hay que ponerse de acuerdo es en el cómo solicitar y prestar ayuda transfronteriza.

El punto de partida es que la cooperación entre órganos judiciales de distintos Estados no es obligatoria: No hay nada que imponga a un Estado la obligación de poner a sus órganos judiciales a trabajar al servicio de los jueces extranjeros, y mucho menos tiene por qué tolerar en su territorio el desarrollo de actuaciones judiciales de tales jueces. Como se apuntó, un sistema jurídico podría incluso forzar a prescindir del dato extranjero y exigir que los procedimientos sean conducidos como si fueran puramente internos. Más aún: Si se opta por la cooperación, hay muy diversas formas y niveles de intensidad. Todo depende del grado de compromiso que se tenga con el respeto de los derechos de los particulares en el proceso o de simples cálculos estratégicos (riesgo de autarquía). En consecuencia, cabe pensar en dos escenarios en este ámbito:

- Si se trata de Estados que no han negociado ninguna forma particular de cooperar, cada uno de ellos regulará en su propio sistema jurídico el procedimiento para pedir ayuda en el exterior, y en qué condiciones la presta cuando se le solicite desde fuera. En

la medida en que el mecanismo es unilateral, nada garantiza el éxito: El resultado positivo no está asegurado porque la capacidad de disciplinar el proceso se agota al llegar a la frontera, y el Estado destinatario de la solicitud no tiene —en estrictos términos jurídicos— obligación de colaborar. De la misma manera, en este modelo de falta de cooperación institucionalizada la respuesta de los órganos nacionales a las solicitudes procedentes de fuera no tiene por qué ser favorable, ni ajustarse a los términos de la petición recibida.

- Cabe la posibilidad de que los Estados se pongan de acuerdo en cómo van a cooperar, ya sea sobre una base bilateral o multilateral. Alcanzarán un convenio o cualquier otro instrumento internacional en el que establecerán los procedimientos para pedir ayuda y —lo que es más importante— se comprometerán a atender las solicitudes de asistencia: A un requerimiento ajustado a los términos pactados se sigue una respuesta susceptible de ser incorporada al proceso en curso. Se puede dar un paso más, minimizando las exigencias derivadas del concepto tradicional de soberanía estatal, permitiendo que los tribunales extranjeros realicen de forma más o menos libre actuaciones procesales en el propio foro. Lo usual en cualquier caso es que estos instrumentos no interfieran en los sistemas procesales internos, limitándose a organizar la fase estrictamente internacional de la cooperación (los «trámites de frontera»).

En función del origen de una solicitud de asistencia o del país al que se dirige la emanada por un tribunal español, los instrumentos jurídicos disponibles serán distintos.

Se podría decir que para viajar a algunos países hemos trazado entre ambos una autopista que va de juzgado a juzgado, mientras que para viajar a otros solo disponemos de un camino, standard en la parte española e ignoto más allá del límite fronterizo (se desconoce incluso si con-

tinúa). En el caso de España, existen normas para cada tipo de casos, que se pueden consultar (por materias y países) en la siguiente dirección de internet:

http://www.prontuario.org/prontuario/es/Civil/Consulta/?channels=999e23224d616310VgnVCM10000053a5e40a_____

4. Régimen jurídico

4.1. Marco general

Existe un condicionamiento básico en toda regulación procesal, y es el derecho a la tutela judicial efectiva. Ese derecho aparecía consagrado de forma más o menos vaga ya en el artículo 8 de la Declaración universal de derechos humanos y en el artículo 6 de la Convención europea de derechos humanos. Más recientemente, el artículo 47 de la Carta de derechos fundamentales de la UE va desgranando alguno de sus perfiles, aludiendo específicamente —en lo que nos interesa destacar— al derecho a hacerse aconsejar, defender y representar. Es claro que prácticamente todos los ordenamientos nacionales recogen declaraciones similares.

En materia de cooperación judicial el artículo 24 de la Constitución española abarca el derecho a recibir el emplazamiento de una demanda y el de utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa. La jurisprudencia del TC ha tenido la oportunidad de desarrollar algunas ideas al respecto:

- Solo en relación con el régimen de las notificaciones existe doctrina a propósito de litigios con elemento extranjero. Afirma el TC que el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión garantiza a todos los que puedan resultar afectados por la decisión que se dicte en un proceso judicial el conocimiento de su existencia, para poder intervenir en él, ser oídos, y ejercer la defensa

de sus derechos e intereses legítimos. La quiebra del régimen procesal de emplazamientos, citaciones y notificaciones de los distintos actos procesales genera indefensión, porque viola los indisponibles principios de contradicción e igualdad de armas entre las partes del litigio (SSTC 50/2017, de 8 de mayo; 6/2017, de 16 de enero; 219/1999, de 29 de noviembre; 128/2000, de 16 de mayo). Específicamente, afirma el TC que en esta materia el juez tiene obligación de activar los mecanismos jurídicos existentes para asegurar un emplazamiento personal.

- En cuanto a la obtención de pruebas, se garantiza a las partes la posibilidad de impulsar una actividad probatoria acorde con sus intereses (SSTC 173/2000, de 26 de junio; 131/1995, de 11 de septiembre; 1/2004, de 14 de enero), sometida a la triple exigencia de pertinencia (pruebas que tengan una relación con el *thema decidendi*: SSTC 147/2002, de 15 de junio; 70/2002, de 3 de abril; 165/2001, de 16 de julio; y 96/2000, de 10 de abril), diligencia (respeto del marco legal establecido en el ordenamiento jurídico respecto a su ejercicio: SSTC 173/2000, de 26 de junio; 167/1988, de 27 de septiembre; 236/2002, de 9 de diciembre; 147/2002, de 15 de junio; 165/2001, de 16 de julio; 96/2000, de 10 de abril), y relevancia (que la prueba sea decisiva e influya en el resultado: SSTC 157/2000, de 12 de junio; 147/2002, de 15 de julio; 70/2002, de 3 de abril; 116/1983, de 7 de diciembre).

Todo lo anterior implica una correlativa carga del legislador español de —como mínimo— intentar articular mecanismos de cooperación internacional idóneos para satisfacer la necesidad de realizar actos procesales más allá de nuestras fronteras y la del órgano judicial usarlos allí donde existan, tal y como existan. Por consiguiente, el coste adicional de la práctica de una notificación o una prueba en el extranjero no es motivo para denegarlas.

4.2. Normativa de fuente europea

En el espacio europeo, una concreción ulterior de aquellas declaraciones de derechos aparece en el artículo 81 TFUE (el viejo artículo 65 del TCE), que dispone que «1. 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». Lo que sigue después (párrafo 2) es un catálogo de sectores en los que puede progresar la acción europea (no necesariamente con productos normativos), sectores que abarcan tanto el puro Derecho procesal como el conflicto de leyes o la cooperación en actividades de formación.

Es importante retener el objetivo inicialmente fijado: Esta es la historia de una casa construida a partir del diseño del tejado. En el artículo 220 del primitivo Tratado de Roma de 1957 se preveía que los Estados entablarían negociaciones, en tanto que fuera necesario, para simplificar las formalidades de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales y laudos arbitrales a fin proporcionar a los ciudadanos comunitarios un marco para una protección jurídica suficiente, como instrumento para alcanzar un mercado interior cohesionado, ya que se así evitarían las posibles perturbaciones provocadas por la distintas regulaciones procesales nacionales. Tratándose de derechos que en relaciones interestatales no pueden ser garantizados si no es mediante una actuación coordinada de todos los participantes en ese espacio, a partir de ahí se suceden instrumentos —desde el Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, convenio doble— que lo primero que hacen es constatar que la confianza mutua no se impone. Para implementarla plenamente hay que empezar por articular los procesos nacionales en torno a principios fungibles y homologables: Ciertamente, se elimina la doble posibilidad de defensa (en el proceso de cognición y en el trámite del *exequatur*, ten-

dencialmente inexistente), pero no se puede recibir en el foro lo que no satisface unos standards mínimos de calidad. Se trata de que un sujeto pueda actuar y organizar su defensa en el proceso con elementos extranjeros como si fuera puramente interno. De ahí vienen las normativas sobre competencia judicial internacional, evitación de resoluciones inconciliables o asistencia letrada gratuita, por ejemplo, pero también las regulaciones sobre información al demandado de la existencia de una demanda contra él y la garantía de que tendrá posibilidades de defenderse: O sea, todo lo que contribuya a eliminar los obstáculos a la libre circulación de decisiones.

Así las cosas, sobre asistencia judicial internacional en el espacio europeo son dos los instrumentos esenciales vigentes:

- Reglamento (CE) 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (notificación y traslado de documentos). Deroga el Reglamento (CE) 1348/2000 del Consejo, justamente para dotar de mayor fuerza obligatoria a las normas reglamentarias y reducir los márgenes de actuación de los Estados.
- Reglamento (CE) 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil.

Para su estudio detallado se remite a las voces correspondientes. Baste decir que se basan ambos en la cooperación directa entre los órganos judiciales (incluso cabe la actuación directa de un tribunal en el territorio del otro Estado), reduciendo los pasos intermedios y facilitando la comunicación mediante el empleo masivo de formularios standardizados.

4.3. *Convenios internacionales*

En un entorno mucho menos exigente que el de la UE como por ejemplo el de la Conferencia de La Haya se han alcanzado compromisos de cooperación en ambas materias. Se trata de instrumentos convencionales clásicos, anclados y condicionados por el respeto de las soberanías estatales, lo que desemboca tanto en la presencia insoslayable de una Autoridad Central de cada país, que centraliza y canaliza las solicitudes y respuestas de colaboración, como en la posibilidad de formular reservas. No obstante, supusieron un enorme avance —como acredita el número de ratificaciones recibidas— y encierran en su seno un potencial no explorado, desde el momento en que no impiden que los Estados alcancen acuerdos de cooperación reforzada en algunos aspectos concretos. En el seno de la Conferencia se han alcanzado dos instrumentos:

- Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965 sobre notificación en el extranjero de actos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial.
- Convenio de La Haya de 18 de marzo de 1970 sobre la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial.

En las relaciones entre Estados miembros de la UE, estos convenios quedan desplazados por los reglamentos mencionados más arriba, siempre que se trate de materia civil o comercial, exista o no normativa europea (por ejemplo, cuando se trate de un litigio sobre establecimiento de la filiación, en el que no hay norma alguna de fuente europea, también se aplican esos reglamentos).

En la Organización de Estados Americanos se alcanzó la Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, hecha en Panamá el 30 de enero de 1975, que combina mecanismos de cooperación directa con la asistencia de las autoridades centrales de cada Estado.

Por último, España ha concluido convenios bilaterales con amplio contenido y que incluyen en su articulado reglas sobre notificaciones y obtención de pruebas. Son los siguientes instrumentos: Convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil entre el Reino de España y la República Islámica de Mauritania, de 12 de septiembre de 2006; Convenio relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil entre la República Argelina Democrática y Popular y el Reino de España, hecho *ad referendum* en Madrid el 24 de febrero de 2005; Convenio de asistencia judicial en materia civil y mercantil entre en Reino de España y la República Dominicana, hecho en Madrid el 15 de septiembre de 2003; Convenio sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales entre el Reino de España y la República de Túnez, de 24 de septiembre de 2001; Convenio de asistencia judicial en materia civil y mercantil entre el Reino de España y el Reino de Tailandia hecho en Madrid el 15 de junio de 1998; Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, firmado en Madrid el 30 de mayo de 1997; Tratado sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil entre el Reino de España y la República Popular China, hecho en Pekín el 2 de mayo de 1992; Convenio sobre asistencia judicial en materia civil entre el Reino de España y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, firmado en Madrid el 26 de octubre de 1990; Convenio de cooperación jurídica en materia civil entre el Reino de España y la República Federativa del Brasil, firmado en Madrid el 13 de abril de 1989; Convenio de cooperación jurídica entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay, hecho en Montevideo el 4 de noviembre de 1987; Convenio relativo a la mutua asistencia en los procedimientos civiles y comerciales entre España y Gran Bretaña, firmado en Londres el 27 de junio de 1929, aplicable con Canadá, Dominica, Fiji, Lesotho. Ni que decir tiene que los convenios bilaterales suscritos con Estados miembros de la UE han quedado desplazados por los reglamentos.

4.4. *Normativa de fuente autónoma*

Cuando no exista convenio o reglamento aplicables, no queda otra vía más que la ofrecida por la Ley 29/2015 de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. Su aplicación es subsidiaria a las fuentes internas y a las normas especiales (artículo 2). El objetivo de la Ley es tanto regular la forma en la que deben proceder los tribunales españoles a la hora de cursar solicitudes de cooperación dirigidas al extranjero como la manera en la que se responde a las que vengan desde fuera de España. Desde el momento en que se coloca en la cúspide del sistema la tutela judicial como derecho individual, la reciprocidad desaparece (artículo 3), y como principio básico se brinda asistencia incluso a los tribunales de países extranjeros que no la prestan.

El título I de la ley (Régimen general de la cooperación jurídica internacional) respalda sin duda aquella concepción estricta de la cooperación judicial, en la medida en que en su interior alberga normas presuntamente de aplicación general (capítulo I, artículo 5 y ss.), pero difícilmente trasladables a otros sectores como el *exequatur*. El capítulo II de este primer título disciplina los actos de comunicación de documentos judiciales (artículos 20 ss.), el III la de documentos extrajudiciales (artículo 28) y el IV la práctica y obtención de pruebas (artículos 29 y ss.).

5. *Advertencia final*

A la luz de la experiencia acumulada, se puede subrayar que:

1. No es imposible obtener una prueba en el extranjero. Será dificultoso en mayor o menor medida, pero la tentación de renunciar a una prueba (la presión externa incluso) solo porque debe practicarse en el extranjero no tiene fundamento. El juez no puede rechazarla solo por motivos de coste, complejidad o dilaciones, y si lo hace se pueden interponer los recursos correspondientes, hasta llegar al de amparo constitucional.

2. Hay que identificar a quién se quiere entregar una demanda, en la medida en que el régimen jurídico varía bastante según donde vive el notificando, llegándose al extremo de que en casos de pluralidad de demandados pueden ponerse en funcionamiento regímenes jurídicos dispares para cada uno. Como en el caso de las pruebas, no es potestativo del juez decidir si se activan o no los procedimientos de cooperación. Hay que hacer todo lo posible por informar a un sujeto de que hay un proceso entablado contra él, para no toparse después con el rechazo al reconocimiento y ejecución de la decisión del juez de foro.

*Autor: Luis F. Carrillo Pozo
(Universidad de Almería)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CAPATINA, O. «L'entraide judiciaire internationale en matière civile et commerciale», en *RCADI*, 1983; CARRILLO POZO, L. F. y ELVIRA BENAYAS, M. J. *Instrumentos procesales de la Unión Europea*, Granada, 2012; CEBRIÁN SALVAT, M. A. *La notificación internacional en materia civil y mercantil en la Unión Europea*, Granada, 2018; FRIGO, M. y FUMAGALLI, L. *L'assistenza giudiziaria internazionale in materia civile*, Padua, 2003; HERRERA PETRUS, C. *La obtención internacional de pruebas. Asistencia jurisdiccional en Europa*, Bolonia, 2005.

VOCABLOS CONEXOS: Prueba en el extranjero. Notificación internacional. Prueba del Derecho extranjero.

CORTE INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE LA CÁMARA DE COMERCIO INTERNACIONAL

La Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (la «Corte») es la principal institución para la resolución de controversias internacionales por medio de arbitraje.

La Corte no resuelve por sí misma las controversias. Su principal función es administrar la resolución de controversias por tribunales arbitrales, de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CCI (el «Reglamento»). El rol de la Corte, por lo tanto, es de naturaleza exclusivamente administrativa.

La Corte es la única institución arbitral de naturaleza realmente global. Aunque su sede este ubicada en París (Francia), la Corte administra arbitrajes desde oficinas ubicadas no solamente en París, sino también en Nueva York, São Paulo, Hong Kong, Singapur, y a partir del 2021, en Abu Dhabi. El alcance universal de la Corte se evidencia también por la diversidad de su composición, con miembros provenientes de 116 países, y por la diversidad de las partes en sus arbitrajes, las cuales en 2019 provenían de 147 países. También es notable que la Corte, en 2019, nombró o confirmó a más de 1400 árbitros provenientes de 89 países, y que la sede de los arbitrajes CCI haya sido ubicada en 116 ciudades distintas.

La Corte es el único órgano autorizado a administrar arbitrajes bajo el Reglamento, incluyendo el examen previo y la aprobación de laudos dictados de conformidad con el Reglamento, una de sus principales características. El Reglamento ha sido modificado en varias oportunidades desde la creación de la Corte en 1923. Los cambios más destacados en las revisiones recientes del Reglamento han sido la introducción de la figura del árbitro de emergencia en el Reglamento vigente a partir del 1 de enero de 2012 y la introducción de la figura del procedimiento abreviado en el Reglamento vigente a partir del 1 de marzo de 2017.

Una nueva versión del Reglamento entrará en vigencia a partir del 1 de enero de 2021 a fin de brindar mayor eficiencia, flexibilidad y transparencia en los procedimientos de arbitraje CCI. Entre otras modificaciones, se puede destacar lo siguiente: (i) el poder del tribunal arbitral para decidir sobre la incorporación de una parte adicional, excluir representantes de las partes que se incorporen al procedimiento cuando el arbi-

traje ya esté en curso y pueda llegar a crear un conflicto de interés, o la posibilidad de conducir audiencias virtuales; (ii) el poder de la Corte para consolidar procedimientos entre partes distintas cuando los distintos procedimientos estén basados en los mismos acuerdos de arbitraje, así como el poder de nombrar a todo el tribunal arbitral en caso de un manifiesto riesgo de invalidez del proceso de formación del tribunal arbitral que haya sido acordado por las partes; (iii) la exigencia de que ningún árbitro tenga la misma nacionalidad de las partes en procedimientos basados en un tratado, así como la exclusión expresa del procedimiento de árbitro de emergencia para ese tipo de procedimientos, codificando claramente una práctica ya establecida de la Corte en este último supuesto; y, (iv) la obligación de las partes de revelar acuerdos realizados con terceros sobre el financiamiento del procedimiento de arbitraje a efectos de evitar posibles conflictos de interés con los miembros del tribunal arbitral.

En la actualidad, la Corte recibe aproximadamente 900 nuevos casos por año y, desde su creación en 1923, ha administrado más de 25 500 casos en todo el mundo.

La Corte, el órgano independiente de arbitraje de la CCI, está formada por cientos de especialistas en resolución de controversias internacionales, procedentes de distintos países, que se encargan de tomar las decisiones necesarias para que los procedimientos arbitrales avancen desde la constitución del tribunal arbitral y hasta el dictado del laudo final. La diversidad y complementariedad de los orígenes profesionales, jurídicos y culturales de los miembros de la Corte aseguran que todos los casos se traten con profesionalidad y objetividad.

En la actualidad, la Corte está formada por 1 presidente, 17 vicepresidentes y otros 176 miembros de la Corte. Todos son absolutamente independientes de la CCI. El presidente de la Corte es nombrado por el Consejo Mundial de la CCI tras la recomendación del Comité Ejecutivo de la CCI bajo la propuesta de un comité de expertos independiente, por

un término de 3 años, y puede ser reelecto por un solo término adicional de 3 años. Los vicepresidentes de la Corte son nombrados por el Consejo Mundial de la CCI tras la propuesta del presidente, y los miembros de la Corte son propuestos por los distintos Comités Nacionales que forman parte de la CCI, pudiendo el presidente proponer miembros alternos para su nombramiento por el Consejo Mundial de la CCI, así como miembros principales y alternos cuando no haya un Comité Nacional establecido en un territorio.

Siempre de conformidad con el Reglamento, el rol de la Corte a lo largo de un procedimiento de arbitraje es muy variado. Al inicio del arbitraje, la Corte puede ser invitada por el secretario general de la Corte a tomar una decisión bajo el artículo 6(4) del Reglamento si una parte contra la cual se haya formulado una demanda no presenta una Contestación, o si cualquiera de las partes formula una o varias excepciones relativas a la existencia, validez o alcance del acuerdo de arbitraje o a si todas las demandas formuladas en el arbitraje pueden ser determinadas conjuntamente en un solo arbitraje. Este es un asunto para el cual las partes pueden solicitar que la Corte comunique a las partes las razones de su decisión.

Asimismo, la Corte puede decidir sobre solicitudes de consolidación de procedimientos bajo los términos del artículo 10 del Reglamento. Esta es otra cuestión para la cual la Corte puede transmitir las razones de su decisión a pedido de una de las partes.

La Corte también puede decidir si las disposiciones sobre el procedimiento abreviado son o no aplicables al caso y, durante el transcurso del procedimiento, si por alguna circunstancia dichas disposiciones no serán más de aplicación. En casos administrados bajo el procedimiento abreviado, el Reglamento prevé que aunque sea contrario a alguna disposición del acuerdo de arbitraje, la Corte podrá nombrar un árbitro único.

La Corte también fija la sede del arbitraje en una ciudad en caso de que las partes no hayan elegido la misma en el acuerdo de arbitraje o posteriormente.

Con respecto a la constitución del tribunal arbitral, la Corte determina el número de árbitros en uno o tres cuando las partes no lo han fijado en el acuerdo de arbitraje o posteriormente. Una vez determinado el número, en los procedimientos de arbitraje CCI, los árbitros pueden ser designados por las partes, en cuyo caso están sujetos a la confirmación por parte de la Corte, o del Secretario General de la Corte, antes de integrar formalmente el tribunal arbitral. Por otra parte, los árbitros pueden ser nombrados por la Corte, en particular tratándose de un árbitro único o del presidente del tribunal arbitral, en ausencia de acuerdo de las partes. En estos casos, la Corte puede, a menos que un Estado o una entidad estatal sea parte al arbitraje, proceder al nombramiento tras consultar a un Comité Nacional que sea neutral. Como en todos los casos los árbitros deben ser y permanecer imparciales e independientes, la Corte también se encarga de decidir sobre pedidos de recusación de árbitros, o decidir sobre la sustitución de los mismos, decisiones sobre las cuales la Corte puede comunicar las razones de su decisión a pedido de una de las partes.

La Corte también tiene el poder de aprobar el Acta de Misión si una de las partes rehúsa participar en su redacción o no la firma. Asimismo, la Corte prorroga los plazos para establecer el Acta de Misión o para la realización de la conferencia sobre conducción del procedimiento en los procedimientos abreviados, así como el plazo para el dictado del laudo u otros plazos previstos en el Reglamento que hayan sido modificados por las partes antes de la constitución del tribunal arbitral.

Una de las características principales del arbitraje CCI es el examen previo del laudo por la Corte antes de que el mismo sea notificado a las partes. El tribunal arbitral debe someter el laudo a la Corte en forma de proyecto, que podrá ordenar modificaciones de forma y, respetando la

libertad de decisión del tribunal arbitral, podrá llamar su atención sobre puntos relacionados con el fondo de la controversia. Ningún laudo podrá ser dictado por el tribunal arbitral antes de haber sido aprobado, en cuanto a su forma, por la Corte.

Con respecto a los aspectos financieros de los procedimientos, la Corte fija oportunamente la provisión para gastos del procedimiento, así como decisiones sobre el reajuste de dicha provisión a lo largo del procedimiento para tomar en cuenta las modificaciones de la cuantía de la controversia y de la estimación de los gastos del árbitro, o la evolución del grado de dificultad y complejidad del asunto. Al aprobar el laudo final, la Corte fija igualmente los costos del arbitraje, en específico, los honorarios y gastos del tribunal arbitral y los gastos administrativos de la CCI. Cualquier acuerdo directo entre los árbitros y las partes sobre sus honorarios es estrictamente prohibido. Asimismo, no se permite a los árbitros solicitar a las partes que remuneren el secretario administrativo del tribunal arbitral y, de haber uno, los honorarios previstos por el Reglamento con base al valor de la disputa son inclusivos de dicha remuneración. Al fijar los honorarios de los árbitros, la Corte toma en cuenta la diligencia y eficiencia de los mismos y el tiempo empleado, la celeridad del proceso, la complejidad del asunto y la observancia del plazo previsto para someter el proyecto de laudo al examen previo de la Corte. La Corte puede reducir los honorarios de los árbitros en situaciones en donde el procedimiento no es conducido de forma eficiente y, en especial, cuando haya retrasos injustificados en la presentación del laudo para el examen previo de la Corte.

La Corte es asistida en sus tareas por la Secretaría de la Corte (la «Secretaría»), bajo la dirección del secretario general. La Secretaría, que cuenta con más de ochenta abogados y personal administrativo de diversas nacionalidades, brinda apoyo a la Corte en la administración diaria de los procedimientos. Además de la asistencia diaria a las partes, abogados y árbitros en cuestiones relacionadas con los procedimientos en curso y con la interpretación del Reglamento, la Secretaría prepara informes so-

bre las distintas cuestiones que son luego sometidos a decisión en las sesiones semanales de la Corte.

Dichas sesiones, en donde la Corte toma decisiones relacionadas con los procedimientos en curso, se distinguen entre sesiones regulares (en donde participan tres miembros de la Corte) y sesiones especiales o plenarias (cuyo quorum es de al menos seis miembros de la Corte y un presidente). Las sesiones de la Corte son presididas por el presidente de la Corte o por un vicepresidente. En las sesiones regulares de la Corte se toman todo tipo de decisiones por unanimidad de los miembros de la Corte que participan, y a las sesiones especiales y plenarias se someten las decisiones sobre recusación y sustitución de árbitros, laudos involucrando a Estados o entidades estatales y laudos con opiniones disidentes, y finalmente las decisiones que hayan sido transferidas de las sesiones regulares al no haber unanimidad. En las sesiones especiales y plenarias, además del informe preparado por la Secretaría, se le solicita a uno de los miembros de la Corte que prepare un informe para cada caso a tratar.

Finalmente, la Corte es reconocida por su papel en la promoción del arbitraje a escala mundial. Durante su larga historia, ha contribuido a incrementar el conocimiento y la comprensión del arbitraje en el plano internacional. La Corte fue la principal iniciadora de la Convención de Nueva York de 1958, que es fundamental para la ejecución y reconocimiento de los laudos extranjeros en todo el mundo. Por medio de la Corte, del Centro Internacional de ADR y de la Comisión de Arbitraje y ADR, la CCI también colabora con diversas organizaciones internacionales, públicas y privadas, como la ONU, la Comisión Europea, el Banco Mundial, la IBA, UNIDROIT y OHADA, para desarrollar normas, reglamentos y herramientas para la resolución de controversias.

*Autores: Alexis Mourre
(Presidente de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, París)*

*Juan Pablo Argentato
(Consejero de la Secretaría de la Corte Internacional de Arbitraje, París)*

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje. Arbitraje de inversiones.

CUESTIÓN INCIDENTAL

En Derecho internacional privado se entiende por cuestión incidental (también denominada cuestión previa o cuestión preliminar), aquella cuestión jurídica con sustantividad propia, que constituye un presupuesto de la cuestión principal, y que es necesario resolver para poder resolver una relación jurídica privada internacional (la cuestión principal). La cuestión previa (*Vorfrage*) surge cronológicamente después del examen previo de la principal (*Hauptfrage*), pero debe resolverse antes que esta. Asimismo, surge tras la determinación de la ley aplicable a la cuestión principal y será esta la que indique si realmente existe dicha cuestión o no y si debe resolverse antes que la cuestión principal. Puede surgir en cualquier relación jurídica o estatus legal, pero en la práctica, es el ámbito del Derecho de familia en el que con mayor frecuencia se produce dicha cuestión. Por ejemplo, cuando para poder decidir la vocación hereditaria entre cónyuges supérstite primero deba resolverse la validez del matrimonio o cuando sea necesaria la determinación de la filiación paterna de un hijo o hija extramatrimonial, antes de la declaración de nacionalidad o antes de una declaración de herederos, entre otros muchos supuestos.

La cuestión previa se da, en sentido técnico, cuando concurren las siguientes circunstancias:

- La norma de conflicto del foro designa como aplicable a la cuestión principal, un Derecho extranjero. La *lex causae*, debe ser un Derecho extranjero.
- Este Derecho considera que antes de dar respuesta a la cuestión jurídica principal, es necesario resolver otra cuestión jurídica. Para ello, habrá que determinar cuál es la ley aplicable a esta cuestión previa.
- Para dar respuesta a esa cuestión previa, las normas de conflicto del foro se remiten a un ordenamiento distinto de aquel al que se remiten las normas de conflicto del Derecho extranjero que rige la cuestión principal, de manera que la solución dada por un ordenamiento o el otro, difiere. Las consecuencias legales de la aplicación de la ley sustantiva designada por las normas de conflicto del foro y las consecuencias de la aplicación del ordenamiento designado por las normas de conflicto de la *lex causae*, deben ser necesariamente distintas. Si las normas sustantivas de los dos ordenamientos dieran la misma solución a la cuestión planteada, no tendría relevancia cuál de las dos eligiera el juez que conoce del asunto.

El problema consiste en determinar qué sistema de Derecho internacional privado deberá aplicar el juez que esté conociendo del asunto para resolver la cuestión previa, el sistema del foro o el sistema de DIPr del ordenamiento jurídico que regula la cuestión principal.

Solo cuando la cuestión principal se rige por un Derecho extranjero surge esta duda para el juez; si, por el contrario, la cuestión principal quedara sometida al Derecho material del foro, cualquier cuestión previa que pudiera suscitarse debería regirse, indudablemente, por el sistema de Derecho internacional privado del foro.

La cuestión previa comenzó a estudiarse por la doctrina a raíz de la sentencia del Tribunal de *Cassation* francés, de 21 de abril de 1931, *Ponnoucannamalle c. Nadimoutoupouille* que resolvía la sucesión de un inglés de origen hindú, domiciliado en Indochina (en aquellos momentos, una colonia francesa). El causante era una persona adinerada, casada, con varios hijos legítimos y con un hijo adoptado, según las leyes indias. El causante tenía varios inmuebles sitios en la Conchinchina (uno de los territorios que forman Indochina), por la Ley que regía la sucesión de los mismos era la Ley francesa (ley de situación del inmueble). El hijo adoptivo, estaba casado con la Sra. Ponnoucannamalle y tenían un hijo legítimo. Pero, el hijo adoptivo fallece antes que el causante. Este último fallece habiendo hecho testamento, en el que deshereda a su nieto adoptivo que, por derecho de representación, ocupa el lugar de su padre premuerto. La Sra Ponnoucannamalle, en representación de su hijo menor de edad inició un procedimiento solicitando la impugnación del testamento. Su petición se basó en el artículo 3 del apartado 2.º del Código Napoleónico: «Los bienes situados en el territorio francés, se regirán por el Derecho francés». Este determinaba que el nieto adoptivo representaba legítimamente al padre premuerto como heredero legitimario. El heredero «legítimo» del causante, el Sr. Nadimoutoupouille, plantó como cuestión previa de la sucesión la determinación de la validez de la adopción. Había que determinar la ley aplicable a la validez de la adopción. Sin embargo, el Tribunal de Saigón rechazó el cuestionamiento de la validez de la adopción, porque entendió que la adopción era válida según la ley hindú, ley personal del adoptante y del adoptado. La Corte de Saigón confirmó la sentencia del Tribunal, y en 1931, el Tribunal de Casación Francés hizo suyos los argumentos de las otras dos instancias, entendiendo que la adopción era válida y dicha ley la aplicable, si hubiese sido el único problema planteado. Pero, la *Cour de Cassation* entendió que dicha ley era contraria al orden público internacional francés, porque el artículo 344 del CC francés (derecho que regía la sucesión), impedía la adopción realizada por personas que tuvieran ya hijos legítimos. Por lo tanto, dicha ley no se aplicó y se aplicó a la cuestión previa (adopción) la misma ley que rigió la cuestión principal (sucesión).

Tras esta sentencia, uno de los representantes de la doctrina alemana, (G. MELCHIOR) planteó en 1932, por primera vez en su monografía relativa a los problemas generales de Derecho internacional privado y como uno de ellos, la cuestión previa. Este autor consideraba que, dado que la cuestión principal se regía por un Derecho extranjero, sería adecuado aplicar a la cuestión previa las normas de conflicto de ese mismo ordenamiento extranjero. Es decir, consideraba que la cuestión previa debía ser resuelta por la *lex causae*, por entender que favorecía la armonía internacional de soluciones, a pesar de que entendía que, en algunas ocasiones excepcionales era conveniente aplicar, la *lex fori*. De esta manera, el juez resolvía de la misma forma en la que lo haría el juez del país cuyo Derecho era aplicable a la cuestión principal. Dos años después, W. WENGLER planteó el problema de la cuestión previa siguiendo la postura de MELCHIOR. Paul LAGARDE, dentro de la doctrina francesa, fue también uno de los firmes defensores de esta postura, a pesar de que no compartía la idea de que dicho principio favoreciera la armonía internacional de las decisiones dictadas por los tribunales.

Posteriormente, otro sector de la doctrina (entre los que se encontraban RAAPE, MAURY, FRANCESKAKIS y A. H. ROBERTSON), se decantó por aplicar a la cuestión previa la *lex fori*, es decir, la ley correspondiente al juez que está conociendo del asunto principal, porque de esta manera se favorecía la armonía interna de soluciones y la seguridad jurídica.

Esta última solución es la que, a día de hoy y, a falta de una regulación general tanto de origen interno como de origen europeo, es la que predomina en la doctrina de Derecho internacional privado español. Esta, es partidaria de resolver las cuestiones previas con arreglo a los criterios generales (artículo 12.6 CC), es decir, aplicando las normas de conflicto del foro. Una vez resuelta la cuestión previa con base en la ley designada por las normas de conflicto del foro, el juez que conozca del asunto podrá resolver la cuestión principal con base en la norma de conflicto española aplicable a dicha cuestión y en función de la ley designada por esta última. No obstante, no puede descartarse que, en supuestos excep-

cionales y para lograr un resultado justo, sea necesario aplicar las normas de conflicto extranjeras.

Como decimos, actualmente no existe una disposición general ni tampoco una norma específica de Derecho internacional privado de producción interna que dé una solución normativa a la cuestión planteada. Y la jurisprudencia interna ha optado por esta solución (STS 1968/1991, de 4 de abril, *ECLI:ES:TS:1991:1968*, SAP Alicante, n.º 30/09, de 26 de enero de 2009, *ECLI:ES:APA:2009:1041*, Auto AP Madrid, 841/2013, de 17 de enero de 2013, *ECLI:ES:APM: 2013:841A*), pero no ha establecido de forma clara una teoría general sobre el asunto.

La CIDIP II sobre normas generales de Derecho internacional privado, de 1979, tampoco era favorable a la aplicación de la *lex causae*. Así, en su artículo 8 también estableció que: «Las cuestiones previas, preliminares o incidentales que puedan surgir con motivo de una cuestión principal no deben resolverse necesariamente de acuerdo con la ley que regula esta última».

En el caso del Derecho internacional privado de fuente institucional, la situación es similar, dado que no existe una norma general aplicable. La doctrina, también en este caso, aboga por aplicar la *lex formalis fori*. Es decir, en el caso de que existan normas de Derecho internacional privado europeo aplicables a la cuestión previa, esta debería ser regulada por la Ley resultante de la aplicación de la norma de conflicto europea prevista para dicha cuestión previa. En el supuesto de que la cuestión previa no estuviera regulada a través de normas comunitarias, algunos Reglamentos han establecido que dicha cuestión sea regulada por las normas de conflicto de cada Estado miembro. Así lo establece, por ejemplo, el Considerando 10 del Reglamento n.º 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (Roma III) (*DO L 343*, de 29 de diciembre de 2010): «las cuestiones prejudiciales [...] deben ser determinadas por las normas so-

bre conflicto de leyes aplicables en el Estado miembro participante de que se trate».

*Autora: Idoia Otaegui Aizpúrua
(Profesora agregada de Derecho Internacional Privado, UPV/EHU)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L. «La cuestión previa de la “existencia de matrimonio” en el proceso de divorcio con elemento extranjero», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (octubre de 2013), vol. 5, n.º 2, pp. 140-208, www.uc3m.es/cdt; CALVO-CARAVACA, A. L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho internacional privado*, vol. I, Comares, Granada, 2018, pp. 223-228; *Diccionario panhispánico del español jurídico*, MUÑOZ MACHADO, Santiago (dir.), vol. I A-F, Madrid, 2017, RAE, p. 690; MELCHIOR, G. *Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts*, Berlín, 1932; PECOURT GARCÍA, E. «Problemática de la cuestión preliminar en Derecho internacional privado», *Revista de Derecho Español y Americano*, n.º 14, octubre-diciembre 1966, pp. 11-60; SCHMIDT, T. S. «The Incidental Question in Private International Law», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, tomo 233, 1992 II, pp. 315-415.

VOCABLOS CONEXOS: Cuestión incidental. Cuestión previa. Norma de conflicto. *Lex fori*. *Lex causae*.

CUESTIÓN PREJUDICIAL

1. *Concepto: recurso indirecto que se plantea a través de los tribunales nacionales*

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), de 13 de diciembre de 2007, en sus artículos 251 y siguientes se refiere al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sexta parte, «Disposiciones institucionales y financieras», título I, «Disposiciones institucionales», capítulo 1, «Instituciones», sección primera).

Tras regular las competencias del Tribunal General y del Tribunal de Justicia en los denominados recursos directos, es decir, aquellos que los Estados miembros, las instituciones de la Unión Europea y los particulares —personas físicas y jurídicas— en determinados casos pueden interponer directamente ante los mencionados órganos judiciales —recurso por incumplimiento, recurso de anulación, recurso por omisión, recurso en reclamación por responsabilidad extracontractual, y recursos de casación— (artículos 256 al 266 del TFUE), en su artículo 267 dispone:

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial: a) sobre la interpretación de los Tratados; b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión.

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.

Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad.

De este modo, la cuestión prejudicial representa un instrumento procesal de cooperación judicial entre el TJUE y los órganos jurisdiccionales nacionales que se incardina dentro de los denominados recursos indirectos porque los ciudadanos no acuden directamente ante el Tribunal de Justicia o el Tribunal General para hacer valer sus derechos (en contraposición con los recursos directos o acciones directas reguladas en los artículos 256 al 266 del TFUE). Es decir, los interesados litigarán ante sus tribunales nacionales que, cuando tengan alguna duda sobre la inter-

pretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión, podrán solicitar al TJUE que se pronuncie con carácter prejudicial sobre la misma.

Se completa, así, la aplicación judicial del Derecho de la Unión Europea, no solo a través del Tribunal de Justicia y el Tribunal General, sino, igualmente, de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros a través de este instrumento que ha sido ampliamente utilizado por los tribunales nacionales y ha contribuido de manera decisiva a la evolución, clarificación, desarrollo y aplicación del Derecho de la Unión. De acuerdo con el Informe anual del año 2018, actividad judicial del TJUE, publicado en 2019, (disponible en https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7000/es/), la evolución general de la actividad judicial del TJUE entre los años 1952-2018 muestra que del total de 22.368 asuntos planteados, 10.717 fueron cuestiones prejudiciales, es decir cerca del 48 %. Entre las sentencias dictadas en el marco de un procedimiento prejudicial, y que afectan a sectores tan relevantes como los derechos fundamentales, las libertades de circulación o las políticas comunitarias, baste citar a modo de ejemplo el asunto 26/62, *Van Gend en Loos*; 6/64, *Costa c. ENEL*; 2/74, *Reyners*; 8/74, *Dassonville*; 41/74, *Van Duyn*; 43/75, *Defrenne c. Sabena*; 120/78, *Cassis de Dijon*; 148/78, *Ratti*; C-106/89, *Marleasing*; C-6/90 y 9/90, *Francovich y Bonifaci*; C-267/91 y C-268/91, *Keck y Mithouard*; C-358/93 y C-416/93, *Aldo Bordessa y otros*; y C-415/93, *Marc Bosman*. Y, en particular, en el ámbito de Derecho internacional privado, decisiones tan relevantes como las siguientes: asunto 12/76, *Tesili/Dunlop*; asunto 21/76, *Mines de Potasse d'Alsace*; asunto C-68/93, *Fiona Shevill*; asunto C-381/98, *Ingmar*; asunto C-148/02, *García Avello*; asunto C-180/06, *Ilsinger*; asuntos C-585/08 y C-144/09, *Pammer y Hotel Alpenhof*; asuntos C-509/09 y C-161/10, *eDate Advertising*; asunto C-218/12, *Unamar*; asunto C-350/14, *Florin Lazăr*; o asunto C-218/18, *Kubicka*.

2. *Iniciativa exclusiva de los órganos jurisdiccionales nacionales y obligación de plantear la decisión prejudicial*

Todo órgano nacional puede plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE, ya sea de oficio o a petición de cualesquiera de las partes que intervengan en el proceso (Sentencia del TJUE, asunto 126/80, *Salonia*). Sin embargo, hay que distinguir entre la potestad y la obligatoriedad de los órganos jurisdiccionales nacionales para presentar una cuestión prejudicial. Así, el TFUE señala que cuando alguna de las partes plantee la cuestión prejudicial ante un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, este podrá pedir al TJUE que se pronuncie sobre la misma si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. Por lo tanto, tiene la facultad de hacerlo pero no está obligado.

Consecuentemente, los órganos jurisdiccionales nacionales detentan la iniciativa exclusiva para plantear la decisión cuestión prejudicial y la responsabilidad en última instancia de decidir acerca de la necesidad y relevancia de plantearla y del alcance y contenido de las preguntas que van a someter al TJUE, con independencia de que las partes en el proceso lo hayan o no solicitado.

En definitiva, la necesidad de plantear una cuestión prejudicial, así como la delimitación de las cuestiones que en ella se planteen recae, en última instancia, en el órgano jurisdiccional nacional que resulte competente para dictar sentencia en el litigio principal.

Sin embargo, cuando la cuestión se plantee ante un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal. Con esta medida se persigue evitar que se consolide en un Estado miembro una jurisprudencia nacional que no se atenga a las normas del Derecho de la Unión (Sentencia del TJUE, asunto C-3/16, *Aquino*).

3. *Excepciones al planteamiento de la decisión prejudicial*

Empero, el órgano jurisdiccional nacional no estará obligado a presentar la cuestión prejudicial en determinados supuestos. En primer lugar, cuando compruebe que no resulta pertinente; en segundo lugar, cuando la disposición objeto de interpretación ya haya sido objeto de interpretación por parte del TJUE, es decir que exista ya una doctrina bien asentada sobre esa materia. En esos casos, aplicando la doctrina del *precedent* no será necesario plantear, de nuevo, la misma cuestión, pues los tribunales nacionales se encuentran obligados por el pronunciamiento anterior del TJUE.

En fin, tampoco será necesario plantear una cuestión prejudicial cuando el Tribunal nacional considere que la correcta aplicación del Derecho de la Unión es clara y no deja lugar a duda razonable alguna (doctrina del *acte clair*), cuestión que habrá de apreciar el tribunal nacional en función de las dificultades que pueda plantear la interpretación del Derecho de la Unión y del riesgo de divergencias de jurisprudencia en la Unión Europea (Sentencias del TJUE, asunto 283/81, *CILFIT y otros*; C-160/14, *Ferreira da Silva e Brito y otros*; y C-379/15, *Association France Nature Environnement*). Si bien, el TJUE también puede cuestionar la existencia o no de una duda razonable por parte del órgano jurisdiccional nacional cuando la interpretación que haya llevado a cabo entre en contradicción con la jurisprudencia del TJUE (Sentencia del TJUE, asunto C-416/17, *Comisión c. República Francesa*).

4. *Concepto de órgano jurisdiccional nacional y momento procesal para plantear la decisión prejudicial*

Por lo que respecta al concepto de órgano jurisdiccional nacional, se trata de un concepto autónomo del Derecho de la Unión. Estos órganos se determinan de conformidad con los respectivos derechos nacionales (Sentencia del TJUE, asunto 61/65, *Vaasen*) y para ser considerados como tales han de reunir los siguientes requisitos: que hayan sido esta-

blecidos por la ley (origen legal) y tengan carácter permanente; que tengan jurisprudencia obligatoria; el carácter contradictorio de los procedimientos que juzguen; que apliquen el Estado de derecho; y que sean órganos independientes.

Con el fin de obtener la decisión del TJUE sobre la interpretación o validez del Derecho de la Unión en el momento más oportuno para emitir su fallo, el órgano jurisdiccional nacional goza de total libertad para determinar el momento procesal en el que ha de plantear la petición. Siempre tomando en consideración que la fase del procedimiento permita al órgano jurisdiccional nacional delimitar el contexto jurídico y fáctico del asunto principal y las cuestiones que den lugar a la petición ante el TJUE.

5. Objeto y alcance de la decisión prejudicial

Como ya se ha señalado, este recurso favorece la estrecha cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales encargados de aplicar el Derecho de la Unión, posibilita el control indirecto de la legalidad comunitaria y favorece la coherencia y la interpretación y aplicación uniforme del Derecho de la Unión en todos los Estados miembros como elemento esencial para el buen funcionamiento del mercado único (Sentencia del TJUE, asunto 6/64 *Costa Enel*). De esta forma se previenen posibles interpretaciones divergentes (Sentencia del TJUE, asunto 166/73, *Rheinmuhlen*).

Pues bien, la finalidad última es obtener del TJUE un pronunciamiento sobre la interpretación o validez del Derecho de la Unión y procederá en aquellos supuestos en los que un órgano jurisdiccional nacional considere que presenta un interés general para la aplicación del Derecho de la Unión y resulta necesario para poder fallar sobre el fondo del asunto, o cuando no exista jurisprudencia sobre esa materia en Derecho nacional, o cuando la existente no aporte solución al litigio planteado. A tales efectos, procede distinguir aquí entre Derecho originario y Derecho de-

rivado. En el primer supuesto, es decir, respecto a las disposiciones del TFUE, el TJUE a través de la cuestión prejudicial puede interpretar el alcance y contenido de las referidas disposiciones. Sin embargo, respecto al Derecho derivado, es decir, los actos adoptados por las instituciones de la UE —de manera particular, los reglamentos, directivas y decisiones— el TJUE puede interpretarlos e, igualmente, examinar su validez.

No obstante, hay que señalar que el TJUE no juzga los hechos objeto del litigio planteado ante el órgano jurisdiccional nacional. Tampoco interpreta las normas nacionales de aplicación sino que se limita a interpretar el Derecho de la Unión que ha de aplicarse por los jueces nacionales, con el fin de que estos puedan resolver sobre el fondo del asunto siguiendo el análisis efectuado por el TJUE. Por consiguiente, la cuestión ha de versar sobre la interpretación o validez del Derecho de la Unión pero no sobre el Derecho nacional ni sobre cuestiones referidas en el procedimiento de instancia.

Con su decisión el TJUE va a ayudar al órgano jurisdiccional nacional para que este, a la luz de su sentencia, pueda resolver el litigio planteado, siendo este último el que aplique el Derecho de la Unión y, cuando proceda, deje inaplicada la norma nacional que pueda resultar incompatible con el mismo.

6. Requisitos, forma y contenido que ha de cumplir la decisión prejudicial

Para que la cuestión prejudicial pueda plantearse han de cumplirse determinados requisitos: en primer lugar que exista un verdadero litigio ante los tribunales nacionales, es decir, que no se trate de un supuesto hipotético, irrelevante o que no sea claro. Esto significa que ha de tratarse de una cuestión real surgida de los hechos del proceso; en segundo lugar, que la cuestión prejudicial resulte fundamental para que el tribunal nacional pueda resolver el litigio, ya sea porque se plantee una interpretación nueva y de interés general para garantizar la aplicación uniforme del Derecho de la Unión, o porque, aun existiendo jurisprudencia ante-

rior sobre la materia, esta no se ajuste o aporte una solución a la nueva situación planteada ante el tribunal nacional; finalmente, que la cuestión se plantee de forma precisa y con claridad para que el TJUE pueda resolverla ya que, de otro modo, declarará la misma inadmisibile y no entrará a resolver la cuestión planteada.

Respecto a la forma, hay que remitirse a las admitidas en los respectivos derechos nacionales en materia procesal. Si bien ha de redactarse de manera simple, clara y precisa.

Con relación a su contenido, que viene detallado en el artículo 94 del Reglamento de Procedimiento del TJUE, la cuestión planteada tendrá que indicar: el órgano jurisdiccional remitente; las partes que intervienen en el litigio principal y sus representantes; los hechos y el objeto del litigio principal; las disposiciones jurídicas pertinentes que sean de aplicación —disposiciones de Derecho nacional y, en particular, las disposiciones del Derecho de la Unión que son objeto de interpretación o cuya validez se cuestiona—; la motivación que ha llevado al órgano jurisdiccional nacional a plantear la petición; las cuestiones prejudiciales que se plantean; y la eventual necesidad de una tramitación específica.

Resulta esencial que a la hora de plantear la decisión prejudicial los órganos jurisdiccionales nacionales respeten estos criterios relativos a la forma y contenido ya que la ausencia de alguno de ellos podría determinar que el TJUE se declarase incompetente para pronunciarse sobre tal petición o que considerase inadmisibile la misma.

7. Carácter vinculante del procedimiento prejudicial

La Sentencia del TJUE interpretando el Derecho de la Unión es obligatoria y resulta vinculante no solo para el órgano jurisdiccional remitente sino, igualmente, para el resto de órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que cuando tengan que fallar sobre un supuesto material-

mente idéntico tomarán en consideración las resoluciones del TJUE adoptadas en cuestiones prejudiciales previas.

De tal forma que, aun cuando el fallo del TJUE se limita y dirige al órgano jurisdiccional nacional que le sometió la cuestión prejudicial, la Sentencia tiene efectos *erga omnes* (Sentencia del TJUE, Asunto 66/80, *Amministrazioni delle finanze*).

No obstante, cuando en la cuestión prejudicial se dilucide la validez de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión, el TJUE no es competente para declarar su nulidad a través de la cuestión prejudicial por lo que su decisión únicamente tendrá efectos *inter partes* (y no *erga omnes*) y será la institución de la que emanó el acto declarado inválido la que adopte las medidas necesarias (Sentencia del TJUE, asuntos 117/76 y 16/77, *Ruckdeschel*).

Autor: Raúl Lafuente Sánchez
(Profesor titular de Derecho Internacional Privado,
Universidad de Alicante)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: GARCÍA-VALDECASAS DORREGO, María José. *Cuestión Prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la UE*, Francis Lefebvre, Madrid, 2019; LAFUENTE SÁNCHEZ, Raúl. *Breve introducción a la Unión Europea*, 2.ª ed. ECU, Alicante, 2018; POUGET BASTIDA, Miguel Ángel. *Cuestión prejudicial comunitaria y tutela judicial efectiva*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2017; SOCA TORRES, Isaac. *La cuestión prejudicial europea*, Bosch, Barcelona, 2016; TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA. *Recomendaciones a los órganos jurisdiccionales nacionales, relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales* (DOCE C-380, de 8/11/2019).

D

DAÑO

El precepto «no causar menoscabos a terceros» quizás sea una de las máximas de convivencia de mayor importancia en la ordenación de la vida social. Este principio latino que, aún a día de hoy conserva plena vigencia en el Derecho, constituía una de las tres premisas fundamentales ideadas por los romanos para regular las relaciones interpersonales (MORENO, 2018, p. 186): *honeste vivere* (vivir honestamente), *suum cuique tribuere* (dar a cada uno lo suyo) y finalmente *alterum non laedere*, es decir, no dañar al otro (LÓPEZ HERRERA, 2015, pp. 1, 2).

A día de hoy el concepto de daño continúa siendo uno de los pilares del Derecho civil. La generación de un perjuicio a un tercero constituye en las legislaciones civiles un hecho de trascendencia jurídica, viniendo a constituir el supuesto de hecho de las normas que regulan la responsabilidad civil. De este modo, la consecuencia jurídica que el ordenamiento impone a quien transgrede las máximas de convivencia social y causa un daño a otro, es la atribución de la responsabilidad, y con ella, la obligación de reparar.

En virtud de lo anteriormente esgrimido, para la definición del daño como institución será necesario en primera instancia enmarcar su estudio dentro de la teoría de la responsabilidad civil.

Así las cosas, resulta posible observar cómo tanto en las tradiciones jurídicas del Derecho continental, como en las del *common law* (HERTEL, 2009, pp. 186, 187), la responsabilidad civil se ha fundamentado en torno a la concurrencia de los siguientes elementos: conducta (acción u omisión), daño resarcible y nexo de causalidad. Presentes aquellos, el

sujeto que causa un menoscabo a otro se convierte en responsable del daño causado. Si bien es cierto que en algunas ocasiones se torna necesario un cuarto elemento, el de la imputación o responsabilidad subjetiva (RANGEL, 2015, p. 10; VELÁZQUEZ POSADA, 2014, p. 461), cabe precisar a este respecto que la tendencia de los legisladores parte hacia la objetivización de la responsabilidad y la exclusión de la culpa, al presuponer la misma implícita en el evento dañoso (SAN MARTÍN NEIRA, 2018, pp. 573, 574).

Mientras que en lo relativo a la imputabilidad como presupuesto para que nazca la obligación de reparar existen posturas contradictorias, no hay duda alguna acerca de la importancia del daño, el cual ha sido y sigue siendo un elemento esencial de la responsabilidad civil. No obstante, si bien no existe responsabilidad sin daño, sí existen daños que no son resarcibles. Para que el daño se convierta en el supuesto de hecho que desencadene la obligación de reparar, debe provenir de una conducta antijurídica o ilícita (MÁRQUEZ GÓMEZ, 2015, p. 55; GONZÁLEZ CAZORLA, 2016, p. 148).

En dicho sentido, una conducta es «antijurídica» cuando contraviene al ordenamiento jurídico establecido (GONZÁLEZ CAZORLA, 2016, p. 150) por haberse producido *non iure*, es decir, sin tener justificación o *iusta causa* en el mismo (MUÑOZ ARANGUREN, 2018, p. 21) y *contra ius*, en detrimento de un derecho subjetivo legalmente reconocido y protegido (GIORGIANNI, 2012, p. 9). Únicamente en caso de producirse un daño que cumpla con las mencionadas características, podrá surgir el deber de reparar, pues no existirá sustento jurídico que obligue a la víctima a soportar el perjuicio sufrido.

Así las cosas, ante un menoscabo no permitido por el ordenamiento jurídico, la responsabilidad civil despliega todos sus efectos y genera una relación obligacional de la cual es sujeto activo el perjudicado y sujeto pasivo el causante del daño. En los sistemas de tradición del *civil law* el objeto de esta obligación consiste en una prestación de hacer, contra-

yendo el sujeto pasivo el deber de restituir al perjudicado a una situación análoga a aquella, de la cual gozaba este, antes de que se produjese el daño. En cambio, en los sistemas del *common law* el objeto de la obligación no consiste solo en el deber de reparar, sino también, como medio para evitar que el sujeto pasivo se lucre en virtud de un acto antijurídico, en la consecuencia complementaria de imponer a este último la obligación de indemnizar a la víctima (CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2013, p. 2).

En ese sentido, vale la pena recordar que el daño puede ser definido en términos generales como aquella acción u omisión que genera un menoscabo a otro. En el Derecho civil el daño trascendente es el daño ilícito o antijurídico —aquel que carece de una causa de justificación amparada por el ordenamiento—, motivo por el cual, atendida aquella premisa, merece la pena profundizar en qué tipo de daños son considerados contrarios a derecho.

El *common law* distingue en el ámbito extracontractual, solamente, entre tres categorías generales de daños ilícitos o *torts*. Los intencionales, los negligentes y los de responsabilidad estricta u objetiva. A su vez, dentro de estos se abre un abanico de tipologías especiales, de las cuales a título ejemplificativo merece la pena reseñar los siguientes: *assault*, *false imprisonment*, *infliction of mental distress*, etc. (MÁRQUEZ GÓMEZ, 2015, pp. 52, 53).

Frente a la amplia clasificación de daños presente en el Derecho anglosajón, la tradición romano-germánica ha prescindido de dicha labor tipificadora y se sirve del concepto generalista de «hecho antijurídico o ilícito», dentro del cual pueden subsumirse los supuestos jurídicos más variados, dando lugar a mayor inseguridad jurídica.

En atención a aquella disyuntiva, que se ve acrecentada por la regulación diversa y variada presente incluso en Estados pertenecientes a una misma tradición jurídica, a razón de la relación que guarda el concepto de ilicitud con el de orden público, no resulta posible proporcionar una

definición de ilicitud universalmente válida. Motivo por el cual, la anti-juricidad representa uno de los mayores obstáculos para una definición del concepto de daño de aplicación internacional.

Pese a aquello, doctrina y jurisprudencia se han esforzado por establecer una clasificación de daños típicamente considerados antijurídicos alrededor del globo, de los cuales destacan por su universalidad, los siguientes: (i) daño doloso/daño negligente/daño por actividad peligrosa; (ii) daño contractual/daño extracontractual; (iii) daño moral/daño patrimonial; (iv) daño emergente/lucro cesante; (v) el daño punitivo; y, (vi) daño previsible/daño imprevisible. Veámoslos.

1. Daño doloso/daño negligente/daño por actividad peligrosa o responsabilidad objetiva

Esta primera clasificación resulta más propia de países pertenecientes a la tradición civilista, aunque también puede encontrarse en los sistemas que atienden a la tradición del *common law*, toda vez que en los Estados pertenecientes a esta última familia jurídica, el dolo o la imprudencia no son sustento de la calificación del daño, sino la conducta precedente del sujeto que lo causa.

Se entenderá por daño doloso —o *torts* intencionales— aquel que sea causado por un sujeto que, pese a conocer la injusticia que aparejaba su acción, continuó ejecutándola, dando lugar a la producción del resultado. En algunas jurisdicciones, además del sustrato intelectual, para que exista dolo se requiere que el sujeto actuase deseando el resultado, lo cual se conoce como el elemento volitivo del dolo (RODRÍGUEZ-ROSADO, 2014, pp. 177 y 178).

De otro lado, el concepto de daño negligente hace referencia al menoscabo fruto de una acción irrazonablemente insegura, o contraria a la diligencia debida. En otras palabras, este tipo de daño entraña descuido,

negligencia, o falta de diligencia por parte de su autor (RODRÍGUEZ-ROSADO, 2014, pp. 177 y 178).

Finalmente, el daño que se origina por una actividad peligrosa, también denominado daño por responsabilidad objetiva o estricta responsabilidad, no depende del grado de cuidado empleado por parte del sujeto pasivo, sino que se origina de forma automática sin necesidad de título de imputación alguno, en virtud del desempeño de una actividad de alto nivel de riesgo y el máximo cuidado que la misma precisa (RODRÍGUEZ-ROSADO, 2014, pp. 177 y 178).

2. *Daño contractual/daño extracontractual*

La distinción entre daño contractual y extracontractual ha imperado y sigue imperando prácticamente en cualquier ordenamiento jurídico (VINEY, 2011, p. 17), si bien en el *common law* vuelve a ser el ilícito —y no el daño— el que recibe la calificación de contractual o extracontractual, en lo que se conoce como *Tort* y *Breach of contract* (BESTUE SALINAS, 2009, p. 5).

La presente subcategoría se fundamenta en la relación que une a los sujetos pasivos y activos de la responsabilidad civil, es decir al autor del perjuicio y a la víctima. Así, en el ámbito extracontractual, los sujetos son completos desconocidos antes del daño, mientras que en el contractual existe un vínculo previo de carácter contractual que los une recíprocamente. En consecuencia, el nexo causal de la segunda será de más fácil comprobación que el nexo causal de la primera.

3. *El daño moral/daño patrimonial*

Tanto en los países de tradición civilista como en los de influencia anglosajona se ha diferenciado entre el daño de carácter patrimonial y el daño de carácter moral, denominados estos últimos como *special damages* y *non-pecuniary losses*, respectivamente (SÁNCHEZ RAMÍREZ, 2018, p. 45).

Sin embargo, mientras que en los países de tradición civilista existe únicamente la categoría genérica de daño moral, el *common law* —al igual que ocurría en los *torts*— vuelve a mostrarse aventajado en la materia y ha aglutinado bajo esta denominación diversas modalidades especiales, verbigracia, *loss of consortium* y el *hedonistic damage* (DOMÍNGUEZ HIDALGO, 1998, p. 239).

Se considerará como patrimonial aquel daño que genera unos perjuicios al individuo valorables económicamente. A su vez, en función de la naturaleza de dicho menoscabo económico, este se clasificará como daño emergente o lucro cesante, división abordada en el siguiente apartado. Por otro lado, se denominará daño moral a todo daño que ocasiona unos perjuicios no apreciables desde la esfera externa, sino interna, afectando al espíritu de las personas físicas y al prestigio de las jurídicas.

4. *El daño emergente/el lucro cesante*

El *daño emergente* comprende la pérdida económica valorable económicamente que se produce en el patrimonio del damnificado. Así, se habla de daño emergente cuando a consecuencia del menoscabo se ve reducido el patrimonio que quien lo recibe —y lo soporta—, poseía antes de que se generase el evento dañoso.

Mientras que el lucro cesante no se manifiesta en una pérdida económica, sino en una ganancia esperada que a causa del daño generado, se ve frustrada.

En el *common law*, tal y como refleja la sentencia *Water vs. Towers* (CORRAL TALCIANI, 2009, p. 150) si bien existe el daño emergente y el lucro cesante como categorías diferenciadas, la separación entre ambos conceptos no resulta tan nítida como en el Derecho continental (BESTUE SALINAS, 2009, pp. 7, 8, 10).

5. *El daño punitivo*

El daño punitivo, propio de los sistemas del *common law*, implica para el autor del daño la obligación adicional de compensar a la víctima. Así, ante este tipo de daños la responsabilidad civil no queda satisfecha únicamente con la reparación, sino que además para que la misma sea efectiva resulta necesario pagar una cantidad indemnizatoria de naturaleza sancionatoria y punitiva (CORTÉS MOLINARES, 2015, pp. 4, 5).

En la tradición civilista se ha rechazado con particular contundencia la vigencia del daño punitivo, en beneficio de la reparación integral. Si bien esta postura ha generado críticas por resultar contradictoria con la noción de daño moral, sí es admitida por los ordenamientos romano-germánicos (FERNÁNDEZ CRUZ, 2001, p. 28).

6. *El daño previsible/ el daño imprevisible*

Tanto en el *civil law* como en el *common law* rige la idea de que el sujeto pasivo ha de responder únicamente de los daños previsible, de allí que los daños extrínsecos, es decir aquellos que conciernen a intereses diversos ajenos a la esfera de actuación de los sujetos, no deban ser indemnizados por no resultar previsible en el momento de ejecutar la acción (CORRAL TALCIANI, 2009, pp. 142, 143).

De esta forma la imprevisibilidad se convierte en una causal de exoneración que incide en la responsabilidad subjetiva, al tener su base en la dificultad que supone para el sujeto guiar sus actos por hechos que no resultaban esperables, y que por tanto, le impiden actuar en un marco de imprudencia (PATIÑO, 2011, p. 376).

No obstante lo anterior, en lo relativo al dolo se ha venido a suscitar un debate entre la tradición del Derecho continental y el anglosajón, defendiendo el *civil law* la responsabilidad del causante del daño siempre que exista dolo, aún ante supuestos imprevisibles (CORRAL TALCIANI, 2009,

p. 145), mientras que el *common law* ante este tipo de situaciones ha elegido no otorgarle trascendencia a la actuación dolosa del causante (caso *Hadley vs. Baxendale*, Court of Exchequer, 1854).

Una vez abordada la teoría de la responsabilidad civil en la que se encuadra el concepto de daño y los tipos de daños existentes, se procede a concluir la presente definición haciendo referencia a un principio de gran trascendencia en el tráfico jurídico que influencia el criterio en cuestión en el Derecho de daños. El deber de mitigar el perjuicio ocasionado o *duty to mitigate*.

Dicho precepto impone a quien generó un menoscabo a otro una doble obligación. A saber, la de utilizar todos los medios a su alcance para disminuir el daño provocado (SUESCÚN DE ROA, 2018, p. 2) y la de abstenerse de aquellas conductas irrazonables que puedan incrementarlo (BARONE GONZÁLEZ, 2018, p. 86).

La vigencia del presente principio en el ámbito internacional es notoria, encontrándose presente tanto en el en el ámbito legislativo como en el jurisprudencial, y por lo tanto formando parte de lo que se conoce como *lex mercatoria*. Entre los textos normados que lo incluyen cabe mencionar la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (artículo 77), y los Principios Unidroit (artículo 7.4.8), 1 (RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, 2008, pp. 124, 126, 127).

Autor: Jesús Alfonso Soto Pineda

(Academic Dean, Schiller International University)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BARONE GONZÁLEZ, J. L. «El deber de mitigar los daños por incumplimiento contractual. Estudio sobre su adopción en el Derecho privado colombiano», *Revista Verba Iuris*, vol. 13, n.º 39, 2018; BESTUE SALINAS, C. «Traducir los daños sin efectos colaterales: análisis comparado del Derecho de daños», *Hermēneus - Re-*

vista de Traducción e Interpretación, n.º 11, 2009; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. «Daños punitivos. Aspectos de Derecho internacional privado europeo y español», *Derecho de daños*, 2013; CORRAL TALCIANI, H. «La regla de la previsibilidad de los daños contractuales: un ejemplo de la influencia de la doctrina de Pothier en las tradiciones de Derecho civil continental y de *common law*», *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, vol. 16, n.º 2, 2009; CORTÉS MOLINARES, J. E. «Daños punitivos en el sistema de responsabilidad civil colombiano: aportes para su fundamento y justificación», 2015; DOMÍNGUEZ HIDALGO, C. «Algunas consideraciones en torno al daño como elemento de la responsabilidad civil», *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, n.º XIX, 1998; FERNÁNDEZ CRUZ, G. «Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: la óptica sistémica: análisis de las funciones de incentivo o desincentivo y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del *civil law*», *Ius Et Veritas*, vol. 11, n.º 22, 2001; GIORGIANNI, M. «La responsabilità civile e la rivalutazione della figura generale dell'obbligazione», *Judicium*, 2012; GONZÁLEZ CAZORLA, F. A. «Illicitud y justificación: algunas notas sobre la antijuricidad en el Derecho de daños chileno», *Revista de Derecho Civil*, vol. III, n.º 2, 2016; HERTEL, C. «Sistemas y familias jurídicos del mundo», *Notarius International*, vol. 1, n.º 2, 2009; LÓPEZ HERRERA, E. *Introducción a la responsabilidad civil*, 2015; MÁRQUEZ GÓMEZ, J. F. «Responsabilidad civil y daños en el Derecho colombiano y *common law*: puntos de encuentro y diferencia», *Revista de los Estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana*, n.º 9, 2015; MORENO, V. «Evolución y actualidad de la responsabilidad civil», *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, n.º 48, 2018; MUÑOZ ARANGUREN, A. *La litigación abusiva: delimitación, análisis y remedios*, 2018; PATIÑO, H. «Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual. ¿Por qué y cómo impiden la declaratoria de responsabilidad? Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado», *Revista de Derecho Privado*, n.º 20, 2008; RANGEL, D. *El «daño a la persona» en materia de responsabilidad civil extracontractual. Especial referencia a los daños derivados de la responsabilidad civil familiar*, 2015; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. «Concepto y alcance del deber de mitigar el daño en el

Derecho internacional de los contratos», *Revista de Derecho Privado*, n.º 15, 2008; SALVADOR CODERCH, P. *Estructuración del discurso legal y fundamentos analíticos del remedio indemnizatorio en el Derecho español de daños*, 2018; SÁNCHEZ RAMÍREZ, A. «El daño a la persona en la experiencia comparada», *Revista Aequitas*, n.º 1, 2018; SAN MARTÍN NEIRA, L. C. «La imputabilidad o capacidad como elemento de la responsabilidad civil extracontractual. Un debate pendiente en la doctrina chilena», *Revista Ius et Praxis*, año 24, n.º 1, 2018; SUESCÚN DE ROA, F. «Mitigación de daños en materia contractual», *Universitas*, n.º 136, p. 2, 2018; VELÁZQUEZ POSADA, O. «Responsabilidad civil extracontractual», *Dikaion*, vol. 23, n.º 2, 2014; VINEY, G. «El porvenir de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual», *Ius Et Veritas*, n.º 43, 2011.

VOCABLOS CONEXOS: Responsabilidad civil.

DECLINATORIA

La declinatoria es la vía procesal que permite que un tribunal, al que en un primer momento ha acudido el demandante, se declare incompetente por carecer de competencia judicial internacional para conocer del asunto. La declinatoria puede ser interpuesta por el demandado o por cualquier persona que se encuentre legitimada procesalmente. Los supuestos en los que un tribunal puede declinar su competencia serían los siguientes:

1.º *Falta de jurisdicción ante el tribunal ante el que se ha presentado la demanda.* Un tribunal no puede conocer de un litigio si no dispone de un foro competencia judicial internacional predeterminado por el ordenamiento jurídico en el que opera dicho tribunal. De este modo, si el demandado considera que ese tribunal no ostenta competencia judicial internacional deberá adoptar las medidas procesales oportunas. Es decir, deberá interponer en tiempo y forma una declinatoria internacional. El Tribunal Su-

premo español ha recordado que la declinatoria debe plantearse como incidente previo (STS de 27 de octubre de 2005, 863/2005, FD 1.º).

2.º *La existencia de un acuerdo de sumisión válido a favor de tribunales extranjeros.* La declinatoria internacional es el cauce procesal oportuno para que una de las partes haga valer la existencia de un acuerdo de sumisión expresa válido. Las partes deben probarle al juez que dicho pacto otorga competencia judicial internacional a un tribunal extranjero. El juez debe comprobar que efectivamente es así antes de declararse incompetente. Un aspecto que no se puede olvidar es que son las partes las que mediante la declinatoria deben hacer saber al tribunal que existe esa cláusula de sumisión expresa. El tribunal de oficio no tiene la obligación de comprobar la validez de una cláusula de elección de foro.

La declinatoria internacional también es el cauce procesal adecuado para hacer valer un convenio arbitral. Las partes han podido decidir someter sus controversias a un tribunal arbitral y sustraerla de los tribunales estatales. En ese caso, el órgano jurisdiccional, a título incidental, deberá comprobar si el convenio arbitral es válido. Si tras el estudio del convenio arbitral, el tribunal considera que es válido, deberá declararse incompetente (artículo II Convenio de Nueva York de 1958).

1. Reglamentos europeos en materia de Derecho internacional privado

Los Reglamentos europeos en materia de Derecho internacional privado tales como el Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOUE L 351/1 de 20 de diciembre de 2012) conocido como Reglamento Bruselas I-bis no prevé ningún mecanismo específico para que las partes puedan impugnar la competencia de los tribunales. Por lo tanto, será el Derecho procesal del Estado europeo donde se haya interpuesto la demanda el que deberá regir esa impugnación de competencia. En el supuesto de que en un litigio transnacional se persiguiera

impugnar la competencia de los tribunales españoles se deberá atender al artículo 39 de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) (BOE n.º 7, de 8 de enero de 2000). En el ordenamiento español hay un mecanismo específico que es la «declinatoria», esta se puede utilizar tanto para asuntos internos como internacionales.

2. *Ordenamiento español*

2.1. *Introducción*

En el caso del ordenamiento español, existe la declinatoria, cuya regulación principal se puede localizar en los artículos 63 a 65 LEC. Sin embargo, no todos los derechos procesales de los Estados miembros cuentan con una vía específica para impugnar la competencia o jurisdicción de un tribunal. Por ello es necesario informarse sobre el Derecho procesal nacional concreto para evitar una sumisión tácita.

En atención a lo dispuesto por el artículo 63.1 LEC, la declinatoria internacional es necesaria en los siguientes supuestos: 1) falta de jurisdicción del tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, haciendo valer al tribunal español que el competente es un tribunal extranjero; 2) el asunto se ha sometido por las partes a un tribunal arbitral; 3) falta de competencia de todo tipo. En el caso de alegarse falta de competencia territorial se debe indicar el tribunal territorialmente competente al que habrían de remitirse las actuaciones.

2.2. *Sujetos legitimados*

Los sujetos legitimados para interponer la declinatoria podrían ser el demandado o todos los sujetos que puedan ser parte legítima del juicio promovido (artículo 63.1 LEC).

2.3. *Efectos*

El artículo 64.1 LEC precisa que los efectos que produce la presentación de la declinatoria es la suspensión, hasta que se resuelva, de los plazos para contestar y el curso del procedimiento principal. *Ad ex.*, se suspende el cómputo para el día de la vista. El letrado de la administración de justicia (secretario judicial) es el encargado de declarar la suspensión.

La suspensión del procedimiento principal por la alegación de la declinatoria no obsta para que el tribunal en el que se encuentra pendiente el asunto pueda adoptar medidas provisionales o cautelares para asegurar la prueba o los daños que pudiera sufrir el demandante por la dilación del procedimiento.

2.4. *El momento procesal oportuno para plantear la declinatoria*

Como ya hemos adelantado, la declinatoria internacional requiere una presentación en un momento específico del proceso. El artículo 64.1 LEC señala que debe presentarse en los primeros diez días del plazo que existe para contestar a la demanda. Este plazo de diez días es aplicable tanto para los juicios ordinarios como verbales. La modificación de la LEC en el año 2015 mediante la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE n.º 239 de 6 de octubre de 2015) ha aunado los plazos para interponer la declinatoria. Antes de esta reforma, para el juicio verbal, se disponían únicamente de cinco días desde la citación a la vista para poder presentarla. Como ha manifestado el Tribunal Supremo español en diferentes sentencias, no es posible formular la impugnación de la competencia en la contestación a la demanda, ya que esto implicaría sumisión tácita a favor de los tribunales españoles. En ese caso, no hay que olvidar la regla de que la sumisión tácita posterior prevalecería sobre la sumisión expresa anterior.

2.5. *El tribunal competente*

La declinatoria se debe presentar ante el mismo tribunal que esté conociendo del litigio y cuya competencia el demandado quiere impugnar (artículo 63.2 LEC). También es posible la interposición de la declinatoria ante el tribunal del domicilio del demandado. En ese caso, dicho tribunal deberá hacérsela llegar al tribunal ante el cual se ha interpuesto la demanda por el medio de comunicación más rápido posible, sin perjuicio de poder remitírsela por oficio al día siguiente de su presentación (artículo 63.2 LEC).

2.6. *Documentos a presentar*

El artículo 65.1 LEC señala que junto con el escrito de declinatoria deben presentarse todos documentos o principios de prueba en los que se base la alegación. El demandado debe presentar tantas copias de la documentación como litigantes existan en el proceso. Estos cuentan con cinco días para presentar las pruebas pertinentes para reafirmar la competencia de ese tribunal cuya falta de jurisdicción se discute.

2.7. *Resolución y recursos*

La admisión o rechazo de la declinatoria se lleva a cabo por el juez mediante auto (artículo 65.2 LEC). En el caso de que el juez estime que carece de jurisdicción debido a que la competencia es a favor de un juez o árbitro extranjero deberá abstenerse de conocer y sobreseer el proceso.

El auto por el que se estima o desestima la declinatoria puede ser susceptible de recurso. De este modo, se podrá interponer un recurso de apelación cuando la declinatoria se estima (artículo 66.1 LEC). Sin embargo, tal recurso deberá ser de reposición cuando la declinatoria se rechaza, y por tanto, se confirma la competencia del tribunal español (artículo 66.2 LEC). En este caso, la parte que ha propuesto la declinatoria es la que debe asumir las costas procesales.

Si la declinatoria solo se interpuso por el demandado con fines dilatorios con el fin de poder contar con más tiempo para preparar su defensa se le podría multar en atención al artículo 245 LEC (CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, p. 173).

Isabel Antón Juárez
(Profesora titular acr. de Derecho Internacional Privado,
Universidad Carlos III de Madrid)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CALVO CARAVACA, Alfonso y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Derecho internacional privado*, vol. I, 19.^a ed., Comares, Granada, 2018, pp. 171-173.

DÉPEÇAGE

El *dépeçage* es el término francés que se utiliza para indicar la posibilidad de dividir el contrato en varias partes a los efectos que cada una de ellas quede regulada por una ley diferente (CARRASCOSA GONZÁLEZ, p. 13).

1. Clases de dépeçage

En este sentido, podemos hablar de *dépeçage* voluntario y *dépeçage* judicial. El primero alude a esta posibilidad de las partes. Esto es, con el *dépeçage* voluntario son las partes las que pueden elegir distintas leyes para distintas partes del contrato (STSJ de Madrid, Sala de lo Social, 14 marzo 2012, ECLI:ES:TSJM:2012:889). Por su parte, el *dépeçage* judicial se refiere a que es el juez el que podría hacer lo propio.

El Reglamento Roma I, sobre ley rectora de las obligaciones contractuales (DOUE L 177), aplicable por los órganos jurisdiccionales de los Estados parte —todos los Estados miembros de la Unión Europea excepto Dinamarca— a los contratos internacionales celebrados con posterioridad al 17 de diciembre de 2009, solo admite el primero, el voluntario

(artículo 3.1). De esta manera, son las partes las que pueden escoger varias leyes aplicables a distintas partes del mismo contrato.

El Convenio de Roma de 1980, sobre ley reguladora de las obligaciones contractuales (*DOUE C 334*), aplicable por los órganos jurisdiccionales de los Estados parte —todos los Estados miembros de la Unión Europea— a los contratos internacionales celebrados con anterioridad al 17 de diciembre de 2009, en cambio, también permite el *dépeçage* judicial. Así lo expresa el Convenio en el artículo 4.1:

En la medida en que la ley aplicable al contrato no hubiera sido elegida conforme a las disposiciones del artículo 3, el contrato se regirá por la ley del país con el que presente los vínculos más estrechos. No obstante, si una parte del contrato fuera separable del resto del contrato y presenta una vinculación más estrecha con otro país, podrá aplicarse, con carácter excepcional, a esta parte del contrato la ley de este otro país.

No obstante lo anterior, esa posibilidad que tiene el juez de fraccionar el contrato a estos efectos, en el marco del Convenio de Roma de 1980, solo se prevé de manera excepcional (GIULIANO/LAGARDE, p. 23). Tal como indica el Tribunal de Justicia europeo:

Del tenor literal de la mencionada disposición se desprende que la norma que prevé la separación del contrato tiene carácter excepcional. A este respecto, el informe Giuliano-Lagarde indica que las palabras «a título excepcional», que figuran en la última frase del artículo 4, apartado 1, «han de interpretarse [...] en el sentido de que el juez debe recurrir al fraccionamiento con la menor frecuencia posible. (STJCE de 6 octubre 2009, Interfrigo, C-133/08, ECLI:EU:C:2009:617, apartado 43).

El *dépeçage* voluntario, en cambio, no tiene carácter excepcional. «El argumento para defender la “no excepcionalidad” del *dépeçage* es simple y ha sido ya adelantado: el CR [Convenio de Roma] confía a los contratantes, dentro de ciertos límites, el “diseño” del “conjunto de normas” que rigen su contrato. En efecto, son los contratantes los sujetos mejor posicionados para dotar de normas jurídicas a su contrato (R. DE

NOVA). El CR facilita esta operación, no la dificulta: respeta las decisiones de las partes, pues ello elimina costes de transacción, —permite elegir las “mejores reglas” para la transacción internacional—, y proporciona seguridad jurídica al contrato internacional, al quedar fijadas por los contratantes las reglas jurídicas aplicables» (CARRASCOSA GONZÁLEZ, p. 15).

Antes de la aplicabilidad de las normas mencionadas, la Corte de Casación francesa ya aplicó el *dépeçage* en el asunto *American trading*, de 5 de diciembre de 1910 (*American trading*, Civ. 1.^{re}, 5 déc. 1910). En este caso, el órgano judicial francés separó la cláusula de responsabilidad del capitán del barco del resto del contrato de transporte marítimo, a los efectos de la determinación de la ley aplicable. En el asunto en cuestión, la compañía *Quebec Steamship* se comprometió a transportar 600 sacos de harina en nombre de la empresa *American Trading*, desde Nueva York hasta *Pointe -à- Pitre* (Francia). La compañía transportista acuerda con *American Trading* la exclusión de su responsabilidad por la negligencia del capitán o de los marineros durante la travesía. La harina llega el 23 de mayo de 1905 a Francia y lo hace en mal estado por haber sido transportada junto a fertilizantes químicos en el barco de vapor *Korona*. La empresa transportista alega que la ley que rige el contrato es la norteamericana, por la regla *locus regit actum*, en cuya virtud, se prohíben las cláusulas de exclusiva responsabilidad del capitán. La Corte de Casación separa la cláusula de responsabilidad del capitán del resto del contrato y la somete a la ley francesa, Estado en el que debía ejecutarse y conforme a cuyo ordenamiento sí era válida.

2. Posibilidades de las partes

Las partes pueden dividir el contrato en partes y elegir ley aplicable, a cada una de ellas, a varias de ellas o a una sola de ellas. Esto es, el *dépeçage* puede ser completo o parcial. Si bien el Reglamento Roma I solo admite expresamente el segundo de ellos, lo cierto es que la autonomía de la voluntad, que es el principio que vertebra el *dépeçage*, permitiría que las

partes pudieran ejecutar un fraccionamiento completo de contrato y escoger una ley aplicable a cada una de las partes en que dividieran el negocio jurídico. Así es, el artículo 3.1 del Reglamento sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales dispone que «El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato». Sin embargo, como ya se ha puesto de manifiesto, lo que el legislador pone en valor a la hora de admitir el *dépeçage* es el ejercicio de la autonomía de la voluntad. Por lo tanto, con este principio inspirador del contenido del Reglamento Roma I, texto que posiciona este punto de conexión en primer lugar, por encima de todos los demás, debemos entender esa posibilidad de que las partes, haciendo uso de la autonomía de la voluntad, puedan realizar un *dépeçage* completo (CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, p. 980).

En el supuesto de que el *dépeçage* sea parcial, las partes del contrato en relación con las cuales no ha habido elección de ley quedarán reguladas por el ordenamiento que determine el punto de conexión de aplicación subsidiaria; el artículo 4 si nos situamos en el marco del Reglamento Roma I (GIULIANO/LAGARDE, p. 17).

Por otra parte, esa posibilidad de elección de ley se puede manifestar de manera expresa y de forma tácita (GIULIANO/LAGARDE, p. 17). En este segundo caso, cuando pueda deducirse claramente de los términos de contrato o de las circunstancias del caso (artículo 3.1 Reglamento Roma I; artículo 3.1 Convenio de Roma de 1980).

3. Partes en que puede dividirse el contrato a estos efectos

Esa posibilidad de las partes de elegir distintas leyes para ser aplicadas al mismo contrato presenta el límite dado por la propia naturaleza del negocio jurídico. Así, las partes en las que puede dividirse la relación con-

tractual deben ser el núcleo del contrato y los elementos separables de él. Dicho de otra manera, el corazón del contrato no puede dividirse en partes a estos efectos. Solo puede elegirse una ley distinta en relación con las cláusulas contractuales que presenten una autonomía jurídica y económica que permita separarlas del contrato sin menoscabar su operatividad (GIULIANO/LAGARDE, p. 17).

Son dos, por tanto, las características que deben tener las partes del contrato para que puedan ser consideradas como tales a estos efectos de que puedan quedar reguladas por una ley diferente (GIULIANO/LAGARDE, p. 17; CARRASCOSA GONZÁLEZ, p. 26; CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, p. 981). Por un lado, *autonomía jurídica y económica*. Por otro, *separabilidad* del contrato sin menoscabo de la operatividad del mismo.

Respecto de lo primero, la autonomía jurídica implica que la parte del contrato goza de relativa independencia con relación al negocio jurídico en el que se inserta. Así, la cláusula penal o el lugar de entrega de la cosa son ejemplos de este tipo de cláusulas (CARRASCOSA GONZÁLEZ, p. 27). La autonomía económica la posee una parte del contrato que tiene una función patrimonial concreta dentro de la relación jurídica y, por esta razón, la mayoría de los Derechos contienen normas específicas para su regulación (CARRASCOSA GONZÁLEZ, p. 27; CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, p. 981).

En palabras del Tribunal de Justicia europeo, «Tal como expone el Abogado General en los puntos 83 y 84 de sus conclusiones, la posibilidad de separar un contrato en varias partes para someterlo a una pluralidad de leyes resulta contraria a los objetivos del Convenio [Convenio de Roma de 1980] y únicamente debe admitirse cuando el contrato comprenda una pluralidad de partes que puedan ser consideradas autónomas entre sí. [...] Basándose en las anteriores consideraciones, procede responder a la segunda parte de la segunda cuestión prejudicial, así como a las cuestiones tercera y cuarta, que la segunda frase del artículo 4, apartado 1, del Convenio debe interpretarse en el sentido de que una parte

del contrato solo podrá regirse por una ley diferente a la ley aplicable al resto del contrato cuando su objeto sea autónomo. [...] Cuando el criterio de conexión aplicado a un contrato de fletamento sea el previsto en el artículo 4, apartado 4, del Convenio, dicho criterio deberá aplicarse al conjunto del contrato, salvo que la parte del contrato relativa al transporte sea autónoma del resto del contrato» (apartados 45, 47 y 49 de la STJCE de 6 octubre 2009, *Interfrigo*, C-133/08, ECLI:EU:C:2009:617).

En relación con lo segundo, una parte es separable del resto del contrato cuando puede someterse a una ley diferente sin afectar al normal funcionamiento del negocio jurídico y, por tanto, sin entrar en contradicciones o incoherencias (CARRASCOSA GONZÁLEZ, p. 27; CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, p. 981; GIULIANO/LAGARDE, p. 17).

Partes del contrato, a estos efectos, son, por ejemplo, las siguientes cláusulas.

A. Cláusula en la que se regula la opción del trabajador sobre acciones de la compañía empleadora —*stock options*— (CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, p. 981). Aún cuando el Tribunal Superior de Justicia de Madrid se pronunció en sentido contrario con estas palabras: «[...] Si bien es cierto que efectivamente el actor suscribió los documentos de aceptación de la adjudicación de opciones sobre acciones de Packard Company, a los que se refieren los hechos probados segundo y decimoctavo, así como el fundamento de derecho 3, y que en ellos se estableció que el plan y todas las decisiones y actuaciones adoptadas a tenor del mismo, estarían reguladas por la legislación del Estado de California y se interpretarían en consecuencia, y, si bien ello podría tener efectos, de manera que pudiera haber sido aplicable tal legislación a cualquier controversia que se hubiera producido en la interpretación o cumplimiento de los planes a los que los documentos se refieren, no puede, desde luego extenderse tal cláusula a la consideración legal que hayan de merecer los beneficios derivados de las acciones que ha obtenido el actor, que tienen una naturaleza salarial y que, por consiguiente son inhe-

rentes al contrato de trabajo y, como incluidos en el mismo, les son aplicables las normas por las que este se rige, que desde luego han de ser únicas no pudiéndose entender aplicable a una misma relación laboral la legislación de dos o más estados, sino que, exclusivamente, es aplicable la de aquel que se determine, en este caso, cuestión pacífica, la normativa española y, por tanto esta legislación es la que ha de aplicarse a cualquier cantidad percibida por el actor como consecuencia de su contrato de trabajo y, como tal, a los ingresos derivados de las opciones sobre acciones, y lo mismo cabe decir respecto de la competencia de los Tribunales españoles, que son, desde luego, los llamados a enjuiciar el despido y sus consecuencias, sin que pueda quedar dividida la competencia [...]» (STSJ de Madrid de 20 diciembre 2005, Sala de lo Social, AS 2006\606, FD quinto).

B. Cláusula en la que se determine las pagas extraordinarias a cobrar por el trabajador. En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid dispuso lo siguiente: «La Administración recurrente, no obstante admitir la aplicación en este caso de la “Disciplina” italiana de referencia, pretende no estar vinculada por el establecimiento de la paga extraordinaria contemplado en su artículo 25, defendiendo que en el contrato de los trabajadores se encuentra establecido un salario anual, cuya cuantía equivale a trece pagas de mensualidades ordinarias, decisión que sería reflejo de la voluntad de los contratantes de que sea el propio contrato el que regule esta materia salarial y no las legislaciones española o italiana, debiendo respetarse tal decisión por imperativo del principio de autonomía de las partes, según dijera la sentencia de este Tribunal Superior de Justicia de fecha 7/7/03 (Recurso 1180/03). Es decir, según la tesis de recurso es voluntad de las partes contratantes, derivada del principio de autonomía que les confiere el artículo 3 del Tratado de Roma (RCL 1993, 2205 y 2400) , acordar la exclusión parcial de la legislación italiana a la que han acordado someterse a efectos de descartar el abono de la paga extraordinaria de junio establecida en la “Disciplina” de referencia.

Bajo esta tesis lo que se está planteando es ni más ni menos que la posibilidad de aplicar la Disciplina italiana a todos los aspectos de la relación laboral existente entre el Ministerio recurrente y la Sra. Imanol, salvo en materia salarial. Es decir, se pretende dar aplicación al Ap. 1 del artículo 3 del Convenio de Roma, el cual, ciertamente, permite que las partes sometan su relación a una determinada legislación, excluyendo, no obstante, la aplicación de esta última en algún aspecto de la relación laboral. Ahora bien, para que eso sea posible se requiere, como dice el apartado 3 del mismo artículo 3, que esta exclusión no afecte a disposiciones que se consideren imperativas conforme a la Ley italiana que rige el conjunto de la relación laboral. Lo que, en definitiva, remite a la posibilidad de que la normativa italiana contenga una cláusula de compensación en virtud de la cual el abono de las catorce pagas extras previstas en su Disciplina deje de hacerse efectivo si el salario fijado en contrato, considerado en su globalidad, es mayor que el derivado de la propia Disciplina» (STSJ de Madrid, de 13 febrero 2006, AS 2006\859, FD cuarto).

C. Las disposiciones legales sobre seguridad y previsión social en un contrato de trabajo. El voto particular emitido en la STSJ de Madrid, de 10 octubre 2007, así lo indica: «Tampoco parecen más convincentes para descartar la aplicación de la normativa marroquí las razones que aporte el escrita de impugnación.

El artículo 3 del Convenio de Roma establece lo siguiente: artículo 3.1 del Convenio de Roma: “Los contratos se regirán por la Ley elegida por las partes. Esta elección deberá ser expresa o resultar de manera segura de los términos del contrato o de sus circunstancias. Para esta elección las partes podrán designar la Ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato”.

Al amparo de esta previsión las partes del contrato de trabajo suscrito el 16 de febrero de 1996 entre el Ministerio de comercio y Turismo y la Sra. Olga estipularon lo siguiente: “las disposiciones legales sobre seguridad y previsión social serán observadas con arreglo a la legislación del

país sede de la oficina comercial [...] Las restantes condiciones de trabajo se regirán por la reglamentación laboral del país o en su defecto por la legislación española”. Por tanto, en materia de seguridad y previsión social la normativa marroquí se aplica siempre con carácter único en todos los casos; en el resto de materias que afectan a la relación laboral, se aplica con preferencia la normativa marroquí y, en su defecto (es decir, a falta de previsión expresa), la legislación española» (STSJ de Madrid, de 10 octubre 2007, Sala de lo Social, JUR 2008\4670, FD cuarto).

D. Otras cláusulas como la de fuerza mayor, la de garantía, la cláusula de revisión de precios, cláusulas penales, de revisión de moneda o la de responsabilidad precontractual, por ejemplo (CARRASCOSA GONZÁLEZ, pp. 27-28; CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, p. 981).

4. *Límites al dépeçage*

La posibilidad de las partes de elegir leyes distintas a las diferentes partes de contrato se encuentra condicionada al hecho de que este ejercicio de la autonomía de la voluntad no suponga aportar incoherencia al contrato (GIULIANO/LAGARDE, p. 17; CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, p. 981).

En este sentido, las partes no pueden elegir leyes diferentes para regular los derechos y las obligaciones contractuales de cada una de ellas. Dicho de otra manera, no pueden fragmentar verticalmente el contrato. Así, las obligaciones del comprador no pueden regirse por una ley distinta a aquella que regule las obligaciones del vendedor en un contrato de compraventa (GIULIANO/LAGARDE, p. 17).

Por otro lado, tampoco pueden separar en partes el corazón de la relación contractual, los elementos gracias a los que el negocio jurídico ostenta la cualidad de contrato. Estos requisitos esenciales para la validez del contrato se encuentran recogidos, en el caso español, en el artículo 1261 CC. Según este precepto, «No hay contrato sino cuando concurren

los requisitos siguientes: 1.º Consentimiento de los contratantes; 2.º Objeto cierto que sea materia del contrato; 3.º Causa de la obligación que se establezca.

En tercer lugar, las partes no pueden elegir leyes que sean inconciliables entre sí, que no puedan convivir en la misma relación jurídica.

Otro límite al ejercicio de la autonomía de la voluntad lo constituyen las normas internacionalmente imperativas. Esto es, las normas que deben aplicarse de manera obligatoria al contrato, independientemente de cuál sea la ley que lo regule. Nos estamos refiriendo, por ejemplo, a las normas a las que aluden los artículos 3.3, 3.4 y 9 del Reglamento Roma I. Los dos primeros preceptos mencionados recogen la aplicación de las normas internacionalmente imperativas del Estado o Estados con el que el contrato se encuentra totalmente vinculado salvo por la elección de un Derecho extranjero como ley reguladora. El artículo 9, por su parte, contempla las leyes de policía, normas también imperativas pero con un contenido más limitado y que se deben aplicar al caso, tanto si hay elección de ley por las partes como si no la hay. Tal como indica el Considerando 37 del Reglamento, «[...] El concepto de «leyes de policía» debe distinguirse de la expresión «disposiciones que no pueden excluirse mediante acuerdo» y debe interpretarse de manera más restrictiva».

5. *Nulidad del dépeçage*

Por último, en el caso de que el *dépeçage* no fuera válido, por infringir los límites anteriores, por ejemplo, se tendrá por no existente y el órgano competente determinará el ordenamiento rector conforme a los puntos de conexión subsidiarios que regule la norma de conflicto aplicable.

En este caso, si el supuesto de hecho se encuentra cubierto por el ámbito de aplicación del Reglamento Roma I, el juez competente tendrá que acudir a los puntos de conexión del artículo 4 para determinar la ley aplicable al contrato.

Juliana Rodríguez Rodrigo
(Profesora titular de Derecho Internacional Privado
Universidad Carlos III de Madrid)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. «Contratos internacionales I», en CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Derecho internacional privado*, vol. II, 18.^a ed., 2018, pp. 979-982; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. «Elección múltiple y elección parcial de la ley aplicable a los contratos internacionales», *Anales de Derecho de la Universidad de Murcia*, n.º 18, 2000, pp. 7-40; GIULIANO, Mario y LAGARDE, Paul. *Report on the Convention on the law APPLICABLE to contractual obligations*, DOCE C282, de 31 octubre 1980, pp. 1-50; LAGARDE, Paul. «Le dépeçage dans le Droit international privé des contrats», *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. XXX, 1973, pp. 649-677.

VOCABLOS CONEXOS: Contrato internacional. Derecho aplicable. Leyes de policía. Normas imperativas.

DERECHO COMPARADO

1. Definición

La denominación del Derecho comparado o comparación jurídica (*Rechtsvergleichung*) tiene diversos significados y finalidades, según el contexto de referencia. A finales del siglo XIX y a comienzos del XX, en un clima internacionalista, se elaboró una tendencia favorable a la consideración del Derecho comparado como ciencia independiente, en función de su aportación indispensable para el conocimiento jurídico. Con posterioridad, se alzó la tesis contraria, que mantuvo que el *Derecho comparado ni es un sector autónomo de la ciencia jurídica ni forma parte del sistema jurídico* (GUTTERIDGE, p. 17).

Al delimitar el concepto, se evidencia que *no existe unanimidad acerca de la naturaleza y de la significación específica del Derecho comparado* (CONSTANTINESCO, p. 164). Según el impacto que tiene en las situaciones de tráfico externo, el Derecho comparado se podría definir como una disciplina, orientación o método con repercusión en el DIPr., que aporta herramientas de solución en los conflictos de jurisdicción o leyes y en el resto de sectores de dicha disciplina, en el arbitraje internacional o, incluso, en la interpretación de tratados y la unificación o armonización del Derecho. *Un legislador que edifique su DIPr. sin pensar cuál será el valor de las decisiones que de él deriven en ordenamientos jurídicos extranjeros, sería inconsecuente* (SIMÓ SANTONJA, p. 26), al provocar las clásicas situaciones claudicantes. Sin duda, el estudio comparativo de los diferentes sistemas jurídicos del mundo resulta un instrumento imprescindible para la formación integral del jurista y un método insustituible en la investigación jurídica de cualquier rama del Derecho, en particular, el DIPr. Y es que el *Derecho comparado está llamado a desplegar un papel crucial en la ciencia jurídica del siglo XXI* (SÁNCHEZ LORENZO, p. 339).

Asimismo, se advierte una tendencia a confundir la terminología Derecho comparado y Derecho extranjero, ya que ambas expresiones se relacionan y resultan útiles a los ordenamientos internos y a cualquier acercamiento a una unificación o armonización del Derecho. No obstante, en la opinión de (ZWEIGERT y KÖTZ, p. 8) *el conocimiento del Derecho extranjero es solo el primer paso hacia el Derecho comparado, ciencia o método que solo puede ir referido a la existencia de una actividad intelectual que tiene por objeto al Derecho y que se refiere al proceso de comparación entre dos o más sistemas jurídicos.*

2. Utilidades

El Derecho comparado puede servir, en el ámbito nacional, para mejorar la *legislación interna y en la esfera internacional para armonizar, uniformar o unificar los diferentes contextos jurídicos* (SZABO, p. 157). Por estos motivos, el Derecho comparado presenta las siguientes utilidades:

En primer lugar, la comparación entre Derechos permite descubrir que las legislaciones estatales son muy diferentes las unas de las otras, aunque pertenezcan a la misma familia jurídica. Ahora bien, al afrontar el estudio de los fundamentos del Derecho de las diversas tradiciones jurídicas, como el Derecho civil europeo-continental, el Derecho común anglosajón, los derechos de base jurídica religiosa o los ordenamientos jurídicos asiáticos, *se llega a descubrir la razón jurídica subyacente posibilitadora de la configuración de cada sistema y la posible armonización de las relaciones inter, intra y transordinamentales* (SÁNCHEZ-BAYÓN, p. 39). En consecuencia, las distintas ramas de Derecho se ven profundamente vinculadas y enriquecidas por el estudio comparatista de sus fuentes, normas e instituciones, tanto en el ámbito del Derecho privado como el de la esfera *ius* publicista.

En segundo lugar, el mecanismo de la comparación se requiere como auxilio o complemento de la aplicación de las normas de conflicto de leyes o de conflicto de jurisdicciones e, incluso, cooperando en *las orientaciones de los problemas generales del DIPr. y de los resultados de la aplicación judicial*, tal y como ha señalado (VAN MEHEREN, p. 493). Esta práctica se puede ejemplificar en ciertas instituciones propias del DIPr., tal y como sucede con la problemática vinculada con la calificación o el reenvío; en la aplicación del Derecho extranjero o en el rechazo del mismo por vulnerar el orden público internacional e, incluso, si se trata de instituciones desconocidas. A pesar de estos últimos casos, es necesario conocer el Derecho extranjero para poder argumentar *por qué no es posible importar la regla extranjera que respalda a la institución desconocida* (SILVA SILVA, p.7). Precisamente, localizar las divergencias y similitudes de las legislaciones materiales enfrentadas conduce a la búsqueda de soluciones adecuadas en DIPr., capaces de asegurar la continuidad de situaciones privadas en el tráfico jurídico internacional. Al aplicar normas del DIPr., advertimos la influencia que ejerce el Derecho comparado en algunas de las cuestiones mencionadas, tal y como sucede con el conocimiento de los regímenes diversos de adopción y de la *kafala*, la gestación por susti-

tución, el *trust* o determinadas cuestiones del Derecho sucesorio islámico o de los sistemas de *common law*.

En tercer lugar, evidenciamos que el Derecho comparado *constituye un instrumento en la negociación de convenios internacionales, puesto ya de manifiesto por los comparatistas de los siglos XIX o XX* (SÁNCHEZ LORENZO, p. 341). En los textos internacionales, el método comparado cobra una extraordinaria importancia, pudiéndose hablar de una *interdependencia entre el DIPr. y el Derecho comparado* (MENEU, pp. 14 y 15), (LOUSSOUAM, p. 334) o (CADET, p. 32). Acudir a la técnica del método comparado se justifica por la «función mediadora» que cumple, como predica algún sector de la doctrina (KIIKERI, pp. 303-306), lo que permite una posible coexistencia pacífica entre ordenamientos jurídicos nacionales muy dispares y correspondientes a diferentes culturas y los fenómenos de armonización jurídica. De hecho, asistimos en Europa a una labor de reactivación académica del Derecho comparado, que está íntimamente vinculada a las exigencias de construcción del Derecho privado europeo.

En cuarto lugar, y vinculado con la función anterior, el Derecho comparado se puede convertir en un mecanismo interpretativo de un marco jurídico integrado. Básicamente, en estos procesos, la utilidad consiste en alcanzar un delicado equilibrio que permita la coexistencia pacífica de ordenamientos jurídicos nacionales muy dispares y obedientes a diferentes culturas, para evitar daños irreparables a los ordenamientos nacionales. Ello propicia una evolución e intensificación de la integración en un marco de confianza y de convivencia entre los sistemas nacionales afectados. En este sentido, (ROBERT y USUNIER, pp. 254-255) describen el *rol que se reserva a esta disciplina en los procesos de integración, que constituye un valioso instrumento para evaluar la oportunidad de aquella integración, lo que han denominado du bon usage du droit comparé*. La armonización presupone cierta compatibilidad entre sistemas, donde el Derecho comparado se convierte el medio para poder realizarla. Por ello, también se reclama al Derecho comparado una función «legislativa», resultando necesaria la labor previa de comparación entre sistemas, de determinación de puntos co-

munes y diferencias reales para la aproximación de criterios y expresiones. Un ejemplo paradigmático es el de la UE, proceso donde el reto es la verdadera integración jurídica, particularmente del Derecho privado. La existencia de sistemas jurídicos correspondientes a 27 Estados miembros, de familias jurídicas dispares (*common law*, romano-germánica, escandinava o exsocialista), con más de una veintena de lenguas dispuestas a convivir, ocasiona que el método del Derecho comparado sea de una *gran importancia para los procesos de armonización* (SÁNCHEZ LORENZO, p. 336 y ss.). No obstante, más allá de las necesidades prácticas de una realidad jurídica transnacional y en constante proceso de integración —y del papel ordenador y pacificador que despliega el Derecho comparado en este contexto— se viene reivindicando al mismo tiempo por un sector de la doctrina *su virtud subversiva* (MUIR WATT, p. 503) (FLETCHER, p. 683), convirtiéndose en una vía para la lucha contra el etnocentrismo y los totalitarismos culturales. Ciertamente, los componentes culturales suponen un freno importante a las importaciones jurídicas, pero no lo es menos que muchos de las trabas culturales son simples excusas para impedir un determinado progreso de cierta sociedad. Es aquí donde el Derecho comparado despliega su valor subversivo en la lucha contra las costumbres de pensamientos anquilosantes.

Por último, suscita interés el Derecho comparado en los movimientos en pro de la unificación del Derecho. La coordinación de sistemas y la armonización de las leyes característicos de la actual etapa de la comunidad internacional —sobre todo en los denominados círculos jurídicos integrados—, junto al desbordamiento del Derecho fuera de los límites nacionales propios, explican la importación del método comparado, como un *instrumento superador de la diversidad de ordenamientos jurídicos en presencia* (FERNÁNDEZ ROZAS, p. 24). Por esta razón, cuando el recurso al método comparado asiste a la consecución de un texto de Derecho uniforme, se configura como una técnica especialmente adecuada para la solución de los problemas del tráfico externo. Así lo atestiguan conquistas tan relevantes como los Principios UNIDROIT sobre los contratos

comerciales internacionales, cuyo éxito y calidad encuentran sólidas bases comparatistas, que sirvieron a la misma finalidad en la construcción de los Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL). En ambos procesos, el método comparado también se ha aprovechado para reconocer defectos y propiciar superaciones de las soluciones ya existentes en los sistemas jurídicos representativos, permitiendo el alumbramiento de nuevas respuestas adecuadas al objeto de la reglamentación, con mayor calidad técnica o mejor perspectiva práctica.

En definitiva, como ya expuso (DAVID, p. 8), al Derecho comparado se le asigna «[...] una tarea diferente: la de hacernos comprender los puntos de vista ajenos y la de hacer comprender a los otros nuestros propios puntos de vista [...]».

3. *Dificultades a superar*

El recurso del Derecho comparado requiere un esfuerzo de inmersión en la cultura jurídica, en las realidades históricas, culturales o sociales de los sistemas jurídicos enfrentados. De esta manera, podremos comparar las notas comunes que presentan los distintos sistemas jurídicos. La profundidad que exige dicha indagación ocasiona que el valor de la utilización del método comparativo se torne indiscutible, aunque en dicho proceso surgen algunos inconvenientes y que, a continuación, destacamos:

Una de las dificultades surgidas en el proceso comparativo es la comprensión de terminología, de conceptos o de instituciones jurídicas, que pueden convertirse en una auténtica barrera inicial para afrontar el estudio y conocimiento de un sistema jurídico ajeno. El manejo de un idioma *marca la comparación y permite interiorizarse en su tejido jurídico* (TALLON, p. 23). Aun conociendo la lengua y perteneciendo a un entorno cultural próximo, uno de los obstáculos que entraña esta tarea no es de índole puramente jurídica, sino lingüística, cultural e histórica. A modo ilustrativo, la traducción de un término del árabe clásico al español no debe con-

sistir en una mera transposición lingüística, como sucede, por ejemplo, en los términos *al firach* o *shubha*, traducidos respectivamente como «hijos de la cama» o «relaciones sexuales por error», incomprensibles desde el punto de vista del Derecho español. En ocasiones, el término español utilizado para la traducción de algún vocablo árabe tiene tras de sí una realidad diferente a la contenida en la expresión árabe. Tal es el caso del término *istilhak* o *igrar*, traducido al español como «reconocimiento voluntario de la filiación», institución que en los países del entorno europeo constituye un medio para determinar la paternidad o maternidad no matrimonial, frente a lo que sucede en los ordenamientos jurídicos de tradición islámica, en los que el reconocimiento es un medio para establecer la filiación legítima (RUIZ SUTIL, p. 30). Cualquier institución jurídica es tributaria de la cultura donde se inserta, independientemente de cual sea la expresión que se emplee para designarla. Como declara (PICARD, p. 894): *las palabras equivalentes existen y la apariencia puede ser únicamente aproximativa o, a veces, errónea, porque los conceptos jurídicos no presentan necesariamente la misma consistencia en un orden jurídico que en otro*. Tal y como expone (RUIZ SUTIL, p. 32), *el conocimiento de la cultura jurídica de un país supone siempre el paso previo para comprender sus normas y llegar a aceptarlas*. A pesar de que el estudio jurídico-comparativo de distintos ordenamientos lleve aparejado riesgos lingüísticos, no necesariamente ocurre entre ordenamientos jurídicos que utilizan un mismo idioma, tal y como sucede en nuestro caso con países latinoamericanos, en que se acabe por potenciar la estrecha afinidad existente entre estos sistemas jurídicos.

Otro de los obstáculos con los que se topa el estudio comparado de los ordenamientos extranjeros, sin duda, es la ardua accesibilidad a sus fuentes. Y ello no solo por las dificultades derivadas del idioma, sino asimismo por la carencia de bases de datos fidedignas, publicaciones periódicas de jurisprudencia o de estudios doctrinales. No obstante, *la comparación ha cambiado y ha evolucionado. Los medios informáticos (internet, soportes bibliográficos electrónicos o mecanismos de open access) y la mayor movilidad de las personas, posibilitan el acceso a textos jurídicos que originariamente eran muy difíciles de localizar*, lo que fomenta indudablemente el desarrollo de la comparación jurídica (FERRANTE, p. 603).

En definitiva, *la fuerza y eficiencia para efectuar la comparación de sistemas jurídicos radican en comprender las razones históricas, jurídicas y culturales que han justificado el instrumento o texto jurídico analizado y entender las propias y las del contexto con las que se va a confrontar: solo así la tarea será eficaz* (FERRANTE, p. 613).

*Autora: Carmen Ruiz Sutil
(Profesora titular de Derecho Internacional Privado,
Universidad de Granada)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BERMANN, George A. «Le droit comparé et le droit international: alliés ou ennemis? La Conférence», *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2003-3, pp. 519-537; BONBLED, Nicolas. «Fr. R. Van Mensbrugge: l'utilisation de la méthode comparative dans la thèse de doctorat», *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2006-3, pp. 281-284; CADET, Fabien. *L'ordre public en droit international de la famille. Étude comparée France/Espagne*, París, L'Harmattan, 2005; CASHIN RITAINE, Eleanor (eds.). *Legal engineering and comparative law*, Zurich, Schulthess Verlag, 2009; CONSTANTINESCO, Léontin-Jean. *Traité de droit comparé, t. I, Introduction au droit comparé*, París, LGDJ, 1972; DAVID, René. *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, trad. Pedro Bravo, 2.^a ed., Madrid, Aguilar, 1968; FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte. «Droit comparé et droit international privé: la confrontation de deux logiques a travers l'exemple des droits fondamentaux», *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2004-4, pp. 797-818; FLETCHER, George P. «Comparative Law as a Subversive Discipline», *The American Journal of Comparative Law*, 1998, vol. 46, n.º 4, pp. 683-700, en <https://doi.org/10.2307/840986>; FERNANDEZ ROZAS, José Carlos. «Los procesos de unificación internacional del Derecho privado: técnicas jurídicas y valoración de resultados», GARCÍA COLLANTES, José María (ed.). *La unificación jurídica en Europa. Seminario organizado por el Consejo General del Notariado en la UIMP*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 17-44; FERRANTE, Alfredo. «Entre Derecho comparado y Derecho extranjero. Una aproximación a la comparación jurídica», *Revista Chilena de Derecho*, 2016, vol. 43, n.º 2, pp. 601-618; GUTTERIDGE, Harold Cooke, *Comparative Law. An Introduction to the Comparative Method of*

Legal Study and Research, 2.^a ed., Cambridge, The University Press, 1949; HERTEL, Christian, «Sistemas jurídicos del mundo», *Notarius International*, 2009, 1-2, pp. 185-200; KIKERI, Markku. *Comparative Legal Reasoning and European Law*, Dordrecht/Boston/ Londres, Kluwer, 2001, pp. 303-306; LENAERTS, Koen. «Le droit comparé dans le travail du juge communautaire», *Revue Trimestrielle de Droit Europeen*, 2001, n.º 3, vol. 37, pp. 487-528; LOUSSOUARN, Yvon. «Le role de la méthode comparative en droit international privé français», *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1979, pp. 307-339; MANSOURI, Amèle. «Approche méthodologique et fonctionnelle du droit comparé», *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2006-3, pp. 173-196; MARKESINIS, Basil S. *Comparative Law in the Courtroom and Classroom: The Story of the Last Thirty-Five Years*, Oxford, Hart, 2003; MENEU, Pascual. «Derecho comparado y Derecho internacional», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1951, pp. 1-19; MORÁN, Gloria. «El Derecho comparado como disciplina jurídica: la importancia de la investigación y la docencia del Derecho comparado y la utilidad del método comparado en el ámbito jurídico», *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, n.º 6, 2002, pp. 501-529; *Id.*, «El nuevo milenio ante el reto del Derecho comparado en las universidades españolas», *Anuario de la Facultad de Derecho de la UD*, n.º 5, 2001, pp. 491-519; MUIR WATT, Horatia. «La fonction subversive du droit comparé», *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2003-3, pp. 503-527; PICARD, Étienne. «L'état du droit comparé en France en 1999», *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1999-4, pp., 885-915; ROBERT, Véronique - USUNIER, Laurence. «Du bon usage du Droit compare», en DELMAS-MARTY, Mireill. *Critique de l'intégration normative*, París, Puf, 2004, pp. 227-255; RUIZ SUTIL, Carmen. *Filiación hispano-marroquí. La situación del nacido en España de progenitor marroquí*, Navarra, Thomson Reuters, 2011; SÁNCHEZ-BAYÓN, Antonio. *Sistema de Derecho comparado y global: de las familias jurídicas mundiales al nuevo Derecho común*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012; SÁNCHEZ-LORENZO, Sixto A., «El Derecho comparado en el siglo XXI», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, número conmemorativo 1948-2008, 2008, 1099-1107; *Id.* «Globalización, cultura y Derecho: el papel del Derecho comparado», en BALAGUER CALLEJÓN, Francisco y ARANA GARCÍA, Esta-

nislao (coords.). *Libro homenaje al profesor Rafael Barranco Vela*, vol. 1, Pamplona, Thomson Reuters - Civitas, 2014, pp. 325-348; SERRA, Francisco. «La actualidad del Derecho comparado», en AULLÓN HARO, Pedro (coord.). *Metodologías comparatistas y literatura comparada*, Madrid, Clásicos Dykinson, 2012, pp. 185-186; SIMÓ SANTONJA, Vicente-Luis. *Derecho sucesorio comparado: conflictos de leyes en materia de sucesiones*, Madrid, Tecnos, 1968; SILVA SILVA, Jorge Alberto. «Algunas notas en torno a la influencia del Derecho comparado sobre el Derecho internacional privado», *Heurística Jurídica*, pp. 7-23; SOMMA, Alessandro. *Introduzione al diritto comparato*, Roma, Editori Laterza, 2014; SZABO, Imre. «Les buts et les méthodes de la comparaison du droit», *Rapports Généraux au XIème Congrès international de droit comparé, Tébérán 7 septembre - 4 octobre 1974*, Bruxelles, Bruylant, 1977, pp. 157-197; TALLON, Denis. «Le droit comparé dans l'enseignement general», VV. AA. *Actes de la Quatrième Conférence européenne des facultés de droit. 6-8 octobre 1976 sur l'apport du droit comparé à l'enseignement, à la recherche et à la réforme du Droit*, Strasbourg, Consejo de Europa), 1977, pp. 23-31; VAN MEHEREN, Arthur Taylor. «L'apport du droit comparé à la théorie et à la pratique du droit international privé», *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1977, pp. 493-500; SZABO, Imre. (1977). «Les buts et les méthodes de la comparaison du droit», *Rapports Généraux au XIème Congrès international de droit comparé, Tébérán 7 septembre - 4 octobre 1974*, Bruxelles, Bruylant, pp. 157-197; ZWEIGERT, Konrad y KÖTZ, Hein. *Introducción al Derecho comparado*, Oxford, Oxford University Press, 2002.

VOCABLOS CONEXOS: Adopción. Calificación. Conflicto de leyes. Derecho aplicable. Derecho extranjero. Derecho internacional privado. Derecho uniforme. Fuentes del Derecho internacional privado. Herencia. Ley aplicable. Normas de conflicto. Orden público internacional. Prueba en el extranjero. Principios UNIDROIT para los contratos comerciales internacionales. *Kafala*. Reenvío. Situaciones claudicantes. *Trust*.

DERECHO DEL TRABAJO (Y DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO)

El Derecho del trabajo es un sector jurídico de especial importancia para el Derecho internacional privado en razón de la movilidad de personas y la internacionalización de los contratos laborales. En el marco de la confusión de estas relaciones y contratos, el Derecho internacional privado aparece como una herramienta imprescindible para la solución de problemas prácticos, en atención a sus fuentes, principios, criterios para determinar la competencia y la ley aplicable y para el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en la materia.

1. La internacionalización de las relaciones laborales internacionales y el contrato individual de trabajo

Los procesos de integración regional y la globalización de la economía han incidido directamente en una exponencial internacionalización de las relaciones laborales y, por ende, de la contratación individual de trabajadores de carácter transfronteriza. Por un lado, fenómenos como los movimientos migratorios se han traducido en una creciente movilidad «para» el trabajo (trabajadores migrantes y fronterizos), coexisten con la intensificación de la actividad global de los grupos de empresas multinacionales y la deslocalización industrial que han motivado una intensa movilidad internacional «en» el trabajo (desplazamientos temporales y traslados de expatriados). Por otro lado, la mejora de los medios de transporte y de comunicación han favorecido la internacionalidad de la actividad laboral —motivando incluso que situaciones en las que no hay movilidad efectiva se tornen en igualmente en transfronterizas (teletrabajo)—. Por último, además de la incidencia de estos fenómenos, hay que tomar en cuenta todos aquellos sectores de empleo que han contado tradicionalmente con una naturaleza internacional (agentes laborales, choferes, pilotos y personal de abordaje, contratos de embarque o tutela de la gente del mar), o la presentación de servicios laborales a favor de embajadas y consulados (por medio de residentes del lugar donde se si-

túan dichas sedes diplomáticas) y que podría suscitar cuestiones relativas a la inmunidad de jurisdicción.

En todos estos supuestos se advierte, en nuestros días, un elevado nivel de internacionalización de las relaciones de trabajo. Una realidad que ha tratado de ser regulada a todos los niveles —estatal, regional e internacional— (aunque con un dispar resultado), con el fin de evitar una desprotección a los trabajadores en situaciones caracterizadas por su desigualdad y corregir los resultados negativos de fenómenos como la globalización o el *dumping* social. Un objetivo compartido por los Estados, por algunas estructuras regionales de integración (como la Unión Europea —UE—), y por las Organizaciones Internacionales con competencias en la materia (la Organización Internacional del Trabajo —OIT—, o la Organización Internacional para las Migraciones —OIM—).

2. Cuestiones que suscita la ordenación de los contratos individuales de trabajo internacionales y su marco normativo de referencia

Las cuestiones legales que suscitan las relaciones laborales internacionales son plurales y poliédricas, por lo que sería imposible abordarlas en su conjunto desde este vocablo. En este sentido, su objeto se centrará en las cuestiones que se plantean, desde la perspectiva comparada del Derecho Internacional privado (DIPr), en las repúblicas Latinoamericanas y en la UE. En este sentido, de los tres ámbitos desde los que se puede abordar esta materia —las relaciones colectivas, las individuales de trabajo, así como el régimen de seguridad social— serán en concreto los contratos individuales de trabajo con elementos de extranjería los que se analicen en esta sede. A su vez, a pesar de su importancia, tampoco se examinarán en esta sede las cuestiones relativas a la extranjería laboral. Junto a ello, y afinando aún más el objeto de este vocablo, este se centrará en los tres sectores clásicos de esta disciplina: la concreción de los tribunales internacionalmente competentes, la determinación de la ley aplicable y el régimen de reconocimiento y ejecución de las resoluciones dictadas en estos supuestos.

2.1. Fuentes

Por lo que hace a las fuentes aplicables a este tipo de contratos, cabe subrayar la infraatención normativa de carácter especializado que habitualmente reciben los contratos de trabajo individual de trabajo de naturaleza internacional. De un lado, la ordenación de fuente internacional (principalmente los Convenios elaborados por la OIT) cuenta con una incidencia poco destacada en este ámbito. De esta manera, de un lado, las previsiones que incorporaran los Convenios OIT han de ser entendidas como obligaciones de mínimos que incidirán tangencialmente en el régimen imperativo del contrato, pero nada prevén al respecto de la competencia judicial o la circulación internacional de decisiones.

De otro lado, la codificación internacional del DIPr (Mercosur o Conferencia de La Haya) tampoco suele tomar en consideración este tipo de relaciones o incluso las excluye del ámbito de aplicación de sus instrumentos (artículos 2.5 Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual de 1994 o 2.1, b) Convenio de La Haya sobre Acuerdos de Elección de Foro de 2005). Algo que obligaría a acudir a los Convenios (multilaterales y bilaterales) más generales previstos para la materia civil y mercantil internacional general (como serían el Tratado de Montevideo de Derecho Civil Internacional de 1889 y el Código Bustamante de 1928, para los países latinoamericanos). Por lo tanto, salvo en los casos donde los procesos de integración regional prevean respuestas especializadas (la UE o, en América Latina —desde una perspectiva de *soft law*— la Ley Modelo DIPr OHADAC de 2014), será el sistema de DIPr estatal o autónomo al que se haya de acudir para gestionar legalmente este tipo de relaciones. Una normativa donde, una vez más, suele advertirse la ausencia de una atención especializada a este tipo de contratos, teniendo que aplicar las soluciones generales existentes previstas para las obligaciones contractuales civiles y comerciales.

2.2. *Principios rectores*

Por lo que respecta a los principios rectores que suelen informar las normas de DIPr reguladoras de este tipo de contratos, cabe destacar las siguientes ideas. En primer lugar, los contratos individuales de trabajo forman parte de los denominados contratos con «parte débil». Por lo tanto, de igual modo a como se aprecia en la normativa sustantiva que los regula, el objetivo protector o tuitivo se ha ido incorporando como principio rector al elaborar las soluciones internacional-privatistas, al manifestarse un desequilibrio entre las partes del contrato. De ahí que, la ausencia de reglas especializadas y orientadas materialmente, unido a la necesidad de acudir supletoriamente a las reglas generales previstas para los contratos civiles o mercantiles, conduzca a resultados poco deseados en los que se advierte una desprotección de los derechos del trabajador en supuestos internacionales —desatendiendo el principio *favor laboratoris*—. Un objetivo pro operario que, por ejemplo, no solo habría de condicionar la validez y alcance de la autonomía de la voluntad en estos casos (para determinar tanto los tribunales competentes, como la ley rectora del contrato), sino también el criterio de conexión objetivo más adecuado para determinar la competencia judicial o la ley aplicable al contrato individual de trabajo internacional; pudiendo igualmente contar con un reflejo cuando se trata de favorecer la circulación internacional de las decisiones judiciales.

En segundo lugar, también hay que atraer la atención al tradicional principio de territorialidad tan presente en esta materia. Así, debido al interés que poseen los países al de ordenar sus mercados de trabajo, la normativa laboral cuenta generalmente con una función social que deriva en su naturaleza territorial. Ello afecta a la concreción del criterio de conexión tradicionalmente seleccionado en este ámbito (basado en la preeminencia del elemento *loci laboris*), o al transcendental juego de la normativa imperativa del lugar donde se desempeña la actividad laboral —e incluso su posible juego como norma imperativa o de extensión—. En otro orden de ideas, esta característica es aprovechada por las empresas multi-

nacionales, para compartimentalizar la regulación de sus plantillas en cada país donde se establecen, así como para aprovechar los dispares costes sociales existentes, generando fenómenos de *dumping* social y una competencia hacia la baja en los países receptores de inversión, por lo que hace a la protección laboral que dispensan a los trabajadores.

En tercer y último lugar, aunque ahora ya desde una perspectiva estructural del sistema, destaca el hecho de que las reglas de DIPr en este ámbito suelen tomar en consideración las intensas relaciones que existen entre los sectores propios de la determinación de los tribunales internacionalmente competentes (fórum) y de la ley aplicable (*ius*). Algo que se manifiesta de un modo singularmente intenso en esta materia y que deriva en su estrecha coordinación e incluso en su plena confusión en la práctica —haciendo coincidir el tribunal estatal competente y la ley aplicable al contrato individual de trabajo internacional—.

En consecuencia, frente al habitual desinterés regulador que se manifiesta en los tres niveles de reglamentación —estatal, regional e internacional— al respecto de los contratos de trabajo internacionales, destacaría la conveniencia de que los sistemas de DIPr dispusieran de reglas especializadas y con una orientación material para regular los problemas particulares que estos suscitan. Las cuales, atendiendo a los principios de protección del trabajador y de territorialidad, igualmente se vieran informados por los objetivos generales del sistema de DIPr —como la proximidad o la seguridad jurídica—.

3. *Competencia judicial internacional*

Por lo que respecta al sector del fórum, las normas por medio de las que se determina la competencia judicial internacional en relación con los contratos individuales de trabajo internacionales han de verse informadas —además de por los principios señalados—, por el derecho fundamental de acceso a la justicia (tutela judicial efectiva) y perseguir el objetivo de su buena administración. Un derecho fundamental que ha per-

mitido incluso la incorporación de la conciliación y de la mediación al respecto de este tipo de litigios, aunque se estime de modo —casi generalizado— la inarbitrabilidad de este tipo de controversias relacionadas con los contratos individuales de trabajo en los países analizados. Antes de referirnos a los foros previstos para estos litigios, hay que retomar la cuestión de las fuentes reguladoras de este sector. Así, a salvo de los casos puntuales en los que existen normas especializadas en esta materia (artículo 16, Párrafo Ley DIPr República Dominicana), resulta habitual en los países de la América hispana acudir supletoriamente a las normas de competencia judicial previstas para los contratos internacionales de modo general; e incluso, en una gran cantidad de países, a las reglas propias de la legislación procesal civil para determinar competencia territorial interna en ausencia de reglas para supuestos internacionales —normalmente, tomando forma de códigos o leyes de proceso civil—. Pocos son, en este sentido, los sistemas de DIPr estatales en la región americana que contenga reglas especializadas en este ámbito.

En relación con ello, igualmente destaca la exclusión de los litigios en relación con este tipo de contratos de instrumentos tanto internacionales (Convenio de La Haya de 2005), como regionales en el ámbito latinoamericano (Protocolo de Buenos Aires de 1994). Y ello, al contrario de lo que se aprecia en Europa, al respecto de instrumentos como el Reglamento (UE) n.º 1215/2012 (RB I bis) relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (artículos 20 a 23) y el Convenio «paralelo» de Lugano de 2008 —artículos 18 a 21— (tomando el RB I bis como modelo, a efectos de este vocablo).

A continuación, se procurarán presentar los foros que resultan más habituales en este ámbito, tratando de diferenciar entre el juego de las reglas especializadas y el juego de las normas más generales previstas para los contratos civiles y comerciales. Así, de forma previa, hay que dejar constancia de que los litigios internacionales en materia de contratos individuales de trabajo no han dado lugar, en ningún caso, a la elaboración

de foros de carácter exclusivos. Por lo que, los tribunales estatales que conozcan de los mismos lo serán siempre de forma concurrente; con las consecuencias que de ello se deriva, tanto a la hora de concretar los tribunales competentes, como para el sector del reconocimiento y ejecución (esto es, al no poder jugar tales foros de forma excluyente, a la hora de controlar la competencia indirecta en sede de reconocimiento y ejecución de una decisión extranjera).

3.1. *Sumisión*

Como es sabido, la sumisión —tanto expresa como tácita— a una jurisdicción cuenta con una aceptación limitada desde una óptica comparada latinoamericana —contrario a su aceptación en materia arbitral—. En su dimensión de sumisión expresa, se advierte su consagración al respecto de los litigios en materia de obligaciones contractuales en destacados instrumentos convencionales (artículos 318 y 322 del Código Bustamante), al igual que su creciente presencia en esta región (por ejemplo, artículos 23 del CFPC México, 2058c CC Perú, 40.4 de la Ley DIPr Venezuela, 2651 del Código Civil y Comercial de Argentina o 18 de la Ley DIPr República Dominicana). Sin embargo, en el ámbito europeo se advierte su aceptación, aunque condicionada de la sumisión expresa según el principio *pro operario*, por lo que hace a las controversias laborales. Este panorama deriva en la existencia de 3 escenarios distintos: su exclusión absoluta, su aceptación limitada y su respeto en todo caso. Así, frente a las maximalistas posturas de aceptación o rechazo absoluto (aunque sin tener en cuenta los intereses en presencia en materia laboral), sobresale una respuesta más matizada que deriva en su aceptación limitada, como se aprecia en el artículo 23 RB I bis. Según este precepto, informado por el objetivo favor laboratoris, se permitirán los pactos de elección de tribunal, pero siempre que cumplan con dos condiciones alternativas: que «sean posteriores al nacimiento del litigio», o que «permitan al trabajador formular demandas ante órganos jurisdiccionales distintos de los indicados en la presente sección». Según el primer escenario se eliminaría la posibilidad de incorporar un pacto de sumisión en el

contrato, sino que habría que esperar a que surgiera el litigio para poder alcanzar este tipo de acuerdo. A partir del segundo, sin embargo, se permitirían este tipo de pactos, pero siempre que fuera en beneficio del trabajador, siendo que el criterio para concretar este beneficio el que le permitiera demandar al empresario antes foros distintos a los previstos en los preceptos anteriores —y que se presentarán seguidamente—.

Junto a ello, y por lo que tiene que ver con la sumisión tácita, normalmente no se advierten problemas en su juego para los litigios contractuales. No obstante, su empleo no se encuentra normalmente previsto en la normativa para las controversias laborales y, por lo tanto, habría que esperar al caso concreto y a la atención que los tribunales dispensen a esta posibilidad. Una aceptación de la sumisión por comparecencia que, en todo caso, habría de verse sometida al objetivo protector del trabajador en su empleo y, en este sentido, de que se le informe adecuadamente de las consecuencias que se derivarían de su actuación procesal a la hora de que se active este foro.

3.2. *Los foros del domicilio del demandado y del establecimiento secundario*

En segundo lugar, no hay que olvidar el importante papel que, con carácter generalizado, desempeña el tradicional foro del domicilio del demandado en los sistemas de DIPr. Pues bien, este foro tradicional —aceptado de forma generalizada en los países de América Latina (con carácter general, artículos 56 Tratado de Montevideo y 323 Código Bustamante) y en la UE— resultaría igualmente aplicable para los supuestos de contratos individuales de trabajo —tanto en los casos de trabajador demandante, como cuando este fuera el demandado (artículos 21.1, a) y 22 RB I bis)—; resultando, a su vez, plenamente alineado también con el objetivo tuitivo antes subrayados al ofrecer un foro de ataque beneficioso para los intereses del trabajador.

Junto a lo expuesto, y especialmente indicados en estos casos para los supuestos de prestación de servicios en el marco de un grupo de empre-

sas multinacionales, destaca la importancia de los conocidos como el foro del establecimiento secundario (artículos 20.2 RB I bis o 651.2 CLT Brasil) y las alternativas que ofrece acudir al foro de conexión procesal del foro de la pluralidad de demandados (artículo 8.1 RB I bis). Y ello, para permitir la tutela del trabajador, cuando se trabaje para un establecimiento secundario inserto en el grupo, o en los casos de contratación por parte de la empresa matriz y la filial local de la multinacional.

3.3. *Otros foros*

En ausencia de acuerdo de sumisión y junto al foro general del domicilio del demandado los contratos analizados precisan de reglas de competencia judicial que protejan los intereses del trabajador, ofreciéndoles foros de ataque asimétricos que le otorguen más posibilidades que las disponibles para el empresario. En este sentido, 2 son las alternativas que se contemplan en los ordenamientos analizados, según contemplan o no foros especializados y orientados materialmente en materia de contratos individuales de trabajo (sin embargo, se puede mencionar una tercera opción, relativa a vincular la determinación de la jurisdicción a la ley rectora de la relación —*forum legis*—, se contiene en el artículo 56 Tratado de Montevideo).

Por un lado, aquellos países en los que se acuda a los foros previstos para la materia contractual en general, los sistemas de DIPr se dividirían entre aquellos que se basan en el *forum loci celebrationis* —normalmente como foro alternativo— de los que —la mayoría en el ámbito latinoamericano y en Europa— se fundamentan en el lugar de cumplimiento o *forum loci executionis* (con carácter general, artículo 323 Código Bustamante) —pudiendo también admitirse ambos foros de forma alternativa (artículos 2058.2 CC Perú, 40.2 Ley DIPr Venezuela o 651.3 CLT Brasil)—. Ambas aproximaciones cuentan con sus limitaciones en los casos analizados, aunque el basado en el lugar de ejecución de la prestación laboral respondería mejor al principio de territorialidad y al objetivo protector antes mencionado. El foro del lugar de celebración

podría conducir a un tribunal poco conectado con el litigio (pudiendo favorecer la contratación por medio de sociedades interpuestas o desconectadas con la relación, conocidas como *letter box companies*) que obliguen al trabajador a acudir a tribunales distintos a aquel donde desarrolla su actividad o poco vinculados con la relación. Así las cosas, acudir al *forum loci executionis* —en tanto que lugar de cumplimiento de la obligación o realización del trabajo de forma habitual— se mostraría como el más adecuado en este ámbito —atendiendo a las peculiaridades de un gran número de situaciones laborales internacionales—.

No obstante, el juego de tales criterios de atribución —empleados de forma única— no atenderían acertadamente a todos los tipos de relaciones laborales que se manifiestan en el medio global. Pensemos, por ejemplo, en los casos de movilidad internacional de los trabajadores, el desempeño del trabajo en distintos lugares o el hecho de llevarlo a cabo en espacios libres de la soberanía estatal —y las dificultades que supone concretar el *loci laboris* en tales situaciones complejas—. Por lo que, para atender a estas realidades, algunos sistemas incorporan reglas especializadas que superan los problemas que enfrentan las reglas generales en materia contractual. Y ello —sin olvidar el papel central que posee el *fórum loci laboris* en esta materia—, con el fin de adaptarse a este variado contexto e incluir opciones asimétricas que favorecen al trabajador frente a las menores alternativas de ataque con las que cuenta el empleador.

A modo de ejemplo, a tenor de los artículos 21 y 22 RB I bis el trabajador dispone —como foros alternativos de ataque— los del domicilio del demandado, del lugar habitual o último lugar de trabajo, o de establecimiento de la empresa empleador —incorporando una suerte de *fórum loci celebrationis* como solución de cierre— (de forma similar, artículos 16, Párrafo Ley DIPr República Dominicana y 14.1 Ley Modelo OHADAC DIPr); mientras que el empresario podrá demandar al empleado ante los tribunales del domicilio del trabajador o de reconvenir donde se le demandó por parte de este. A todo ello habría que añadir en el ámbito de

la UE también, el foro especializado que —sin perjuicio del juego del RB I bis— se habría incorporado en el artículo 6 de la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (actualizada recientemente por medio de la Directiva 2018/957, sin modificar este extremo), con el fin de atender a los supuestos de desplazamiento temporal de trabajadores y que permitiría al trabajador poder presentar su demanda, tanto antes los tribunales de trabajo habitual (en origen) o donde se llevara a cabo el trabajo temporal (en destino donde habría sido desplazado temporalmente).

4. *Ley aplicable*

También se advierte la conveniencia de contar con reglas especializadas en materia de contratos individuales de trabajo internacionales para el sector del *ius*, que atiendan debidamente a los objetivos de *favor laboratoris*, territorialidad, seguridad jurídica y proximidad. Ante la ausencia de normas multilaterales universales aplicables (esta materia se excluye de los Principios ONU sobre la elección de la ley aplicable a los contratos comerciales internacionales, en su artículo 1.1), hemos de ver la reacción que se ha dado en la codificación regional y estatal.

El panorama normativo comparado en América Latina se caracteriza por la casi total ausencia de soluciones especializadas en esta materia y la necesidad de acudir a las normas de conflictos generales en materia de obligaciones contractuales. Sin embargo, encontramos una loable excepción, en el ámbito latinoamericano, en el artículo 62 Ley DIPr República Dominicana (o, desde la perspectiva del *soft law*, artículo 47 Ley Modelo DIPr OHADAC). Junto a ello, el caso paraguayo es igualmente singular ya que, aunque cuenta con una norma especializada para la contratación internacional, excluye de su ámbito de aplicación los contratos de trabajo (artículo 1 Ley 5393, sobre el Derecho aplicable a los contratos internacionales de 2015).

Un marco regulador que, al margen de las incorporadas en los Convenios internacionales que regulan los mismos, se sitúan generalmente en los Códigos Civiles y Comerciales —al margen de los escasos sistemas que cuentan con una Ley especial de DIPr—, junto a las respuestas previstas en los Tratados internacionales aplicables, entre los que se encuentran al margen de los más generales (Tratado de Montevideo y Código Bustamante), la Convención Interamericana de México de 1994, sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales (elaborada por la Organización de Estados Americanos) —que no excluye este tipo de contratos de su ámbito de aplicación—. En el caso de la UE, destaca el papel principal que posee el Reglamento (CE) 539/200, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (RR I), cuyo artículo 8 se refiere de forma específica a los contratos individuales de trabajo.

Antes de pasar a la exposición de las normas de conflicto que determinan la ley aplicable a los contratos individuales de trabajo, hay que dejar constancia de que no se analizarán las cuestiones de aplicación que suscita el juego de las normas de conflicto. Por lo que no se atenderá aquí a cuestiones tan significativas como, la calificación, el reenvío o la alegación y prueba del Derecho extranjero. En consecuencia, habrá que acudir a los vocablos correspondientes en esta obra, para el análisis de los preceptos y de las soluciones recogidas en los sistemas de DIPr de los países de América Latina y de la UE —y a las que se hace remisión—.

4.1. *Sumisión y su ausencia*

Como se ha destacado al respecto de la competencia judicial, también al respecto de la concreción de la ley aplicable existen serias reticencias a la hora de admitir el juego de la sumisión —expresa o tácita— en materia contractual en el ámbito latinoamericano. Una afirmación general que se traslada de forma singular a los contratos individuales de trabajo internacionales, debido a la desigualdad de las partes y los intereses públicos en presencia. Sin embargo, en el ámbito americano (a salvo de lo previsto en los artículos 62, Párrafo Ley DIPr República Dominicana y 47

Ley Modelo DIPr OHADAC), cuando se admite la sumisión a una ley estatal se suele aceptar sin limitación alguna, debido a que no resulta habitual contar con reglas de conflicto especializadas, y por el juego supletorio de las normas previstas para los contratos civiles y mercantiles (así, con carácter general, el artículo 7 Convención de México de 1994). Algo que puede conducir a indeseables resultados. En el ámbito de la UE, el artículo 8 RR I permite a las partes del contrato individual de trabajo pactar la ley rectora del contrato —tal y como se contempla en su artículo 3—, aunque limitando esta opción según el principio pro operario; según este objetivo, la elección no podrá tener por objeto privar al trabajador de la normativa imperativa propia de la ley objetivamente al contrato. Por lo tanto, habrá que primeramente determinar esa ley estatal, para luego comparar su resultado con la del ordenamiento seleccionado por las partes.

La determinación de ley rectora a tales contratos en ausencia de elección posee una gran importancia para estos contratos —al poder verse excluida la posibilidad de elección—, que se incluso se eleva en el caso del RR I —al establecer, en este caso, el criterio de protección mínima que se ha de garantizar al trabajador—. Por lo que respecta a los sistemas latinoamericanos —de igual modo a como se expuso en el sector del fórum— lo habitual es que los países acudan a las reglas generales de los contratos y que se dividan entre los que acuden a la *lex loci celebrationis* y aquellos (la gran mayoría) que priorizan la *lex loci executionis* (con carácter general, artículos 32-34 Tratado de Montevideo). En el caso del empleo de las reglas generales en materia de obligaciones contractuales, las conclusiones que se derivan de ello, para los contratos individuales de trabajo, son las mismas que ya se expusieron en materia de competencia judicial internacional —y ahí nos remitimos—.

Como excepción, pero también utilizando reglas generales en materia de obligaciones contractuales, destacar la Convención de México de 1994. Un instrumento cuyo artículo 9 I contiene una regla basada en el principio de proximidad, donde se establece que los contratos se regirán por

el «Derecho del Estado con el cual tenga los vínculos más estrechos», y que se concretará por medio de los elementos intrínsecos a la relación al hacerse mención en dicho precepto a «todos los elementos objetivos y subjetivos que se desprendan del contrato» (de modo similar, el artículo 30 Ley DIPr Venezuela). A su vez, el artículo 74 Código DIPr Panamá, tras decantarse por el lugar de ejecución del contrato, acude —cuando no fuera posible determinarlo— a la ley que rija la economía con la que se caracteriza en contrato (como una suerte de «conexión característica»).

Sin embargo, como singularidad a esta panorámica general, encontramos algunas normas de conflicto especiales para determinar la ley aplicable a los contratos de trabajo en el ámbito latinoamericano. Así, destaca en primer lugar, la referencia a la ley del pabellón en relación con los contratos con los oficiales y la gente del mar en el artículo 281 Código Bustamante. A su vez, la Ley DIPr República Dominicana (cuyo artículo 62 se basa en la conexión *loci laboris*), en caso de no existir un lugar de trabajo habitual, se permitiría acudir al ordenamiento más vinculado al contrato (de forma similar, artículo 47 Ley Modelo DIPr OHADAC). Por último, el artículo 3.II de la Ley 7064/82 de Brasil, garantiza al trabajador transferido la aplicación de la normativa laboral brasileña, caso de ser más favorable que la del lugar de prestación de sus servicios.

En el ámbito de la UE, el artículo 8 RR I establece una norma de conflicto con puntos de conexión plurales y jerarquizados según la cual el contrato individual de trabajo se regulará —para empezar— por la ley del lugar habitual de trabajo, mientras que si fuera temporal, esta conexión no sería válida. Un recurso por la tradicional *lex loci laboris* que, como en el caso de fórum, igualmente es susceptible de generar problemas de determinación en ciertos supuestos de internacionalidad en la actividad laboral, como ya se puso de manifiesto. En su defecto, se acudiría a la ley del lugar de establecimiento del empleador contratante. En ausencia de los anteriores criterios, en todo caso, se acudiría a la ley estatal que mantenga los «vínculos más estrechos» con el contrato, en aten-

ción a las circunstancias que rodeen el mismo. Como complemento a esta respuesta conflictual, cabe añadir la referencia al artículo 3 de la Directiva 96/71/CE, donde se contempla la prevalencia de la normativa imperativa del lugar de trabajo temporal en las situaciones cubiertas por esta disposición, con el fin de evitar situaciones de *dumping* social en el interior de la UE.

4.2. *Límites a la ley del contrato*

La *lex contractus* cuenta habitualmente con un amplio ámbito de aplicación (como se parecía en los artículos 12-14 Convención de México de 1994 y 10-12 RR I), que cubre diversas conjunto de cuestiones que corresponden a la casi totalidad de extremos que componen la vida del contrato —esto es, la existencia y validez, interpretación, régimen de cumplimiento y consecuencias del incumplimiento, extinción o consecuencias de su nulidad—, aunque con la exclusión de otros aspectos significativos —como serían la capacidad de las partes o la validez formal del contrato (ordenadas normalmente por medio del estatuto personal y formal respectivamente)—.

Esta amplitud, sin embargo, cuenta con limitaciones que permiten dar la entrada a reglas inderogables de naturaleza imperativa —tanto de la *lex causae*, como de la *lex fori*— que poseen una significativa importancia en materia laboral. En particular, en este ámbito hay que hacer mención al juego de la tradicional excepción orden público y el recurso a las disposiciones de carácter imperativo propias del Derecho del Trabajo (presentes en todos los sistemas de DIPr latinoamericanos y la UE), al ser una materia donde estos expedientes despliegan una especial importancia, vinculada a la naturaleza tuitiva de la normativa laboral —su función social— y la protección del mercado de trabajo. En este sentido, la falta de una norma de conflicto especializada para los contratos individuales de trabajo podría contar con una corrección tuitiva por medio de estos expedientes, para así garantizar la tutela de los derechos del trabajador.

Así las cosas, esta intervención del Derecho público imperativo se llevará a cabo, por medio de dos expedientes fundamentales. Por un lado, de forma indirecta, por medio la excepción de orden público que conllevaría a la inaplicación de la ley extranjera reclamada por la norma de conflicto y su sustitución por la normativa interna propia del juez competente, cuando su efecto sea manifiestamente incompatible con los principios fundamentales de la *lex fori* (artículos 21 RR I y 18 Convención de México de 1994). Como sería la conculcación de principios constitucionales como podría producirse, por ejemplo, cuando la ley extranjera produjera una discriminación por motivos de género o raza. Por otro lado, y directamente, por la prevalencia de las disposiciones imperativas en materia laboral propias de la ley del juez competente (artículos 9 RR I y 11 Convención de México de 1994). Una categoría normativa que cubriría aquellas normas entendidas como esenciales para la salvaguarda de los intereses público y que se referiría a extremos de la importancia de, entre otros: el salario, las condiciones de trabajo o el despido, así como los derechos de huelga, sindicales o de representación y negociación colectiva (artículo 198 Código Bustamante considera territorial la normativa rectora de los accidentes de trabajo y protección social del trabajador).

5. Reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras

Las reglas especializadas resultan ya plenamente inexistentes por lo que hace al sector del reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales extranjeras relacionadas con los litigios en materia de contratación individual de trabajo. Por lo que, en estas situaciones, se habrá de acudir necesaria y supletoriamente a las normas generales dedicadas a este sector para las sentencias foráneas en materia civil o mercantil (donde los logros convencionales son muy reducidos). Un panorama normativo que destacaría, por consiguiente, por la pluralidad de normas aplicables a estos litigios y por la complejidad del sistema. Y ello, al tener que analizar caso por caso el marco normativo —internacional, regional o estatal— que se aplicaría, según el país de origen de la decisión.

Esta necesaria aproximación casuística deriva en un diferente nivel de protección para el trabajador en cada uno de los sistemas normativos aplicables —en cada República latinoamericana o en la UE—. Un desolador panorama que, en el ámbito latinoamericano, destaca por la escasa incidencia de la codificación internacional —tanto bilateral, como multilateral— que obliga a acudir el sistema de *exequatur* previsto con carácter general para materias civiles y mercantiles (salvo lo previsto, desde un ámbito multilateral, en el título 10.º Código Bustamante). En el ámbito de la UE, y al margen del juego de instrumentos intra-europeos como el RB I bis, habrá que estar a la importancia que la codificación internacional posee en cada Estado miembro de la UE.

A este respecto, cabe decir que la tutela que recibiría el trabajador en estos casos se centraría en dos expedientes fundamentales. Primero, por medio del control de los foros de competencia judicial internacional empleados por el juez de origen, por parte del juez requerido —competencia judicial indirecta— (un control eliminado en el ámbito de la UE, al contar con instrumentos «dobles», y que se regula en el marco de la OEA, por medio de la Convención Interamericana sobre competencia en la esfera internacional para la eficacia extraterritorial de las sentencias extranjeras, hecha en Montevideo en 1979). Segundo, otro control significativo de las sentencias extranjeras se llevará a cabo por medio del recurso al tradicional orden público (presente en todos los ordenamientos analizados), siempre que la decisión atentará contra los principios fundamentales del ordenamiento del juez requerido. El resto de controles —como los formales, la inconciabilidad con otras decisiones o el relativo a ley aplicada por el juez de origen— podrán igualmente ser objeto de aplicación, en atención al país de procedencia de la sentencia en cuestión y al marco normativo que ordene su reconocimiento y ejecución en el país de destino. A este respecto (al margen de la incidencia residual que podrá tener la inmunidad de jurisdicción), recordar que en esta materia no se prevén foros exclusivos que obstaculicen la circulación internacional de las decisiones judiciales.

*Autor: Guillermo Palao Moreno
(Catedrático de Derecho Internacional Privado,
Universitat de València, España).*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CASELLI, Martí José. «Derecho internacional privado y el contrato individual de trabajo en el Mercosur. Valor justicia e integración», *El Derecho*, 1995, tomo 161, pp. 842-856; ESPLUGUES MOTA, Carlos y PALAO MORENO, Guillermo. «Section 5. Jurisdiction over individual contracts of employment (Articles 20-23)», en *Commentary Brussels Ibis Regulation* (editado por Ulrich MAGNUS y Peter MANKOWSKI), Colonia, Otto Schmidt, 2015, pp. 534-558; GAMILLSCHEG, Franz. «Labour Contracts», *International Encyclopaedia of Comparative Law*, vol. III, C. 28, pp. 7-28; GUZMÁN ZAPATER, Mónica. «La contribución del Derecho internacional privado a la protección social del trabajador», en *La cohesión social en Iberoamérica* (coordinado por Francisco ALDECOA LUZÁRRAGA y Joaquim-J. FORNER DELAYGUA), Madrid, Marcial Pons, 2008, pp. 25-276; PALAO MORENO, Guillermo. «Article 8: Individual employment contracts», en *Commentary Rome I Regulation* (editado por Ulrich MAGNUS y Peter MANKOWSKI), Colonia, Otto Schmidt, 2017, pp. 577-599; *ID.*, «Reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia de contrato individual de trabajo en España», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social* 2018, n.º 137, pp. 413-436; PÉREZ PACHECO, Yaritza. «Los trabajadores ante el Derecho internacional privado. Un análisis a luz de los problemas de determinación de la jurisdicción de los tribunales venezolanos», en *Estudios de Derecho internacional privado. Homenaje a Tatiana Maekelt* (editado por Víctor Hugo GUERRA, Claudia MADRID MARTÍNEZ y Yaritza PÉREZ PACHECO), Caracas, Escovarleón y Universidad Católica Andrés Bello, 2012, pp. 306-323; SASSEN, Saskia. *La movilidad del trabajo y del capital. Un estudio sobre la corriente internacional de la inversión y del trabajo*, Madrid, Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, 1993.

VOCABLOS CONEXOS: Cláusula arbitral. Competencia judicial internacional. Contrato internacional. Ejecución de sentencias en el extranjero. *Exequatur*. Extranjero. Foro exclusivo. Inarbitrabilidad. Inmunidad

diplomática. Mediación. Obligaciones contractuales. Sumisión expresa. Sumisión tácita. Territorialidad.

DERECHO EXTRANJERO (VER «PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO»)

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

1. Concepto

El DIPr. es aquel sector del ordenamiento jurídico de cada Estado que se ocupa de la regulación jurídica de las *situaciones privadas internacionales*.

La *función* del DIPr. es, por tanto, la regulación de las relaciones jurídicas internacionales entre particulares con arreglo a los criterios de Justicia propios del legislador estatal. Tales criterios pueden variar en el tiempo debido a un cambio de posición del legislador estatal. Y por supuesto, dichos criterios son distintos en cada Estado. Por ello, el DIPr. es distinto en cada Estado, como sucede en las demás ramas del Derecho. El DIPr. español es, pues, una rama del ordenamiento jurídico español. En suma, el DIPr. tiene como objetivo la resolución jurídica de los conflictos de intereses entre los sujetos implicados en las situaciones privadas internacionales.

2. Elementos para la definición del DIPr

En el concepto del DIPr. habrá que desarrollar una doble operación: a) acotar las relaciones sociales reguladas por el DIPr. —precisión del *concepto de situaciones privadas internacionales*—; b) determinar las normas que componen el DIPr. y analizar la función que desarrollan y las relaciones sociales que regulan (precisión del *material normativo* del DIPr. y de su significado). Es evidente que tal operación requiere un estudio en gran profundidad de la realidad social y de la realidad normativa del DIPr.

3. *Denominación*

La denominación «Derecho internacional privado» fue acuñada por J. STORY, juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en su obra *Commentaries on the Conflicts of Law*.

La denominación «Derecho internacional privado» es inexacta porque induce a confusión en torno a dos extremos:

a) *Falsa simetría con el DIPúb.* La denominación parece simétrica a la de DIPúb., cuando no lo es. El DIPr. no se desarrolla ni opera ni regula relaciones entre sujetos de la comunidad internacional (sujetos con personalidad jurídica internacional). El DIPr. es una rama más del ordenamiento jurídico de cada Estado. Consecuentemente, el DIPr. no es, en dicho sentido, Derecho internacional, ni es tampoco una parte del Derecho internacional, a pesar de lo que su denominación pueda llevar a pensar;

b) *El DIPr. como «Derecho privado».* El DIPr. no es exclusivamente Derecho privado, en los sentidos tradicionales del término (Derecho producido por los particulares o Derecho dirigido a satisfacer y proteger los intereses particulares). El DIPr. es *privado* solamente en tanto en cuanto regula relaciones entre particulares entre sí o entre particulares y entes públicos que operan en calidad de tales.

4. *Objeto del Derecho internacional privado*

4.1. *Introducción. Determinación del objeto del DIPr. Las situaciones privadas internacionales como objeto del DIPr*

Entendido el objeto del DIPr. como la *materia* de la que se ocupa el DIPr., puede afirmarse que el objeto de esta disciplina está constituido por las *situaciones privadas internacionales*. Se trata de un sector de la actividad social que presenta caracteres definidos y propios, y que por ello

requiere una regulación específica, —que es la proporcionada por el DIPr.—. En este sentido, deben ser precisados varios aspectos:

a) Caracteres propios de las situaciones privadas internacionales. Las situaciones privadas internacionales presentan ciertos *caracteres distintos* que no concurren en las situaciones de tráfico jurídico interno. Como indicó E BARTIN, se trata de «cuestiones que presentan caracteres originales idénticos para todas, con el fin de formar entre ellas un grupo natural y cerrado de dificultades especiales».

b) Inadaptación del Derecho interno para regular situaciones privadas internacionales. Las relaciones de tráfico privado interno son reguladas por el Derecho civil o mercantil. Como se ha dicho, cuando la relación jurídica privada presenta carácter *internacional*, el objeto a regular, —el material social—, presenta *perfiles cualitativos propios* y demanda una regulación específica por parte del legislador —problema de la opción entre una reglamentación especial para el tráfico externo y su equiparación jurídica al tráfico interno—. El Derecho civil y el Derecho mercantil son sistemas previstos exclusivamente para casos internos; no presentan vocación para regular las situaciones privadas internacionales. Cuando el legislador regula supuestos internos, tiene presentes los caracteres (internos) de tales supuestos, y por tanto no está proporcionando soluciones que puedan proyectarse a los supuestos internacionales.

Las normas y principios del Derecho interno están concebidos para situaciones de tráfico interno. Extender tales normas y principios a las situaciones privadas *internacionales* resultaría inconveniente, pues dicho material jurídico se formula *en clave interna* y no *en clave internacional*. De este modo, por ejemplo, las normas jurídicas del Derecho civil español relativas al matrimonio, —previstas para supuestos *enteramente nacionales*—, no ofrecen cumplida respuesta a las circunstancias tan diferentes que se presentan en un matrimonio con carácter internacional. Las situaciones privadas internacionales requieren, pues, un enfoque nuevo y propio. Tal enfoque jurídico es el que debe proporcionar el DIPr. Debe

ahora precisarse, con la mayor exactitud posible, el *objeto* del DIPr., esto es, debe definirse claramente el concepto de *situaciones privadas internacionales*. Ello requiere un análisis detallado de los términos *privado* e *internacional*.

4.2. *Situación privada: carácter privado de la relación*

Se entiende por *situación privada* aquella en la que los sujetos de la misma ocupan una determinada y misma posición, una posición de *igualdad*. Los sujetos intervinientes deben ser, por tanto, sujetos privados o que actúen en calidad de tales.

4.3. *Tipos de relaciones a las que alcanza la expresión «relación privada»*

En el concepto de «situación privada» deben incluirse las siguientes relaciones jurídicas:

a) *Relaciones jurídicas en las que intervienen sujetos particulares*. Estas relaciones afectan a sujetos privados y pueden adoptar una modalidad «contradictoria», —*ad ex.* litigio entre dos particulares sobre la propiedad de un inmueble—, o no contradictoria, —*ad ex.* petición de declaración de ausencia—.

b) *Relaciones jurídicas en las que interviene un sujeto de Derecho público, —Estado, entes públicos, organizaciones internacionales—, que actúa sin «potestad de imperio»*. Hoy día es muy frecuente la intervención del Estado y otros organismos públicos en la vida económica, mediante la realización de actividades desligadas de la función pública *stricto sensu*. Visto que participan en el comercio internacional despojados de su potestad de *imperium*, operan como sujetos del DIPr. y por tanto, el Derecho público no es aplicable. Debe recordarse, sin embargo, que cuando el Estado actúa en calidad de particular, no adopta *realmente* figura de tal, «pues incluso cuando aparece como ente sin soberanía y usando medios de Derecho privado, opera al

servicio de fines públicos, y en consecuencia, muestra siempre potestades y exenciones exorbitantes y excepcionales».

Puede decirse que, con carácter general, no pertenecen al objeto del DIPr. las relaciones jurídicas *internacionales*, pero en las que interviene un sujeto público que ejercita las potestades que le son propias, esto es, su «poder de *imperium*». Así ocurre, *ad ex.*, en la imposición de tributos por rentas obtenidas en el extranjero, —supuesto de Derecho fiscal internacional—, delitos cometidos en España por extranjeros, —objeto del Derecho penal internacional—, derecho a pensión devengado por cotizaciones realizadas en el extranjero, —cuestión de seguridad social internacional, etc. Sin embargo, cuando el Estado actúa *iure gestionis*, es decir, como si fuera un particular, sí debe considerarse como un sujeto de Derecho privado. En particular, los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables.

4.4. *Situación internacional: carácter internacional de la relación*

4.4.1. *Carácter internacional de la situación jurídica: tesis del elemento extranjero*

Se entiende por «elemento extranjero» cualquier dato presente en la relación que no aparece conectado con la esfera nacional. Una vez comprobada la presencia de tal elemento, la situación privada, en tanto en cuanto forma parte del objeto del DIPr., debe ser regulada por este y no por el Derecho interno. Así, *ad ex.*, el matrimonio entre dos españoles residentes en Londres es un supuesto que presenta un elemento extranjero: la residencia de los contrayentes en otro país. Las normas de nuestro DIPr. no precisan en qué debe consistir tal elemento extranjero, ni su *importancia* o relevancia; tampoco concretan cuál debe ser su *intensidad* o *grado* de internacionalidad, ni tampoco su *naturaleza*. Por ello, resulta preciso de nuevo un estudio del sistema para despejar estas incógnitas, objeto de tradicionales debates doctrinales.

4.4.2. *Función identificadora plena del elemento extranjero*

La tesis que parece resultar más solvente es aquella que acepta plenamente la *función identificadora* del elemento extranjero: la presencia de un elemento extranjero en la situación, la identifica como objeto del DIPr. De este modo, debe considerarse que *cualquier elemento extranjero* presente en la situación privada convierte a esta en una situación *internacional*. No importa pues, en este plano, ni su *naturaleza*, —elemento personal, real, local o *conductista*, etc.—, ni su *intensidad de extranjería*, —más o menos conexión con otros ordenamientos o Estados—, ni su *relevancia*, —importancia objetiva en el contexto de la relación—. El «elemento extranjero», con independencia de sus características, desarrolla así una *función identificadora* del objeto del DIPr., pues determina, con su sola presencia, la existencia de situaciones privadas *internacionales*, y que por tanto, deben ser reguladas por el DIPr. Así, *ad ex.* el contrato de compraventa, celebrado entre dos empresas españolas, sobre una partida de cereales que en el momento de firmar el contrato se halla en Estados Unidos, es un supuesto que contiene un elemento extranjero. Su mera existencia determina que el DIPr., —y no el Derecho civil español—, establezca el régimen jurídico de la compraventa.

4.4.3. *Internacionalidad de la situación privada como presupuesto de aplicación de una normativa concreta de DIPr*

Se trata de verificar si en la situación privada internacional de que se trate concurre un factor de internacionalidad determinado, lo que, en caso afirmativo, justificaría la aplicación de una determinada normativa de DIPr. Así, cuando el Convenio de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 11 abril 1980 requiere para su aplicación que los contratantes posean sus establecimientos en Estados diferentes, tal circunstancia internacional exigida es presupuesto de la aplicación de dicho Convenio internacional. No se quiere decir con ello que, *a contrariis*, una compraventa entre empresas cuyos establecimientos se hallan en España

y que recaiga sobre una partida de mercancías sita en Alemania, no sea internacional.

4.4.4. *Acreditación del elemento extranjero*

La cuestión estriba ahora en determinar qué instancia o parte debe alegar, probar y acreditar la existencia de un *elemento extranjero* en la situación jurídica privada. El problema es importante, pues de la actividad de tal/es sujeto/s depende la aplicación misma de las normas de DIPr. Así, *ad ex.*, si se plantea en España un litigio de separación matrimonial, puede resultar imprescindible acreditar la nacionalidad de los cónyuges: si tal nacionalidad es extranjera, el DIPr. es aplicable. Se trata, pues, de saber si son los cónyuges los que deben poner en conocimiento del juez la eventual nacionalidad extranjera, o si, ante la pasividad de estos, puede el juez acreditar la existencia del elemento extranjero en el caso.

La doctrina ha adoptado distintas posiciones en torno a la cuestión: a instancia de parte o de oficio.

4.4.4.1. *Posición de la jurisprudencia española*

La tesis de la *acreditación de oficio* del «elemento extranjero» parece haber sido la acogida por el TS. Visto que tras las tesis de la *acreditación a instancia de parte* del elemento extranjero se esconde las más de las veces la intención de las partes de lograr la aplicación del Derecho del foro en detrimento del DIPr., el TS se ha pronunciado básicamente sobre la imperatividad del sistema de DIPr. y secundaria pero paralelamente, sobre la acreditación de oficio del elemento extranjero. En efecto, el TS ha asumido esta postura de modo implícito al resolver cuestiones relativas a la imperatividad del DIPr. y a la aplicación de la Ley extranjera. En efecto, surgida la duda razonable sobre la «extranjería del supuesto», el TS ha afirmado la necesidad de otorgar el necesario relieve al «elemento extranjero», lo que conduce a la aplicación de las normas del DIPr. y a desechar la «aplicación directa» del Derecho interno español (STS de 6

junio 1969; STS de 5 noviembre 1971; STS de 13 febrero 1974; STS (Sala 1.ª) de 12 noviembre 1976). La mayor parte de la doctrina española apoya, igualmente, la tesis de la *acreditación de oficio* del «elemento extranjero».

4.4.4.2. *Medios técnicos para la acreditación del elemento extranjero*

El órgano jurisdiccional puede emplear a tal efecto las facultades previstas en el artículo 340 LEC, así como las previstas en los artículos 588.2 y 652.2 LEC. Sin embargo, el mecanismo previsto en el artículo 340 LEC solo procede una vez concluidas las fases de alegación y de prueba, mientras que sería deseable permitir la actuación del órgano jurisdiccional en este sentido tras la fase de alegaciones, con el objetivo de que, en la fase de prueba, las partes pudieran probar el Derecho extranjero, si ha lugar. De esta manera, las partes conocen el Derecho que rige la cuestión debatida y pueden adecuar a tal ordenamiento sus posiciones y conclusiones.

5. *Contenido del DIPr*

El análisis de las situaciones privadas internacionales en DIPr. español debe responder sintéticamente a *tres grandes cuestiones*: a) ¿son competentes los órganos jurisdiccionales u otras autoridades públicas españolas para entrar a conocer del fondo del problema jurídico planteado en torno a una situación privada internacional?; b) si la respuesta al interrogante anterior es afirmativa, ¿cuál es entonces el régimen jurídico, —el Derecho aplicable—, de la situación privada internacional? Se conoce como «conflicto de leyes». Desde esta perspectiva de *Derecho aplicable*, no se trata exclusivamente, de indicar la ley aplicable a las situaciones privadas internacionales, sino de proporcionar el *régimen jurídico* de tales situaciones; c) ¿cuáles son los efectos que producen en España los actos y decisiones extranjeras relativas a situaciones privadas internacionales? De este modo, el contenido del DIPr. está compuesto por este tríptico de materias: a) *competencia judicial internacional*; b) *Derecho aplicable a las si-*

tuciones privadas internacionales; c) validez extraterritorial de actos y decisiones extranjeras.

Por ejemplo, una brasileña residente en España mantuvo, durante años, relaciones con un alemán domiciliado en la República Federal de Alemania. Esta relación tuvo altibajos: vivieron parte del tiempo juntos, él contribuyó a la financiación de una casa para ella e, incluso, llegaron a pensar en contraer matrimonio. Tras la ruptura, el ciudadano alemán reclamó a la brasileña con domicilio en España la restitución del valor de las donaciones por razón del matrimonio que finalmente no se celebró. Qué tribunales debían conocer del caso (1); qué Derecho debían aplicar (2); y, si en el caso de una eventual condena de cantidad, la sentencia gozaría de eficacia extraterritorial (3); son las tres cuestiones fundamentales que interesan al DIPr.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. «Objeto del DIPr. y especialización normativa», *ADC*, 1993, pp. 1109-1151; DE ANGULO RODRÍGUEZ, M. «Objeto, contenido y pluralidad normativa en Derecho internacional privado», *REDI*, 1970, pp. 745-772; CALVO CARAVACA, A. L. «Noción y contenido del DIPr.», *RGD*, n.º 508-509, 1987, pp. 5-31; CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. «El Derecho internacional privado: concepto, caracteres, objeto y contenido», en CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs.). *Tratado de Derecho internacional privado*, tomo I, Tirant lo blanch, Valencia, 2020, pp. 83-185; FERNANDEZ ARROYO, D. P. «L'influence des conventions internationales sur l'actualisation du droit international: le cas latino-américain», en *Permeabilité des ordres juridiques, Rapports présentés à l'occasion du colloque - anniversaire de l'Institut suisse de droit comparé*, 1992, pp. 217-234; FERNANDEZ PRIDA, J. *La relación de Derecho internacional privado, Estudios de Derecho internacional público y privado*, Madrid, Librería V. Suárez, 1901, pp. 241-256.

*Autora: Esperanza Castellanos Ruiz
(Catedrática de Derecho Internacional Privado,
Universidad Carlos III de Madrid)*

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO AUTÓNOMO

Previo a adentrarnos en el concepto de Derecho internacional privado autónomo, es importante señalar que cada país proclama un conjunto de normas de Derecho internacional privado (DIPr) a los fines de fomentar la coordinación entre el ordenamiento del foro y los sistemas normativos extranjeros, con los cuales surgen o puedan surgir situaciones *iusprivatistas* internacionales. El objetivo esencial consiste en mejorar la inserción de un sistema jurídico en particular en el contexto global. En la actualidad, estos contactos con ordenamientos jurídicos extranjeros son cada vez más complejos en función del avance de la globalización y del creciente movimiento de personas a través de las fronteras (DREYZIN DE KLOR, 2015).

En este marco, podemos mencionar diversas dimensiones de producción jurídica que rigen en el presente y que conforman el entramado normativo de esta disciplina. Hacemos referencia a las diferentes fuentes normativas que nutren el DIPr y a las cuales el operador del Derecho acude para dar solución a las controversias privadas internacionales. Generalmente, los sistemas jurídicos reconocen normas de DIPr de origen convencional, institucional (regional o universal), transnacional o *lex mercatoria* y autónoma.

1. Definición

El DIPr autónomo, de fuente interna o de fuente estatal, es aquel que emerge dentro de un Estado determinado y, en consecuencia, difiere según la legislación que se analice. Son normas destinadas a regir situaciones privadas con elementos extranjeros pero nacidas en el seno local.

Las reglas que componen esta dimensión autónoma son elaboradas por los órganos con competencia legislativa, de acuerdo a lo que marca la regulación constitucional de ese país. Esta fuente normativa suele reflejar la concepción de justicia acogida por cada nación.

Paralelamente, como mencionan los maestros españoles Fernández Rozas y Sánchez Lorenzo (2015) no debemos olvidar la importancia de la jurisprudencia y la doctrina en el fortalecimiento del Derecho internacional privado autónomo. Es en este espacio donde por lo general se gestan las reglas de competencia judicial, ley aplicable o reconocimiento de decisiones extranjeras.

Definido el concepto, corresponde apuntar que esta dimensión no está exenta de complejidades. El representante local puede optar por diversas fórmulas para desplegar su labor en la esfera del DIPr autónomo; una ley especial de DIPr tal cual adoptan los sistemas más formales como el suizo (Ley Federal sobre Derecho Internacional Privado), el belga (Código de Derecho Internacional Privado), el austríaco (Ley sobre de Derecho Internacional Privado), el italiano (Ley Italiana de Derecho Internacional Privado), el rumano (Ley rumana sobre Derecho Internacional Privado) y el venezolano (Ley de Derecho Internacional Privado). Otros adoptan las respuestas para las relaciones jurídicas multinacionales en sus Códigos Civiles como el caso del Código Civil de Quebec y el Código Civil del Perú. Algunos mantienen un sistema intermedio como Alemania que adopta una Ley introductoria incluida en el Código Civil (RODRÍGUEZ BENOT y CAMPUZANO DÍAZ, 2018).

Determinadas legislaciones se caracterizan por un sistema de dispersión normativa. Este fraccionamiento subyace en que las normas de fuente autónoma se encuentran diseminadas en un sinnúmero de leyes, cuerpos legales distintos y de diverso rango. Los obstáculos que conlleva esta política es que en muchas ocasiones puede tornarse engorroso la elección de la norma que va a regir cada supuesto. También pueden existir disfunciones en cuanto a las materias reguladas ya que cuantitativamente

se contempla mayor desarrollo normativo en algunas áreas y menos en otras. Un punto que merece atención es que estas reglas pueden haber sido creadas en múltiples contextos y por ende, reflejar diversos intereses protegidos lo que muchas veces acarrea contradicciones, lagunas y ambigüedades (FERNÁNDEZ ARROYO, 2003).

En estos sistemas dispersos, el DIPr autónomo convive con un sinfín de normas elaboradas en los diferentes ámbitos de producción normativa —estatales o supraestatales— como las convenciones internacionales, que los Estados pueden ratificar o no. A su vez, deciden los mecanismos de incorporación, interpretación, aplicación y la jerarquía que tendrán en el abanico legislativo local. En muchos sistemas se reconoce el carácter supletorio de las normas de fuente interna.

En este escenario, la gran jurista argentina Adriana DREYZIN DE KLOR (2015) afirma que no existe una postura concluyente en la legislación comparada, sobre si resulta más beneficioso dotar al DIPr de autonomía legislativa o mantener su anexión en los códigos civiles. No obstante, en América —según haremos mención— es clara la tendencia a la recepción del DIPr autónomo en leyes especiales.

Por otra parte, cabe preguntarse el funcionamiento del DIPr autónomo frente a los procesos de integración regional con fuerte protagonismo a partir de la globalización mundial. En estos nuevos espacios, se originan, se desarrollan y se concluyen una multiplicidad de relaciones jurídicas transnacionales. En otras palabras, se multiplica el tráfico jurídico externo. Por supuesto, estas cuestiones requieren respuestas concretas desde el Derecho internacional privado. Frente a bloques regionales como la Unión Europea, rigen normas supranacionales de DIPr con jerarquía normativa superior a las leyes de los Estados miembros. Ante esta situación, el lector puede cuestionarse si aún en esta etapa de integración resulta necesaria la dimensión autónoma. Lo cierto es que todavía existe un cúmulo de situaciones jurídicas con elementos extranjeros

no alcanzadas por la normativa comunitaria. Por lo tanto, resulta esencial la labor del legislador estatal o nacional (SCOTTI, 2018).

2. Panorama de DIPr autónomo en América

Hechas estas aclaraciones preliminares resulta interesante hacer una breve descripción sobre los modelos de DIPr autónomo acogidos en la región latinoamericana.

Uno de los países pioneros en materia de DIPr autónomo es Venezuela con su Ley de Derecho Internacional Privado de 1998. Dicha ley se divide en 12 capítulos con 64 artículos en total, donde se regulan aspectos cardinales de la materia como: las disposiciones generales, domicilio, personas, familia, bienes, obligaciones, sucesiones, forma y prueba de los actos, jurisdicción y competencia, eficacia de las sentencias extranjeras, y procedimiento. Esta ley especial consagra la autonomía legislativa y se enmarca en las modernas tendencias del Derecho internacional privado en la actualidad.

En esta línea también se inscribe la Ley 554-14 sobre Derecho Internacional Privado de la República Dominicana, vigente desde diciembre de 2014. Anteriormente las normas que daban respuestas a los conflictos derivados del tráfico privado internacional se encontraban esparcidas en el Código Civil y leyes especiales. Sin embargo, se consideró esencial para afianzar el Estado de derecho en ese país dictar esta ley conforme a las modernas corrientes reguladoras, y en consonancia con las demandas actuales y futuras. La ley otorga cobertura a los problemas reinantes del Derecho internacional privado: la jurisdicción de los tribunales locales, derecho aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones y actos extranjeros.

En cuanto a su alcance, se excluyen de manera expresa los conflictos de carácter administrativo, el arbitraje comercial, así como la quiebra. A ni-

vel regional, esta ley se perfiló como un modelo para los restantes países de la región.

Durante ese mismo año, resultó aprobado el Código de Derecho Internacional Privado de la República de Panamá, no sin fuertes rechazos de los sectores bancarios y marítimos que argumentaban que la aplicación de la ley atenta directamente con los intereses económicos de la República. Una de las principales críticas fue la regulación en torno al contrato de préstamo internacional que exige un tribunal neutral para los conflictos derivados en este tipo de convenios (MADRID MARTÍNEZ, 2014).

En el caso de Argentina, durante más de un siglo fue el Código Civil de Vélez Sarsfield (1869) el que reunía un cúmulo de normas privatistas internacionales provenientes de la dimensión autónoma. Claro está, que las situaciones jurídicas contempladas por el brillante codificador difieren profundamente de las problemáticas actuales, desencadenadas durante la era de la modernidad. Por tal motivo, en octubre de 2014 se aprobó la Ley 26.994 y el 1 de agosto de 2015 entró en vigor el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, columna vertebral del DIPr autónomo en ese país. Las normas de esta disciplina se encuentran agrupadas en el libro sexto, título IV. Si bien no se logró eliminar el fraccionamiento normativo —ya que subsisten normas de DIPr en la Ley General de Sociedades, Ley de la Navegación, en los códigos procesales de cada provincia, entre otros— la dispersión disminuyó de manera significativa.

Como menciona la Dra. DREYZIN DE KLOR (2015) —quien integró la Comisión Reformadora— las normas argentinas de Derecho internacional privado encuentran sus fuentes inspiradoras en legislaciones modernas como las citadas al inicio (Código Civil de Quebec de 1994, libro X; Ley Federal sobre Derecho Internacional Privado de Suiza; la Ley Italiana de Derecho Internacional Privado, 1995; el Acta Introdutoria del Código Civil alemán, 2009; el Código Civil del Perú, etc.), así como en los tratados de fuente convencional.

Los aspectos más destacables de la normativa giran respecto a cuestiones claves como la aplicación e interpretación del Derecho extranjero, el reenvío, la inserción de una cláusula general de excepción, las normas internacionalmente imperativas, el fraude a la ley, el orden público y norma de armonización de sistemas jurídicos. También se reglamentó la jurisdicción internacional. Lo más novedoso radica en que refiere a derechos fundamentales como el acceso a la justicia y debido proceso. Seguidamente, se regula la parte especial donde se legislan institutos básicos como: la persona física, matrimonio, uniones civiles, filiación, adopción, sucesiones, personas jurídicas, actos jurídicos, contratos, y muchos más, que responden a las problemáticas propias del siglo XXI.

Sin dudas, la entrada en vigencia de este Código Civil marcó un hito para la regulación y sistematización del Derecho internacional privado en ese país.

También la República del Perú agrupa en su Código Civil las normas de DIPr, más específicamente en el libro X del Código Civil (1984), que se divide en cuatro títulos: el título I sobre disposiciones generales, título II competencia jurisdiccional, título III ley aplicable, título IV referido a reconocimiento y ejecución de sentencias y fallos arbitrales extranjeros.

En cuanto a Paraguay —con marcada dispersión normativa— las principales normas de DIPr se incorporan en el Título Preliminar del Código Civil (artículos 11 al 26) vigente desde 1987, que sustituyó al Código Civil de Vélez Sarsfield importado de Argentina. Uno de los grandes avances de esta modificación fue la unificación con el Código de Comercio a semejanza del Código Civil italiano de 1942. Más tarde, el Código Civil paraguayo fue modificado por leyes especiales que contemplan situaciones internacionales en materia de familia, menores, propiedad intelectual y sociedades. Un novedoso avance ocurrió a principios de 2015 con la sanción de la Ley 5393 sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales que modificó los artículos 14, 17, 297, 687 y 699 del Código Civil paraguayo.

En materia procesal, la Ley 1337 sobre procedimiento civil, en vigencia desde 1988 regula la competencia de los jueces y su carácter (artículos 2 y 3), las comunicaciones a autoridades judiciales extranjeras a través de exhortos (artículo 129), la ejecución y eficacia de sentencias y laudos arbitrales dictados por tribunales extranjeros (artículos 532 al 537). El proceso arbitral encuentra tratamiento en el libro V.

Por su parte, la República Federativa de Brasil, la primera ley de DIPr es la Ley de Introducción al Código Civil (1942) hoy llamada Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño. Por otra parte, cuadra destacar el nuevo Código de Procedimiento Civil Ley 13.105 (2015) que en los artículos 26 a 41 incorpora normas sobre cooperación internacional, que dan lugar a un valioso sistema de Derecho procesal civil internacional junto con los artículos 21 al 25. En lo que respecta al reconocimiento de decisiones extranjeras se regulan en los artículos 960 a 965.

Una propuesta legislativa de reciente aprobación (noviembre 2020), es la Ley General de Derecho Internacional Privado de Uruguay que luego de 26 largos años de gestación —acompañada del esfuerzo de notables juristas como Didier Operti Badán— fue finalmente aprobada por el Parlamento. Desde 1941, las normas de DIPr autónomo uruguayo se hallaban reunidas en el Apéndice del Código Civil de 1868 (artículos 2393 al 2405). También existen algunas normas de DIPr en el Código de Comercio y en leyes especiales sobre sociedades comerciales, sobre mercado de valores, legalización de documentos extranjeros, entre otras.

La Ley se destaca por la inclusión de una parte general donde se detalla el sistema de fuentes, aplicación de oficio e interpretación del Derecho extranjero, el orden público internacional, las normas internacionalmente imperativas, el reenvío, entre otros puntos. En la parte especial se incluyen disposiciones sobre las personas físicas y jurídicas, la protección de instituciones de familia, las sucesiones, los bienes, actos jurídicos, obligaciones contractuales y más. La invitación culmina con el título XII donde se regula la jurisdicción internacional.

Un proyecto latente es la Ley Modelo de Derecho Internacional Privado de México encabezado por la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado, que cumple con los fenómenos de mundialización de las relaciones internacionales. El proyecto abarca el Derecho de familia, el Derecho comercial y la jurisdicción internacional de los tribunales mexicanos.

Recientemente (septiembre 2020) luego de dos años de arduo trabajo se presentó el Anteproyecto de Ley de Derecho Internacional Privado de Chile. En ese país, las relaciones privadas internacionales se encuentran reguladas en varios dispositivos normativos o disposiciones contenidas en distintos Códigos. En la exposición de motivos se destaca la necesidad de contar con una ley actual sobre DIPr que regule de manera armonizada las relaciones jurídicas transfronterizas. El proyecto se divide en cuatro áreas fundamentales: la competencia judicial internacional de los tribunales chilenos, Derecho aplicable, reconocimiento extraterritorial de actos y decisiones, y cooperación jurídica internacional en materia civil y comercial.

Países como el Estado Plurinacional de Bolivia se caracterizan por una marcada fragmentación y escasa normativa de origen estatal que contemple el tráfico jurídico externo. Así, encontramos normas de DIPr en el Código Niño, Niña y Adolescente (2014), en el Código de las Familias y del Proceso Familiar (2014), en el Código Procesal Civil (2013), en la Ley del Órgano Judicial (2010), en el Código Civil (1975 y modificaciones) y en el Código de Comercio (1977 actualizado en 2012). También en leyes especiales. Subrayamos que existe un Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado (2009) que sigue los lineamientos de la Ley de Derecho Internacional Privado de Venezuela de 1998.

De manera similar ocurre en la actual regulación colombiana que evidencia carencias en todos los sectores que integran la disciplina objeto de estudio. Algunas normas se pueden observar en el Código General del Proceso (artículo 28), Código Civil (artículo 18 a 21) y Código de

Comercio (artículo 80 y artículo 874). De todos modos, resulta interesante la Ley Modelo de DIPr presentada en abril de 2014 para el ámbito de la Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en el Caribe (OHADAC) que permitirá dotar de un eficaz y moderno sistema de normas privatistas internacionales.

3. Situación en España

El DIPr español, se identifica por una marcada dispersión normativa; no existe una ley especial que se encargue de dar respuesta las situaciones con elementos extranjeros. A grandes rasgos, las normas elaboradas por el legislador en dispareos momentos históricos se encuentran desperdigadas en textos normativos diversos y de distinta jerarquía. Tal fragmentación se observa claramente en el campo de la ley aplicable a los conflictos transfronterizos. Podemos mencionar los artículos 8 a 16, 40 y 41, 49 a 51, 65, 66, 416, y tantos más, del Código Civil español (1889). Las leyes especiales como Ley de Registro Civil, Ley Hipotecaria, Estatuto de los Trabajadores, Ley de Patentes, Ley de Propiedad Industrial, etc. también concentran normas de DIPr.

En cuanto a los problemas procesales, reciben tratamiento en los artículos 21 a 25 Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) —modificada por LO 7/2015—. También se hallan algunos preceptos en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 (artículos 36, 38, 39, 52, 63, 65, 416, 722, y más). El reconocimiento de sentencias foráneas fue reformado por la Ley 29/2015 sobre Cooperación jurídica internacional en materia civil, que concentra cuestiones fundamentales del DIPr como el régimen de cooperación jurídica internacional, la notificación en otras jurisdicciones y la práctica y obtención de pruebas en el extranjero. Por otro lado, en materia de DIPr de familia las normas son mayoritariamente de origen comunitario ya que todos los Reglamentos son aplicables en España.

En este contexto, calificada doctrina considera que muchos de los problemas actuales de la fuente interna podrían ser superados a través de la

sanción de una ley especial de Derecho internacional privado. Más que nada para favorecer la interpretación y aplicación de las normas *iusprivatistas* internacionales a los fines de fortalecer la seguridad jurídica.

*Autora: Laura Martina Jeifetz
(Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: DREYZIN DE KLOR, Adriana. «A propósito de los principios y las fuentes de las normas de Derecho internacional privado en el nuevo Código Civil y Comercial», *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, vol. VI, n.º 1, Nueva Serie II, 2015; DREYZIN DE KLOR, *El Derecho internacional privado actual*. Tomo 1, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Zavalía, 2015; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (coord.). *Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay*. Buenos Aires, Zavalía, 2003; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Derecho internacional privado*, 8.ª ed., Madrid, Civitas Ediciones, 2015; MADRID MARTÍNEZ, Claudia. «Panamá: la Ley que contiene el Código de Derecho internacional privado en entredicho». *Cartas Blogatorias. El Blog de los Litigios Internacionales*, 2014. Disponible en: <https://cartasblogatorias.com/2014/10/17/panama-la-ley-que-contiene-el-codigo-de-derecho-internacional-privado-en-entredicho/> Fecha de consulta: 23/10/2020; RODRÍGUEZ BENOT, Andrés (dir.) y CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz, *Manual de Derecho Internacional privado*, 5.ª ed., Madrid, Tecno, 2018; SCOTTI, Luciana, «Los escenarios del Derecho internacional privado actual: globalización, integración y multiculturalidad», en: FERNÁNDEZ ARROYO, Diego, MORENO RODRÍGUEZ, José A. (coords.). *Derecho internacional privado y derecho de la integración. Libro homenaje a Roberto Ruiz Díaz Labrano*. CEDEP, Asunción, 2013.

VOCABLOS CONEXOS: Derecho internacional privado. Derecho internacional privado europeo. Fuentes del Derecho internacional privado.

DERECHO INTERREGIONAL

El Derecho interregional es el sistema de solución de los conflictos internos del ordenamiento jurídico plural español.

1. Plurilegislación

Históricamente, el proceso de codificación europeo que se inicia en Francia con el Código napoleónico de 1804 llega a España tempranamente (artículo 258 de la Constitución de 1812). No obstante, la muy convulsa vida política española durante el siglo XIX impide la existencia de un Código Civil hasta 1889 y se renuncia, además, a que este Código sea de aplicación general en todo el territorio del Estado. Con relación a la última afirmación, la Ley de Bases de 11 de mayo de 1888, por la que se autoriza al Gobierno para publicar un Código Civil con arreglo a las condiciones y bases establecidas en la misma, recoge en su artículo 5 que «Las provincias y territorios en que subsiste Derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico por la publicación del Código, que regirá tan solo como supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquellas por sus leyes especiales».

El Código mantendrá la vigencia de los Derechos forales (artículos 12, 13 y 1976) aunque se contemplen como una realidad transitoria; la provisionalidad se explica porque en 1880 se había proyectado un proceso donde las reglas particulares vigentes en los territorios forales quedaran reunidas para, en un futuro, ser incorporadas al Código como Apéndices. Esta primera intención convergente no tendrá apenas reflejo en la realidad —solo se publicará el apéndice de Aragón en 1925— y con los años se transforma en un proceso divergente donde se procede a realizar Complicaciones de Derechos forales (que serán promulgadas desde 1959 a 1973). El Código Civil (con el Decreto 1836/1974 de 31 de mayo por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil) refleja el cambio de paradigma eliminando

cualquier rasgo de transitoriedad de los Derechos forales y proclamando en cambio el «pleno respeto a los derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que están vigentes» (artículo 13.2 CC).

Con la Constitución española de 27 diciembre de 1978, la pluralidad normativa en España adquiere rango de directriz constitucional que se asegura al utilizar la vía del reparto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas. Así, como un ejemplo —ya que no es este el único título que permite la plurilegislación española—, el artículo 149.1.8 de la Constitución asegura «la conservación, modificación y desarrollo por las comunidades autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan». Estas comunidades son Aragón, Baleares, Cataluña, Galicia, Navarra y País Vasco. Con la interpretación de este artículo por el Tribunal Constitucional (desde la Sentencia 88/1993 de 12 de marzo hasta la 132/2019, de 13 de noviembre de 2019), la competencia *ratione materiae* sobre el Derecho civil de las denominadas «comunidades forales» encuentra muy escasos límites.

2. *Derecho interregional*

Si el Derecho internacional privado tiene como función la coordinación de aquellos ordenamientos jurídicos donde se localiza una situación jurídica heterogénea para que su regulación sea coherente, esto mismo se puede decir respecto del Derecho interregional (aunque aquí los ordenamientos sean infraestatales). Este paralelismo es un argumento principal por la que el modelo de solución internacional privatista sirve también para el ámbito interregional y es el modelo por el que se optó en el Código Civil original y cuyas reglas han sido objeto de muy escasas reformas (la más importante, con el Decreto 1836/1974 de 31 de mayo por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil).

Este modelo de remisión del Derecho interregional al Derecho internacional privado es el que se recoge en el artículo 16.1 del Código Civil:

«Los conflictos de leyes que puedan surgir por la coexistencia de distintas legislaciones civiles en el territorio nacional se resolverán según las normas contenidas en el capítulo IV [...]». No obstante, el sistema de solución de conflictos de Leyes internos no puede ser completamente simétrico al Derecho internacional privado y por ello se añaden ciertas particularidades.

La primera consiste (artículo 16.1.1.^a) en mutar la conexión personal tradicionalmente utilizada en el ámbito internacional privatista (nacionalidad) por otra que pueda ser útil a los efectos interregionales: la vecindad civil (cuya regulación se contiene en los artículos 14 y 15 del Código Civil). Las siguientes consisten en eliminar de la ecuación interregional tres figuras relativas a la aplicación de la norma de conflicto puesto que no son necesarias dado que no pueden ocurrir en el ámbito interno: calificación, remisión y orden público (artículo 16.1.2.^a). Por último, en el artículo 16 párr. 2 y 3 se establecen reglas de adaptación (material y conflictual) relación al usufructo vidual aragonés y los efectos del matrimonio entre españoles.

La remisión del Derecho interregional a las normas de Derecho internacional privado lo es en realidad a las soluciones previstas por el legislador español, sin que tengan cabida otras reglas de solución que provengan de tratados internacionales o reglamentos de la Unión Europea. Así ocurre en la materia de efectos matrimoniales (artículo 9.2 CC), sucesiones *mortis causa* (artículo 9.8 CC), obligaciones contractuales (artículo 10.5 CC), donación (artículo 10.7 CC) o forma de los actos jurídicos (artículo 11 CC).

Mención aparte merece la materia de alimentos, donde el legislador español (artículo 9.7 CC) incorpora por referencia las soluciones del Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias. De esta manera, si para la solución de los conflictos internos en materia de derecho de alimentos el artículo 16 CC ordena la aplicación del artículo 9.7 CC que, a su vez, remite al Protocolo

de La Haya, implícitamente se extiende el ámbito de aplicación del Protocolo a los conflictos internos.

3. *Límites europeos al Derecho interregional*

El Derecho interregional soluciona los conflictos internos de leyes; pero ¿qué son tales conflictos internos? Esta cuestión es de importancia capital en la actualidad porque el Derecho de la Unión Europea ha comenzado a regular las materias relativas al Derecho de familia y las sucesiones *mortis causa* que constituyen el núcleo fundamental de los Derechos forales (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 materia de obligaciones de alimentos, Reglamento 650/2012 de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo, Reglamento 2016/1103 de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales y Reglamento 2016/1104 de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas).

El Derecho de la Unión Europea está dotado de gran fuerza expansiva y es susceptible de afectar (aplicarse) a cualquier situación que tenga un grado de vinculación «europea», lo que se determina (e interpreta por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea) a la vista de la norma encausada. En este sentido, la STJUE de 16 de julio de 2020, E. E., C-80/19 establece la aplicabilidad del Reglamento de sucesiones cuando esta sea transnacional por la presencia de elementos (sujetos, bienes, actos, etc.) transfronterizos.

Resulta además que los Reglamentos en materia de familia y sucesiones contienen unas cláusulas de exclusión de los conflictos internos. Estos artículos son de un tenor similar; como ejemplo, el artículo 35 Reglamento en materia de regímenes económicos matrimoniales expresa que «Los Estados miembros que comprendan varias unidades territoriales con sus propias normas en materia de regímenes económicos matrimoniales no estarán obligados a aplicar el presente Reglamento a los conflictos de leyes que se planteen entre dichas unidades territoriales exclusivamente». Estas cláusulas de exclusión tienen la particularidad de delimitar el ámbito de aplicación que le va a corresponder al Derecho interregional.

La interpretación del límite de aplicabilidad de los Reglamentos de la Unión Europea (los «conflictos de Leyes exclusivamente internos») le corresponderá al Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Las dos Sentencias del TJUE que tratan del ámbito de aplicación del Reglamento de sucesiones han trasladado su doctrina tradicional de forma que la presencia de cualquier elemento transfronterizo supone la aplicabilidad del Reglamento correspondiente. Pero esta jurisprudencia también tiene un desarrollo relacionado con las situaciones potencialmente transfronterizas que, en el ámbito de la libre circulación de personas y en concreto, de los asuntos civiles con repercusión transfronteriza genera consecuencias inmediatas sobre el Derecho interregional que lo convierten en un sistema residual, difícilmente aplicable.

4. *La individualización del Derecho español aplicable*

La utilización de un modelo de remisión indirecto/subsidiario en la mayoría de Reglamentos de la Unión Europea sobre familia y sucesiones, han puesto el foco en una función que desarrolla el sistema de solución de conflictos internos: la individualización del Derecho territorial (español) aplicable. Un ejemplo para ilustrar el problema: si en aplicación del Reglamento sobre sucesiones *mortis causa*, la norma de conflicto ordena la aplicación del Derecho español, será necesario concretar cuál de los 7

Derechos civiles territoriales españoles será el finalmente aplicable. El artículo 36 del Reglamento ofrece dos soluciones.

La primera establece el método indirecto: «1. En el caso de que la ley designada por el presente Reglamento fuera la de un Estado que comprenda varias unidades territoriales con sus propias normas jurídicas en materia de sucesiones, las normas internas sobre conflicto de leyes de dicho Estado determinarán la unidad territorial correspondiente cuyas normas jurídicas regularán la sucesión».

Con la segunda, subsidiariamente, en defecto de tales normas españolas se postulan una serie de reglas: «2. A falta de tales normas internas sobre conflicto de leyes: a) toda referencia a la ley del Estado a que hace referencia el apartado 1 se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo a las disposiciones relativas a la residencia habitual del causante, como una referencia a la ley de la unidad territorial en la que este hubiera tenido su residencia habitual en el momento del fallecimiento; [...]».

La cuestión se centra en la existencia y extensión de tales «normas internas sobre conflicto de leyes» que permitirían la individualización del Derecho territorial español aplicable y las soluciones ofrecidas por la doctrina y la Jurisprudencia española a este problema no son ni mucho menos unívocas. Desde mi punto de vista, el Derecho interregional español solo tiene una regla que pudiera ser aplicable para aquellos supuestos en los que la nacionalidad de una persona fuera considerada como conexión para determinar la aplicación del Derecho español; en este caso, el artículo 16.1.1.^a CC permitiría utilizar la vecindad civil del sujeto a los efectos de concretar el Derecho territorial español aplicable. Para el resto de conexiones (residencia habitual, *lex fori*, etc.) se deberán utilizar las soluciones subsidiarias de los reglamentos europeos.

Sin embargo, la aplicación de esta circunstancia personal del sujeto español (vecindad civil) genera una diferenciación respecto del resto de

ciudadanos de la Unión que bien pudiera ser contrario al principio de no discriminación por razón de nacionalidad.

Como se ve, la aparición de un nuevo sistema (de la Unión Europea) de normas de conflicto, no solo ha roto con la tradicional unidad de soluciones de los conflictos de Leyes internacionales o interregionales sino que plantea problemas de adaptación y compatibilidad entre el Derecho interregional y el Derecho de la Unión.

Autor: Dr. José Javier Pérez Milla

(Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ARCE JANÁRIZ, A. *Comunidades autónomas y conflictos de leyes*, 1988; ARENAS GARCÍA, R. «Pluralidad de derechos y unidad de jurisdicción en el ordenamiento jurídico español», en *La aplicación del Derecho civil catalán en el marco plurilegislativo español y europeo*, 2011, pp. 51 a 83; BAYOD LÓPEZ, C. «Derecho aragonés. Puntos de conexión y normas de conflicto» en *Consejo General del Poder Judicial. Formación a distancia*, n.º 1, 2017; BORRÁS RODRÍGUEZ, A. «Les ordres plurilégislatifs dans le Droit International privé actuel», *Recueil des Cours* (1994), The Hague, 1995, vol. 249; CALATAYUD SIERRA, A. «Derecho interregional, Código Civil y Reglamento Europeo de Sucesiones», en *Revista Jurídica del Notariado*, 2013, n.º 86, pp. 479 a 508; CHRISTANDL, G. «Multi-Unit States in European Union Private International Law» en *Journal of Private International Law*, 2013, vol. 9, n.º 2, pp. 219 a 244; FONT I SEGURA, A. «The EU Regulation on Succession Matters and the Territorial Conflicts of Laws within the European Boundaries» en BERGÉ, J., FRANCO, S. y GARDEÑES SANTIAGO, M. (dir.). *Boundaries of European Private International Law: Les frontières du droit international privé européen/Las fronteras del Derecho internacional privado europeo*, 2015, pp. 59 a 77; FONT I SEGURA, A. «La remisión intracomunitaria a sistemas plurilegislativos en el Reglamento 650/2012 en materia de sucesiones», en CALVO VIDAL, I. A. (dir.). *El nuevo marco de las sucesiones internacionales en la Unión Europea*, 2014, pp. 75 a 121; IRIARTE ANGEL, F. B. «La identidad de normas para

resolver los conflictos de leyes internos e internacionales. Antecedentes y actualidad: especial referencia a los conflictos en materia de Derecho de familia y sucesiones» en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 94, 768, 2018, pp. 2250 a 2280 ; PARRA RODRÍGUEZ, C. «La implementación en el ordenamiento catalán del Derecho internacional de alimentos: especial referencia al Reglamento 4/2009», en *Nuevos reglamentos comunitarios y su impacto en el Derecho catalán*, 2012, p. 155 ; PÉREZ MILLA, J. J. *Conflictos internos de leyes españolas, en la frontera*, Zaragoza, 2010; PÉREZ MILLA, J. J. «Un Derecho interregional entre gigantes» en VV. AA. *Cincuenta años de Derecho civil aragonés*, 2018, pp. 75 a 106 ; PÉREZ MILLA, J. J. «Punto de conexión con el Derecho de la Unión, Libre circulación de personas, repercusión transfronteriza de asuntos civiles y Derecho interregional español» en *La Ley Unión Europea*, n.º 88, enero de 2021; QUINZÁ REDONDO, P. y CHRISTANDL, G. «Ordenamientos plurilegislativos en el Reglamento (UE) de Sucesiones con especial referencia al ordenamiento jurídico español» en *Indret*, n.º 3, 2013, pp. 9 a 27; SOTO MOYA, M. «El Reglamento (UE) 2016/1104 sobre régimen patrimonial de las parejas registradas: algunas cuestiones controvertidas de su puesta en funcionamiento en el sistema español de Derecho internacional privado», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 35, 2018.

DERECHO UNIFORME

1. Definición

La expresión «Derecho uniforme» indica un conjunto de normas jurídicas de idéntica redacción que son vinculantes a nivel general en al menos dos jurisdicciones en las que se supone que deben interpretarse y aplicarse de la misma manera. El Derecho uniforme «internacional» es el resultado de esfuerzos específicos para la creación de un Derecho que pretende ser el mismo a nivel internacional. En los casos en que no exista este *animus unificandi*, es posible que las leyes de las diferentes jurisdicciones sean idénticas entre sí, pero no constituirán, sin embargo, un Dere-

cho uniforme internacional. Por ello, por ejemplo, la creación espontánea y no intencionada de normas jurídicas de idéntica redacción en diferentes jurisdicciones como respuesta a problemas similares que surgen en la práctica no puede constituir Derecho uniforme internacional. Lo mismo ocurre con la recepción unilateral de normas jurídicas extranjeras, aunque esto puede dar lugar a que las normas jurídicas de diversas jurisdicciones sean idénticas no puede dar lugar a Derecho uniforme internacional, ya que las normas jurídicas recién introducidas se interpretarán y aplicarán independientemente de su modelo extranjero.

El Derecho que simplemente está «armonizado», es decir, el Derecho que no se ha creado con la intención de eliminar las diferencias existentes, sino más bien con el objetivo de reducir simplemente esas diferencias (como es el caso del Derecho originado por la mayoría de las directivas de la Unión Europea) no constituye Derecho uniforme. Esto no significa que solo las normas jurídicas que se corresponden plenamente entre sí puedan considerarse como Derecho uniforme. Si así fuera, sería imposible hablar de Derecho uniforme, ya que las normas jurídicas que se corresponden plenamente son muy raras, incluso cuando la redacción de las normas jurídicas es idéntica. Las razones de estas divergencias son múltiples, como el hecho de que los textos uniformes suelen estar redactados en idiomas diferentes y se interpretan y aplican de manera diferente en la práctica. Por lo tanto, el punto de partida para determinar si nos encontramos frente a una norma de Derecho uniforme es el grado de similitud previsto en las normas jurídicas en cuestión. Cuando se pretende el máximo grado, es decir, cuando se supone que la ley es una y la misma, puede existir un Derecho uniforme a pesar de cualquier factor que pueda tener un impacto negativo en la uniformidad. Sin embargo, cuando desde el principio los esfuerzos se dirigen simplemente a la creación de un Derecho similar y armonizado, no se puede hablar de Derecho uniforme.

De lo que se acaba de decir se desprende que la identidad de aplicación e interpretación que se pretende dar a las normas jurídicas es una carac-

terística del Derecho uniforme. Sin embargo, el ámbito del Derecho que ha de unificarse es completamente irrelevante a los efectos de definir el concepto en cuestión, ya que el «Derecho uniforme» indica no tanto un ámbito del Derecho como su condición, su estado. Por consiguiente, los esfuerzos encaminados a la creación de un Derecho uniforme pueden referirse a las esferas del Derecho más dispares. Pueden, por ejemplo, relacionarse con la esfera del Derecho internacional privado, así como con la esfera del Derecho material. En lo que respecta a esta última, hay que distinguir entre el Derecho material uniforme ilimitado y el limitado.

El Derecho material uniforme ilimitado está constituido por normas jurídicas que rigen también las situaciones puramente internas, por lo que este tipo de Derecho sustantivo uniforme es bastante raro (no obstante, hay algunos ejemplos, como las normas establecidas por el Convenio que establece una ley uniforme sobre letras de cambio y pagarés, de 7 de junio de 1930, y el Convenio que establece una ley uniforme sobre cheques, de 19 de marzo de 1931). En cambio, el Derecho material uniforme limitado rige únicamente las situaciones transfronterizas, es decir, las situaciones que tienen relación con más de un país. A diferencia del Derecho material uniforme ilimitado, el Derecho material limitado no tiene por sí mismo repercusiones en el Derecho interno. Esto constituye una ventaja en la medida en que permite a un Estado ratificar un determinado instrumento de Derecho material uniforme limitado incluso cuando contrasta con el Derecho interno de ese Estado. Esto significa que la adopción de un Derecho material uniforme limitado no requiere un alto grado de compatibilidad con el Derecho material interno. Lo mismo ocurre con el Derecho internacional privado uniforme, ya que este solo tiene repercusiones en el ámbito del conflicto de leyes y no en el ámbito del Derecho material.

Sin embargo, un alto grado de compatibilidad es un requisito previo para el éxito de cualquier esfuerzo encaminado a la creación de un Derecho material uniforme ilimitado, razón por la cual hay ámbitos del Derecho en relación con los cuales la creación de un Derecho material uniforme

ilimitado será casi imposible. A este respecto, puede bastar con mencionar esferas como el Derecho de familia y el Derecho de sucesiones, esferas caracterizadas por particularidades nacionales originadas en valores sociales, ideológicos, religiosos y culturales específicos de un Estado concreto, a los que los legisladores nacionales difícilmente renunciarán. Aunque un Derecho material uniforme limitado no afectaría a las particularidades nacionales existentes en esas esferas, en la medida en que el Derecho interno seguiría aplicándose a situaciones (puramente) internas, el Derecho material uniforme limitado en esas esferas es también muy raro, ya que esas esferas están demasiado influidas por los valores mencionados como para permitir incluso la creación de un Derecho material uniforme limitado.

Sin embargo, en las esferas mencionadas se puede encontrar un Derecho internacional privado uniforme. Ello se debe a que el Derecho internacional privado está —al igual que sus factores de conexión— influido en mucha menor medida que su contraparte material por esas particularidades y valores. En otras palabras, es mucho más fácil renunciar a las normas nacionales de Derecho internacional privado que a las normas materiales, ya que las primeras rara vez son la expresión de creencias culturales, sociológicas, ideológicas o religiosas profundamente arraigadas.

2. Objetivos y metas

En este punto hay que preguntarse qué objetivos persigue la unificación del Derecho y si la distinción entre Derecho uniforme material y Derecho internacional privado uniforme influye, no solo en la posibilidad de unificar determinadas esferas del Derecho, sino también en los objetivos del proceso de unificación. El punto de partida es la constatación de que la unificación del Derecho no constituye en sí misma una meta que deba perseguirse a toda costa, independientemente de cualquier justificación válida. Por el contrario, la unificación del Derecho tiene que apuntar a algo más que a la «mera» obtención de un Derecho unificado. La cues-

ción de qué otros objetivos pueden justificar la unificación del Derecho depende, en parte, del ámbito del Derecho (como el Derecho internacional privado o el Derecho material) que se vaya a unificar, ya que los objetivos de la unificación de un ámbito pueden diferir de los de otro.

Por supuesto, los esfuerzos encaminados a la unificación de diferentes esferas del Derecho también pueden perseguir los mismos objetivos. Por ejemplo, uno de los objetivos de la unificación tanto del Derecho material como del Derecho internacional privado es evitar el trato desigual al que puede conducir la aplicación de normas jurídicas diferentes en un caso concreto. Sin embargo, esto no significa que, a la luz de ese objetivo común, la distinción entre Derecho internacional privado y Derecho material resulte irrelevante. Ello se debe a que el Derecho internacional privado y el Derecho material tienen repercusiones a diferentes niveles. En lo que respecta a evitar la desigualdad de trato, un Derecho internacional privado uniforme garantiza que los tribunales de los Estados en los que está en vigor apliquen el mismo Derecho material. Esto conduce a la uniformidad en el plano del conflicto de leyes. Por consiguiente, las partes tienen (aparte de los casos de *dépeçage*) que limitarse a prever la aplicación de una sola ley material. Esto tiene un inconveniente: es muy posible que los tribunales tengan que aplicar una ley desconocida, lo que provoca incertidumbre y costos derivados de la determinación del contenido de esa ley desconocida (extranjera). En cualquier caso, cabe mencionar que el Derecho internacional privado uniforme no puede impedir todo trato desigual. Por ejemplo, la parte cuya ley será aplicable tendrá una ventaja, en la medida en que no tendrá dificultades ni incurrirá en costos para determinar el contenido de la ley aplicable. El Derecho material uniforme, en cambio, garantiza que todas las partes de los países en los que está en vigor tendrán igual acceso a las soluciones de Derecho sustantivo, con lo que sitúa a las partes en igualdad de condiciones. Mientras que el Derecho internacional privado uniforme se limita a garantizar el recurso a un mismo Derecho material, el hecho de que el Derecho material uniforme trate siempre de la misma manera

las situaciones que entran en su ámbito de aplicación también evita la desigualdad de trato.

Sin embargo, el objetivo del Derecho material uniforme al que se hace referencia con más frecuencia es otro, a saber, facilitar la aplicación del Derecho mediante la creación de un Derecho (material) que, según la opinión predominante, evite la necesidad de recurrir tanto al Derecho internacional privado —que se considera bastante complicado— como a la ley aplicable determinada por ese mismo Derecho internacional privado. Esto promueve la seguridad jurídica, facilita las decisiones comerciales y facilita la evaluación de los riesgos. Según la opinión predominante, esto conduce a una reducción de los costos, lo que beneficia no solo a las partes implicadas sino a la economía en su conjunto.

Por consiguiente, cuando no se recurre al Derecho internacional privado, se evita una importante fuente de incertidumbre, lo que, a su vez, ciertamente ahorra costos. Sin embargo, no se puede aceptar la afirmación de que el Derecho material uniforme evita la necesidad de recurrir al Derecho internacional privado. Ello se debe en parte a que el Derecho material uniforme no es exhaustivo; no constituye un Derecho material capaz de tratar todas las cuestiones jurídicas, por lo que es necesario recurrir a un Derecho interno aplicable. Esto significa que el Derecho internacional privado es indispensable, ya que el Derecho interno aplicable debe determinarse por medio del Derecho internacional privado (del foro).

Esto se debe en parte a que, a veces, las propias normas sustantivas uniformes se refieren al Derecho internacional privado. Por ejemplo, la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, redactada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, hace depender su aplicabilidad, entre otras cosas, de que «las normas de Derecho internacional privado conducen a la aplicación de la ley de un Estado Contratante» (artículo 1[1][b]). Análogamente, la Convención sobre Fac-

toraje Internacional se aplica, entre otras cosas, cuando «tanto el contrato de compraventa de mercancías como el contrato de factoraje se rijan por la ley de un Estado contratante» (artículo 2 [1][b]).

Si se considera además que varios instrumentos de Derecho material uniforme, como por ejemplo, la Convención de la CNUDMI sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional de 2005, contienen en sí mismos un conjunto de normas de Derecho internacional privado, resulta aún más claro que el Derecho material uniforme y el Derecho internacional privado uniforme no son antagónicos, como parece sugerir la opinión predominante, sino que deben ir de la mano si se quiere lograr una uniformidad general.

3. Fuentes de Derecho internacional uniforme

De la definición de Derecho uniforme internacional propuesta en la sección 1 se desprende fácilmente que el concepto es independiente no solo del ámbito del Derecho que se ha de unificar, sino también de la forma particular que puedan adoptar los esfuerzos de unificación, por lo que la forma que adopten esos esfuerzos puede ser muy heterogénea.

En cuanto a las formas que pueden adoptar estos esfuerzos de unificación, hay que mencionar en primer lugar los acuerdos internacionales. La preferencia por los acuerdos internacionales se justifica porque solo los acuerdos internacionales (independientemente de que sean bilaterales o multilaterales) son capaces de lograr el nivel de uniformidad al que se aspira cuando se intenta crear un Derecho uniforme. Esto se debe a que los Estados que adoptan tales acuerdos solo pueden adoptarlos en su conjunto. Un acuerdo internacional solo puede ser adoptado tal cual, sin ninguna modificación. Además, los Estados que adoptan un acuerdo internacional están obligados a no modificarlo unilateralmente en una etapa posterior. Esto es digno de mención, ya que hay constituciones que no establecen expresamente que los acuerdos internacionales prevalecen sobre el Derecho interno promulgado en una etapa posterior.

En algunos casos, la rigidez de los acuerdos internacionales, una ventaja en los casos en que la mejor manera de regir un ámbito jurídico específico es mediante normas que sean totalmente idénticas en al menos dos jurisdicciones, puede constituir una desventaja. Esta rigidez puede empujar a un órgano legislativo que no participe en el proceso de redacción a rechazar un acuerdo internacional en su conjunto, simplemente por la presencia de una única disposición, ya que el principio de todo o nada aplicado a los acuerdos internacionales también obliga a aplicar esa única disposición. Este inconveniente no siempre puede contrarrestarse mediante la introducción de reservas, que pueden encontrarse en todos los acuerdos internacionales de Derecho material uniforme recientes. Aunque la posibilidad de declarar reservas puede ayudar, en la medida en que da a los legisladores cierto margen de maniobra (al permitirles evitar la aplicación de algunas disposiciones), esa posibilidad por sí misma no será capaz de disipar todas las dudas respecto de las desventajas de un acuerdo determinado.

Las leyes modelo, como la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, enmendada en 2006, son fuentes de Derecho internacional uniforme mucho más flexibles que los acuerdos internacionales; son textos legislativos que se recomiendan a los Estados para que los adopten como parte de su legislación nacional (sin obligación alguna de promulgarlos). La flexibilidad que caracteriza a las leyes modelo (y que falta en los acuerdos internacionales) permite a los Estados ajustar su legislación interna a las necesidades nacionales específicas y, por lo tanto, evitar las preocupaciones que puede suscitar una unificación de la legislación basada en el principio de todo o nada antes mencionado. Esta adaptabilidad, que también permite a los Estados modificar unilateralmente las normas promulgadas, promueve la voluntad de los Estados de participar en los esfuerzos de unificación. Sin embargo, esto conlleva un riesgo: las normas jurídicas destinadas a crear uniformidad pueden desarrollarse de manera diferente en los distintos Estados debido a que se adaptan a necesidades y situaciones diferentes.

La decisión de a qué tipo de instrumento (acuerdo internacional o ley modelo) debe recurrirse se adopta caso por caso y depende de diversos factores, en particular, pero no exclusivamente, del grado de unificación que se pretenda alcanzar. Cabe señalar que la importancia de esta decisión se ve reducida por el hecho de que los acuerdos internacionales también pueden servir de modelo para la legislación nacional.

Los instrumentos mencionados hasta ahora —así como los reglamentos de la Unión Europea que, en relación con el tema que nos ocupa, han creado principalmente un Derecho internacional privado uniforme— son todos instrumentos de unificación legislativa. Este tipo de unificación del Derecho debe distinguirse de la unificación del Derecho por medios no legislativos, cuyas formas son tan numerosas como las de la unificación legislativa. Según diversos académicos, esa unificación no legislativa puede adoptar la forma de jurisprudencia o de Derecho derivado de cláusulas contractuales tipo. Sin embargo, hay que poner en duda tal conclusión, ya que este tipo de «Derecho» carece de uno de los requisitos previos del Derecho uniforme, a saber, ser vinculante a nivel general. En efecto, aparte de los rarísimos casos en que las normas originadas por las cláusulas contractuales tipo se han convertido en Derecho consuetudinario, las cláusulas contractuales tipo tienen que ser acordadas por las partes para que sean en absoluto vinculantes. Lo mismo ocurre con las normas que han sido elaboradas por académicos e instituciones para promover el comercio internacional, pero no son vinculantes como tales, como los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (véase Tribunale di Padova, 11 de enero de 2005, *Riv.dir. int. priv. e proc.* n.º 791 [2005]).

Por lo general, la jurisprudencia tampoco es vinculante a nivel general y, por lo tanto, no puede constituir un Derecho uniforme. Además, si se tiene en cuenta que los tribunales aplican generalmente normas internas que no persiguen objetivos de unificación, es aún menos apropiado considerar la jurisprudencia como una fuente de Derecho uniforme. Sin embargo, esto no significa que los tribunales no tengan una función impor-

tante que desempeñar en el proceso de unificación. En última instancia, corresponde a los tribunales (nacionales) interpretar el Derecho uniforme internacional, es decir, dejar que las normas jurídicas de idéntica redacción (Derecho uniforme en teoría) cobren vida (Derecho uniforme en la práctica), al menos en los numerosos casos en que la interpretación y aplicación de los textos uniformes no se deja en manos de un tribunal supranacional (como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea). Así pues, los tribunales nacionales son indispensables para la creación de un Derecho uniforme.

*Autor: Franco Ferrari
(New York University School of Law)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: DAVID, René. «The International Unification of Private Law», en *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. II/5, Mohr Verlag, 1969; KROPHOLLER, *Internationales Einheitsrecht. Allgemeine Lehren*, Mohr Verlag, 1975; WEIMER Thomas. *Grundfragen grenzüberschreitender Rechtsetzung*, Nomos, 1995; BASEDOW, «Worldwide harmonisation of private law and regional economic integration – general report», *Uniform Law Review/Revue de Droit Uniforme*, 2003, p. 31 y ss.; GRUBER, Urs Peter. *Methoden des internationalen Einheitsrechts*, Mohr Verlag, 2004; SCHMID, Gudrun. *Einheitliche Anwendung von internationalem Einheitsrecht*, Nomos, 2004; TORSELLO, Marco. *Common Features of Uniform Commercial Law Conventions*. Sellier, European Law Publishers, 2004; LINHART, Karin. *Internationales Einheitsrecht und einheitliche Auslegung*, Mohr Verlag, 2005; MARQUIS, Louis. *International Uniform Commercial Law: Towards a Progressive Consciousness*, 2005; FERRARI, Franco. «Einheitsrecht», in *Handbuch des Europäischen Privatrechts* (editado por Jürgen BASEDOW *et al.*), C. H. Beck, 2009, p. 376 y ss.

DISCOVERY

1. Introducción

El *discovery* es un mecanismo probatorio que tiene su origen en el Derecho anglosajón y, en particular, en los procedimientos judiciales americanos. En este contexto, se define como el conjunto de acciones llevadas a cabo por un litigante y/o sus abogados con el fin de obtener información antes del juicio a través de exhibiciones documentales, deposiciones, interrogatorios escritos bajo juramento, requerimientos escritos de admisión de hechos, etc. La teoría detrás de este mecanismo en su sentido más amplio —propio del *common law*— es que todas las partes de un litigio deben poder llegar a juicio con la mayor cantidad posible de información, sin que ninguna de ellas pueda ocultar información a las otras (con la excepción de la protección a no declarar contra uno mismo que la Constitución de los EE. UU. prevé). Así, las partes están obligadas a producir todas las pruebas que tengan en su poder —incluso aquellas que puedan resultar perjudiciales para su caso—, teniendo la facultad de requerir a su contraparte que exhiba documentos y pudiendo el juzgador ordenar su producción.

Frente a lo anterior, en jurisdicciones de tradición civilista se parte de la base de que cada parte presentará los documentos que sustenten su caso. Las partes no están obligadas a exhibir o hacer entrega de documentos que puedan serles perjudiciales (sujeto a la prohibición general de no engañar al juez). Así como tampoco tienen derecho (salvo de forma excepcional y limitada) a exigirle a la contraparte que exhiba documentos o a solicitarle al juzgador que ordene tal exhibición.

En el arbitraje internacional confluyen actores tanto del *common law* como del *civil law* por lo que se combinan elementos de ambos sistemas. Los arbitrajes internacionales involucran a partes, abogados y árbitros de distintos orígenes y tradiciones jurídicas que tienden a recurrir o exportar aquellas prácticas que les son familiares y a las que están habitua-

dos. De esta forma, el *discovery*—principalmente en forma de producción de documentos— fue incorporado y hoy se encuentra presente en gran número de arbitrajes internacionales.

El *discovery* con el que nos encontramos en el contexto del arbitraje internacional es hoy en día una mezcla más o menos equilibrada de ambos sistemas jurídicos y responde, con carácter general, a los siguientes tres principios: (i) el *discovery* propio del Derecho anglosajón no resulta aplicable al arbitraje internacional (salvo que las partes así lo hayan pactado); (ii) cierto grado de producción documental resulta apropiada en arbitraje; y, (iii) la determinación del grado y extensión del *discovery* permitido en un caso concreto queda al arbitrio del tribunal arbitral.

2. *El poder de los árbitros de ordenar la producción de documentos*

La potestad de los árbitros de ordenar la producción de documentos, siendo una cuestión procesal y al igual que sucede con otras cuestiones relacionadas con la práctica de la prueba en arbitraje internacional, se rige por las reglas del procedimiento. De conformidad con el principio general de autonomía de la voluntad de las partes, el convenio arbitral será el que rijan, en primer lugar, estas cuestiones. A falta de un acuerdo específico (ya sea directo o indirecto al pactar, por ejemplo, el sometimiento a un reglamento arbitral), habrá que estar a lo que diga la ley de arbitraje de la sede. Sin embargo, muy pocas leyes nacionales contemplan expresamente la facultad de las partes de solicitar al tribunal arbitral que ordene la producción de documentos (este es el caso, por ejemplo, de la Ley de Arbitraje inglesa de 1996 o la Ley Federal de Arbitraje de los Estados Unidos).

A falta de acuerdo entre las partes, los árbitros tienen la facultad de establecer las reglas de procedimiento que regirán el arbitraje y, por tanto, determinar si y bajo qué condiciones podrá el tribunal arbitral ordenar la producción de documentos.

La mayoría de los reglamentos internacionales de arbitraje otorgan a los árbitros el poder de ordenar a las partes que produzcan documentos. Así, por ejemplo, el artículo 25(5) del Reglamento de la CCI de 2017 establece que:

En todo momento durante el proceso arbitral, el tribunal arbitral podrá requerir a cualquiera de las partes para que aporte pruebas adicionales.

Redacciones similares han sido adoptadas en el artículo 27(3) del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (revisado en 2010) («En cualquier momento de las actuaciones, el tribunal arbitral podrá exigir, dentro del plazo que determine, que las partes presenten documentos u otras pruebas»), el artículo 24(3) del Reglamento Suizo de Arbitraje (con idéntica redacción) o el artículo 31.3 del Reglamento de Arbitraje del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo de 2017 («A solicitud de parte, o excepcionalmente de oficio, el Tribunal Arbitral podrá ordenar a una parte la exhibición de cualquier documento u otra prueba que pueda ser relevante para el caso y sustancial para su resolución»).

El Reglamento del recientemente creado Centro Internacional de Arbitraje de Madrid (aplicable desde el 1 de enero de 2020), contempla expresamente en su artículo 24(2)(k) el poder de los árbitros de «ordenar a cualquier de las partes que presente ante los árbitros y ante otras partes documentos o copias de los documentos que obren en su poder». De manera similar, el nuevo Reglamento de Arbitraje de la LCIA que entrará en vigor el 1 de octubre de 2020 establece de forma expresa en su artículo 22(v) el poder de los árbitros ordenar «to order any party to produce to the Arbitral Tribunal and to other parties documents or copies of documents in their possession, custody or power which the Arbitral Tribunal decides to be relevant».

En la práctica, los árbitros no tienen inconveniente en ordenar a las partes la producción de documentos, incluso cuando dicha facultad no les

ha sido expresamente otorgada por acuerdo de las partes, por el reglamento de arbitraje o la legislación nacional aplicable a la disputa.

3. Requisitos que se han de cumplir para que un tribunal arbitral ordene la producción de documentos

Los requisitos concretos que se deben cumplir para que un tribunal arbitral ordene la producción de documentos no están contemplados ni en las leyes nacionales ni en los reglamentos de arbitraje. Sin embargo, esto no ha impedido que se hayan desarrollado ciertos estándares comúnmente aplicados y que fueron codificados en 1999 en las Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional (las Reglas de la IBA). Estas Reglas, incluso cuando no resultan directamente aplicables, han venido sirviendo de guía tanto a tribunales arbitrales como a las partes.

De conformidad con los estándares contenidos en las Reglas de la IBA, los documentos cuya exhibición se soliciten (i) han de ser razonablemente identificados, ya se trate de un documento en concreto o una categoría de documentos; (ii) han de ser relevantes y sustanciales para la resolución del caso; (iii) han estar en poder, custodia o control de la otra parte, y (iv) no deben estar protegidos por ninguna clase de privilegio legal.

A pesar de que las Reglas de la IBA se redactaron para servir de puente y armonizar las grandes diferencias existentes entre los distintos sistemas jurídicos en cuanto a la práctica de la prueba, en los últimos años han sido sometidas a un fuerte escrutinio y han recibido grandes críticas por quienes las consideran una americanización del arbitraje internacional.

En este contexto, surgieron en 2018 las Reglas sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional, también conocidas como las Reglas de Praga. La principal crítica hacia las Reglas de la IBA en relación con el *discovery* es su mayor proximidad con el sistema

acusatorio (adversarial system) típico del *common law*, en detrimento del sistema inquisitivo propio de las jurisdicciones de tradición civilista, y el consecuente incremento del tiempo y de los costes de los procedimientos arbitrales. Los redactores de las Reglas de Praga consideran que aplicar el modelo inquisitivo al arbitraje contribuiría a su eficiencia. Así, contrariamente a la regulación contenida en las Reglas de la IBA, el artículo 4.1 de las Reglas de Praga establece que «como regla general, se invita al tribunal arbitral y a las partes a evitar cualquier método de exhibición documental, incluido el *discovery* electrónico».

Es aún demasiado pronto para saber si las Reglas de Praga, aprobadas el 14 de diciembre de 2018, serán de aplicación general en el arbitraje internacional o si, por el contrario, las partes seguirán recurriendo a las Reglas de la IBA.

*Autora: Ana Morales Ramos
(Asociada sénior de De Braw Blackstone Westbroek)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: KAUFMANN-KOHLER, G. y BÄRTSCH, P. «Discovery in International Arbitration: How much is too much?», en RISSE, J. *et al.* (eds.). *SchiedsVZ, German Arbitration Journal*, Beck oHG 2004, vol. 2, n.º 1; EL AHDAB, J. y BOUCHENAKI, A. «Discovery in International Arbitration: A Foreign Creature for Civil Lawyers?», en VAN DEN BERG, A. Jan (ed.). *Arbitration Advocacy in Changing Times*, ICCA Congress Series, vol. 15, 2011; BORN, G. «Chapter 16: Disclosure in International Arbitration», en *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2014; WOLFSON, M. E. «Addressing the Adversarial Dilemma of Civil Discovery», 36 *Clev. St. L Rev.* 17 (1988); AMARAL, G. R. *Prague Rules v. IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration: Tilting at Windmills*, Kluwer Arbitration Blog, 2018.

DISPUTE BOARDS

1. Origen y concepto

1.1. El origen de los dispute boards

Los *dispute boards* son un mecanismo alternativo de resolución de controversias (ADR, por sus siglas en inglés, *Alternative Dispute Resolution*) que nació en la segunda mitad del siglo XX en Estados Unidos como sustituto del «Ingeniero». El primer proyecto que empleó esta figura fue el *Boundary Dam*, una presa de grandes dimensiones que se construyó en 1960 en Washington.

Años más tarde, la Academia Nacional de Ciencia de Estados Unidos publicó un informe de seguimiento en el que formulaba una serie de recomendaciones para la mejora de los proyectos de construcción subterráneos. Entre esas recomendaciones se encontraba la utilización de un nuevo método de resolución de conflictos simultáneo a la ejecución de los proyectos y compuesto por un panel de profesionales expertos en el sector con competencia para emitir decisiones vinculantes: los *dispute boards*.

En este sentido, los *dispute boards* se convirtieron en un mecanismo que se adaptaba perfectamente a proyectos de medio y largo plazo, que revestían gran complejidad y en los que las partes tenían perfiles muy diferentes, así como nacionalidades y jurisdicciones de origen distintas (por ejemplo, los grandes proyectos de construcción). La complejidad técnica de esos proyectos provocaba que las disputas fuesen habituales, por lo que se necesitaba un método rápido y eficaz para resolverlas sin paralizar la ejecución de la obra.

Fueron distintas entidades privadas quienes llevaron a cabo la regulación de esta figura jurídica. Esas entidades han venido publicando modelos de contratos de construcción (en particular, contratos llave en mano) e

incluyendo los *dispute boards* como uno de los mecanismos escalonados de resolución de conflictos. En 1980, los *dispute boards* iniciaron su periplo internacional, gracias al Banco Mundial, que actuó como financiador parcial del proyecto de la presa y central hidroeléctrica Francisco Morazán, comúnmente conocida como El Cajón, en el departamento de Cortés en Honduras.

Posteriormente, en la década de 1990, la *Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils* (FIDIC) incluyó los *dispute boards* en sus contratos modelo. El motivo fue que FIDIC estaba recibiendo críticas respecto de la figura del «ingeniero», pues su independencia suscitaba dudas (el dueño de la obra era quien lo contrataba y remuneraba).

En 1995 el Banco Mundial empezó a considerar los *dispute boards* como una *conditio sine qua non* para financiar proyectos. Algo que pasó a ser habitual entre los financiadores, en especial cuando estos eran entidades públicas.

Asimismo, en 1996 el Reino Unido incluyó los *dispute boards* en su legislación doméstica sobre construcción, al igual que Hong Kong y otras jurisdicciones de *common law* posteriormente.

La Cámara de Comercio Internacional (CCI) ha participado activamente junto a FIDIC en la promoción de los *dispute boards*, entre otras instituciones como el *Institution of Civil Engineers* (ICE) —con sus contratos modelo *New Engineering Contract* (NEC)—, el *Engineering Advancement Association of Japan*, el *American Arbitration Association* o el *Organisme de Liaison des Industries Métalliques Européennes*.

En 2004 la CCI publicó su Reglamento relativo a los *dispute boards*, cuya última versión es de 2015. La CCI no limitó en ese reglamento los *dispute boards* a contratos de ingeniería y construcción, aunque en la práctica es en esa clase de contratos donde los *dispute boards* se han vuelto más frecuentes.

Actualmente los *dispute boards* están empezando a convertirse en un mecanismo habitual en los sectores de las tecnologías de la información y la comunicación, y de las industrias naval y aeronáutica, así como en otros contratos a largo plazo como, por ejemplo, de mantenimiento.

1.2. *El concepto de dispute boards*

El término más comúnmente conocido en el ámbito internacional de este ADR es *dispute boards*, incluso en español (ejemplo de ello es el Reglamento relativo a los *dispute boards* de la CCI). Sin embargo, encontramos una denominación de este ADR muy variada, todas ellas referidas al mismo concepto: *dispute boards*, mesas de resolución de conflictos, juntas de resolución de conflictos, comités de resolución de conflictos, paneles técnicos, paneles.

El Prefacio del Reglamento relativo a los *dispute boards* de la CCI ofrece una primera aproximación a la definición de los *dispute boards* que se reproduce a continuación:

Un «*dispute board*» es un órgano permanente que típicamente se establece con la firma o el inicio de la ejecución de un contrato a mediano o largo plazo, para ayudar a las partes a evitar o resolver cualquier desacuerdo o desavenencia que pudiera surgir durante la aplicación del contrato. Habitualmente utilizados en los proyectos de construcción, también se emplean en otros campos como la investigación y el desarrollo, la propiedad intelectual y los acuerdos de reparto de la producción y de accionistas.

Así, se trata de órganos que pueden constituirse al inicio o durante la ejecución de un proyecto y que están compuestos habitualmente por entre uno y tres expertos en la materia y en el tipo de contrato correspondiente o, en todo caso, por un número impar. Una de sus mayores ventajas es la familiaridad de los expertos con las partes y con el proyecto, ya que suelen estar presentes desde el inicio del proyecto y pueden estar facultados para visitar periódicamente las obras. De esta forma,

además de resolver conflictos existentes, en muchas ocasiones evitan que lleguen a producirse.

Los *dispute boards* son, en definitiva, mecanismos contractuales, cuyas facultades vienen delimitadas en el acuerdo correspondiente por lo que sus características dependerán, en última instancia, de lo establecido por las partes al respecto. Por lo general, las partes acuerdan que las resoluciones de los *dispute boards* sean provisionalmente vinculantes, para así evitar la paralización del proyecto. Para que los *dispute boards* resulten efectivos, habitualmente los plazos para emitir valoraciones son muy ajustados.

El efecto de esas resoluciones es el de cualquier pacto contractual. Para el caso de que una parte esté en desacuerdo con la resolución de un *dispute board*, normalmente se pacta acudir a la siguiente instancia contractualmente prevista para resolver la disputa (por lo general, la vía judicial o arbitral). Así, las resoluciones de los *dispute boards* pueden ser revisadas ulteriormente por un tribunal arbitral o judicial. El tribunal arbitral o juez, generalmente, podrá ejecutar provisionalmente la resolución o suspender sus efectos vinculantes hasta que se dicte el laudo o la sentencia correspondiente.

La inclusión de los *dispute boards* en los contratos suele complementarse con otros métodos de resolución de controversias que aseguren su eficacia jurídica. Así, los *dispute boards* con frecuencia constituyen uno de los primeros escalones en las llamadas cláusulas *multi-tier* o escalonadas junto con otros métodos que permiten una ejecución más eficiente en términos jurídicos.

2. Características principales. Ventajas e inconvenientes

La característica más destacable de los *dispute boards* es su posible carácter híbrido como método de resolución de controversias heterocomposi-

tivo y autocompositivo. Por esta razón se habla de un mecanismo de resolución, pero también de evitación de controversias.

Normalmente los *dispute boards* están presentes en proyectos de medio y largo plazo y operan de manera simultánea a su desarrollo. Los miembros de los *dispute boards* suelen acudir con frecuencia al proyecto, exista ya una disputa formal o no. De esta manera, cuando se genera un conflicto ya están familiarizados con la dinámica del proyecto y con la relación entre las partes, lo que supone una gran ventaja frente a un árbitro o un juez.

Como cualquier otro ADR, la autonomía de la voluntad juega un papel fundamental en la regulación contractual de los *dispute boards*. Son las partes quienes deciden cómo se constituirán los *dispute boards*, su funcionamiento y sus características. La eficacia jurídica de las opiniones y consultas que atiendan los miembros de los *dispute boards* dependerá, en último término, de la voluntad de las partes.

Asimismo, en la práctica se ha constatado que una de las mayores ventajas de los *dispute boards* son sus bajos costes. El impacto económico en términos de tiempo y costes que sufre el proyecto suele ser menor, en particular, en comparación con otros mecanismos de resolución de conflictos como la vía judicial o arbitral. Este ADR no requiere la suspensión de las obras y, en la mayoría de las ocasiones, consigue evitar acudir a otros métodos heterocompositivos tradicionales, cuyas consecuencias—en términos de inversión de recursos, tiempo, continuidad de la relación comercial entre las partes y daños reputacionales—, pueden llegar a ser irreparables y frustrar el proyecto. De media, la *Dispute Review Board Foundation* estima que los costes asociados a los *dispute boards* oscilan entre el 0,05 % y el 0,25 % del coste total del proyecto. Lo más común es que se haga frente a estos gastos a medias entre las dos partes.

Los *dispute boards* están diseñados principalmente para proyectos importantes de ingeniería y construcción, donde las partes tienen un perfil muy

técnico y cuentan con unas necesidades e intereses altamente cualificados. Con frecuencia, además de los contratistas, participan entidades de Derecho público, entidades financieras, entidades aseguradoras, etc. En consecuencia, las prestaciones contractuales resultan especialmente complejas y se requieren expertos que disfruten de unas aptitudes y experiencia suficiente para emitir decisiones o recomendaciones técnico-jurídicas igualmente complejas en un breve plazo. En los contratos de obra estos expertos suelen ser ingenieros, aunque se recomienda que los *dispute boards* estén formados por dos expertos técnicos y un experto jurista que suele actuar como presidente.

En proyectos con una pluralidad de contratos conexos es cada vez más común abordar la regulación de los *dispute boards* de manera global con la redacción de una cláusula genérica (*umbrella clause*) para todos los contratos. Ello permite la acumulación de disputas relacionadas y evita que se generen inconsistencias entre las resoluciones de distintos *dispute boards* en un mismo proyecto.

Los *dispute boards* son compatibles con otros métodos de resolución de conflictos y, en ocasiones, constituyen uno de los primeros escalones de la cláusula *multi-tier* o escalonada. No obstante, de acuerdo con los datos que ofrece la *Dispute Review Board Foundation*, entre el 85 y el 98 % de las recomendaciones o decisiones de los *dispute boards* no han necesitado acudir con posterioridad a arbitraje o a la vía judicial. Esta alta tasa de éxito es la principal causa de que los *dispute boards* estén ganando cada vez más popularidad. Ejemplo de ello es el caso de su país de origen, Estados Unidos, donde los *dispute boards* han adquirido carácter obligatorio en los contratos de infraestructuras en las jurisdicciones de Florida y California.

3. Clases de dispute boards

3.1. Standing dispute boards y ad hoc dispute boards

Esta primera clasificación atiende al momento de constitución de los *dispute boards*.

Los más frecuentes en la práctica son los *standing dispute boards*, que se constituyen en el momento de la firma del contrato o en una fase temprana de su ejecución y mantienen una presencia continua en el proyecto. Su utilidad deriva del conocimiento de los proyectos y de la relación de familiaridad que tienen sus miembros con las partes. Los miembros de los *standing dispute boards* visitan las instalaciones del proyecto con periodicidad y pueden ofrecer asistencia informal a las partes. De esta manera, pueden adelantarse a la generación de una controversia y, en su caso, resolverla con rapidez.

En este sentido, el Reglamento de la CCI relativo a los *dispute boards* los considera permanentes por definición. Igualmente, en los modelos de contrato de NEC4 del ICE y el *Rainbow Suite* del Libro Plata de FIDIC de 2017, entre otros, se incluye esta modalidad de *dispute board* con presencia continuada y permanente, a los que se refieren como *dispute avoidance boards* —o *dispute adjudication boards* según FIDIC—.

Frente a este modelo están los conocidos como *ad hoc dispute boards*, que se constituyen con el fin de resolver disputas específicas, es decir, una vez que se ha originado un conflicto. Los *ad hoc dispute boards* agotan su función en el momento en que emiten una resolución jurídico-técnica, por lo que suponen un menor coste económico en comparación con los *standing dispute boards*. Su uso suele circunscribirse a proyectos más pequeños y de menor duración.

En consecuencia, el momento de constitución de los *dispute boards* es determinante, ya que condiciona el carácter híbrido de este mecanismo.

Solo los *standing dispute boards* ostentan labores de resolución y de evitación de controversias. La doctrina y la práctica de los contratos de ingeniería y construcción recomienda los *standing dispute boards* precisamente porque la función de evitación de controversias determina en gran parte el éxito de esta figura en términos de eficiencia jurídica.

Asimismo, en la práctica es habitual encontrar una figura híbrida entre los *standing dispute boards* y los *ad hoc dispute boards*: un *dispute board* que se constituye con el surgimiento de la primera disputa entre las partes (lo que no suele coincidir con el inicio del proyecto) y al que las partes *a posteriori* acuden cada vez que se genera una nueva disputa.

3.2. Dispute adjudication boards, dispute review boards y dispute combined boards

Otra clasificación frecuente es aquella que atiende a la fuerza vinculante de las resoluciones emitidas por los *dispute boards*.

En primer lugar, los *dispute adjudication boards* (DAB) están formados por expertos que emiten decisiones o resoluciones vinculantes para las partes con carácter inmediato. Las partes deben acatar esas decisiones debido a que así lo han pactado en el contrato, pero no se trata de títulos ejecutivos. A pesar de desplegar efectos desde el momento en que se emiten, las decisiones pueden ser revisadas en un procedimiento judicial o arbitral posterior. Así, la inobservancia por una de las partes del contenido de una decisión del DAB supone un incumplimiento contractual y, por tanto, origina una nueva controversia.

La cuestión sobre la eficacia de las resoluciones emitidas por un DAB ha sido muy controvertida en el ámbito jurídico internacional, así como el momento a partir del cual las decisiones de un DAB surten plenos efectos. No obstante, las asociaciones de profesionales también han regulado y desarrollado estas cuestiones. Por ejemplo, en los modelos de contrato de FIDIC publicados a finales de 2017 se determinó que las

decisiones de los DAB surtían efecto con carácter inmediato pero provisional, siendo vinculantes hasta que un árbitro o juez decida lo contrario. La resolución deviene final y definitiva si durante el plazo fijado contractualmente las partes no han manifestado ninguna objeción al respecto —la denominada *Notice of Dissatisfaction*, que funciona como paso previo a la vía arbitral o judicial— o si se ve confirmada en vía arbitral o judicial.

Los DAB suelen tener amplias facultades para llevar a cabo las actuaciones que consideren necesarias en relación con la aportación de documentos o testimonios y la práctica de pruebas o visitas.

En segundo lugar, los *dispute review boards* (DRB) solamente emiten recomendaciones o resoluciones no vinculantes, por lo que existe un importante componente consensual. Las labores de este tipo de *dispute boards* pueden ser desde una mera asistencia informal, con recomendaciones que incluyan principios generales, hasta la emisión de resoluciones que contengan medidas concretas e incluso una valoración de la cuantía objeto de la controversia.

La resolución deviene vinculante si durante el plazo fijado contractualmente las partes no han manifestado ninguna objeción al respecto (*Notice of Dissatisfaction*). En caso contrario, la disputa pasará a la siguiente instancia prevista por las partes, generalmente un procedimiento arbitral o judicial. Los DRB pueden llevar a cabo las actuaciones que consideren necesarias, aunque no tienen autoridad para exigir que las partes acaten sus exigencias de aportación de documentos o testimonios.

En tercer lugar, los *combined dispute boards* (CDB) son una figura a medio camino entre las dos anteriores que ha sido desarrollada por la CCI e introducida por primera vez en su Reglamento relativo a los *dispute boards* del año 2004. Las partes pueden modular la fuerza vinculante de las resoluciones emitidas por el CDB en un momento posterior a la firma del contrato sin que suponga una modificación de las estipulaciones con-

tractuales. En principio, los CDB emiten recomendaciones, salvo que (i) las partes acuerden que se emita una decisión; o que, bajo determinadas circunstancias; (ii) una de las partes solicite una resolución vinculante y el CDB lo considere conveniente, aunque la otra parte se oponga.

Para el caso de que el CDB emita una decisión, el Reglamento Relativo a los *dispute boards* de 2015 establece de manera expresa que será obligatoria para las partes desde su recepción y deberá cumplirse aun cuando exista una manifestación de desacuerdo sobre su contenido, hasta la decisión del árbitro o juez al respecto.

4. *Conclusión*

Los *dispute boards* surgieron de la necesidad de resolver rápidamente conflictos durante la ejecución de proyectos de gran complejidad técnica, con un gran componente internacional y con unas partes contratantes especialmente exigentes. Distintas instituciones privadas formadas por expertos en esta clase de proyectos crearon, regularon y continúan promocionando esta figura como una alternativa y un complemento a los tribunales nacionales y arbitrales. Por ello, la regulación de los *dispute boards* es muy pragmática, cercana a las necesidades reales de sus usuarios y en constante actualización.

Los *dispute boards* se diferencian de otros ADR más tradicionales en que estos órganos ejercen sus funciones mientras el proyecto está en curso, sin necesidad de suspenderlo. En concreto, los *standing dispute boards* se constituyen al inicio del proyecto y están presentes en su desarrollo, es decir, incluso cuando todavía no se ha producido una controversia. Así, los *dispute boards* pueden desempeñar una función disuasoria al identificar, investigar y discutir los problemas en una fase temprana. Buscan tanto evitar y disminuir las disputas como resolver aquellas que ya hubieran surgido, minimizando lo máximo posible los retrasos en los proyectos y facilitando su ejecución. Todo ello sin perjuicio de una posterior revisión por parte de un tribunal judicial o arbitral.

*Autores: Alfonso Gómez Rodríguez
(Abogado, especialista en arbitraje internacional, Madrid)*

*Julia de Castro Velasco
(Abogada, especialista en arbitraje internacional, Madrid)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Ángel. «Título IV. Expertos, arbitradores y *dispute boards*», en FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Ángel. *Avenencia o ADR. Negociación, mediación, peritajes, conciliación, pactos y transacciones*. Madrid: Iurgium, 2014, pp. 361-419; HARMON, Kathleen M. J. «To Be or Not to Be - That Is the Question: Is a DRB Right for Your Project?», *Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction*, febrero de 2011, pp. 10-16; JENKINS Jane. «Chapter 3: Dispute Avoidance and Resolution», en JENKINS Jane. *International Construction Arbitration Law*, Arbitration in Context Series, vol. 1, Kluwer Law International 2013 (2.^a ed.), pp. 49-84; MADALENA, Ignacio y CAIRNS, David J. A. «El Reglamento de la ICC relativo a los *dispute boards*», *Revista de la Corte Española de Arbitraje 2006*, vol. 2006, Madrid: Corte Española de Arbitraje, 2006, pp. 193-202; NUVALA LAPIEZA, Irene. «Los *dispute boards* como mecanismo jurídico de resolución de conflictos en los contratos internacionales de ingeniería y construcción. Un análisis desde la perspectiva del Derecho transnacional». Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2020; PINSOLLE, Philippe; JAGUSCH QC, Stephen; LEVENTHAL, Alexander G. «The Guide to Advocacy. Global Arbitration Review», *Global Arbitration Review*, 2019 (4.^a ed.), pp. 155-164; *The Dispute Resolution Board Foundation*, 2021, en <https://www.drb.org/db-faqs>

VOCABLOS CONEXOS: ADR. Cláusulas escalonadas.

DIVORCIO CON ELEMENTO EXTRANJERO

Mediante el divorcio se pone fin al vínculo matrimonial y los cónyuges recuperan su estado civil antes de contraerlo. En un procedimiento de

divorcio interno con hijos el juez en España debe pronunciarse necesariamente sobre: el vínculo; la guarda custodia y derechos de visita de los menores; la pensión de alimentos y/o pensión compensatoria y el uso de la vivienda familiar. En el ámbito internacional es posible que un juez estatal solo sea competente para una o varias de estas cuestiones. Si el procedimiento es únicamente sobre el vínculo matrimonial (nulidad, separación o divorcio), y el matrimonio tiene elementos extranjeros, será preciso determinar la competencia judicial internacional y la ley aplicable (del foro o extranjera aplicable al mismo). Estas cuestiones se resolverán de forma idéntica tanto por el divorcio como para la separación.

1. Introducción

Los procedimientos de familia más habituales que se sustancian ante nuestros tribunales son los que se refieren a divorcios, con o sin hijos, a la adopción de medidas sobre los menores de una pareja no casada. En ellos normalmente se solicita la disolución del vínculo entre los cónyuges, una serie de medidas con respecto a los hijos, la fijación de una pensión alimenticia y la disolución del régimen económico matrimonial. Estas cuestiones cuando están «afectadas» por un elemento extranjero se tratan separadamente, aunque se tramiten en un mismo procedimiento judicial, tanto para determinar la competencia judicial internacional de los jueces españoles, como para establecer la aplicación bien del Derecho español, bien de un derecho extranjero al fondo del asunto.

Previamente a analizar cuáles son las normas de derecho aplicable en materia de familia, es preciso realizar una breve descripción de cómo se tramita un procedimiento de familia internacional en España para comprender cuáles son las especialidades que afectan a este tipo de procesos.

Lo primero que hay que tener en cuenta es que en un divorcio con hijos y con disolución/liquidación del régimen económico-patrimonial, en el que exista un elemento extranjero, no estamos ante un solo procedimiento, sino ante cuatro procedimientos distintos, para los que pueden

ser competentes o no los tribunales españoles. Es decir, que cuando existen elementos extranjeros, el juez no está sujeto al mandato del artículo 774.4 LEC en el que se le obliga, aparte de pronunciarse sobre el vínculo, a pronunciarse sobre: las medidas sobre los hijos (personales y patrimoniales); la vivienda familiar; las cargas del matrimonio; la disolución del régimen económico-matrimonial y las cautelas o garantías respectivas. Esto es así porque es posible que los tribunales españoles en su conjunto sean competentes para conocer, por ejemplo, de las cuestiones referidas al vínculo matrimonial (separación o divorcio) y a las cuestiones referidas a los aspectos patrimoniales del matrimonio (disolución/liquidación del régimen económico-matrimonial), pero no lo sean para aquellas referidas a las medidas paterno-filiales sobre los menores. Esto es lo que se denomina, en palabras de Javier CARRASCOSA: «La dispersión internacional del pleito».

La segunda dificultad de los procedimientos internacionales, en materia de competencia, será la dispersión de las normas que, en cada caso, son aplicables a la determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles.

Podremos verificar lo descrito con anterioridad a través de un ejemplo.

Matrimonio entre un español y una francesa que se casaron en España y fijaron su residencia tras el matrimonio en Berlín. Un año después se mudaron a París, ciudad en la que tuvieron dos hijos. Viviendo toda la familia en Francia, surge la crisis matrimonial. El español se vuelve a España y, a los siete meses de residir en nuestro país, interpone demanda de divorcio contencioso contra su mujer en la que pide, además, medidas sobre los hijos comunes.

Es decir, que en este supuesto nos encontraríamos con tres procedimientos judiciales distintos con respecto a los cuales es preciso determi-

nar si los tribunales españoles tienen competencia judicial internacional: divorcio; medidas personales sobre los menores; y alimentos con respecto a los menores.

Las reglas de competencia judicial internacional para cada una de estas cuestiones se encuentran, fundamentalmente, en los Reglamentos comunitarios y en el Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de menores. Cuando no se puedan aplicar estos instrumentos internacionales, *subsidiariamente* se va a aplicar la norma interna: el artículo 22 *quater* LOPJ, reformado en el año 2015.

La modificación de los artículos 21 y 22 de la LOPJ, en los que se contienen las normas de competencia judicial internacional en materia civil se llevó a cabo por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, del Poder Judicial. Durante los meses de junio a octubre de 2015 se reformaron diversas leyes que tuvieron una gran incidencia en las normas de Derecho internacional privado internas y que son, aparte de la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional, las siguientes: Ley 26/2015 de protección de la infancia y la adolescencia que modificó entre otros el artículo 9 apartados 4, 6 y 7 del Código Civil, referidos a la determinación de la Ley aplicable a determinados aspectos de los menores. Ley 15/2015, de 2 de julio de la jurisdicción voluntaria, que le da, por ejemplo, una nueva redacción a los artículos 49 CC (matrimonio con elemento extranjero), 107.2 CC, referido a la ley aplicable a la separación y el divorcio y añade el capítulo IV bis de la LEC que regula la sustracción internacional de menores y sustituye a los artículos 1.901 a 1.909 de la LEC de 1881.

2. Normas de competencia aplicables en un supuesto de divorcio internacional

2.1. Reglamento UE 2201/2003

España las normas que regulan la competencia en un divorcio internacional se encuentran en el artículo 3 del *Reglamento UE 2201/2003 del*

Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la Competencia, el reconocimiento, y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental y, subsidiariamente, en el artículo 22 *quater* de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que es una copia exacta del artículo tres del Reglamento comunitario que establece:

Artículo 3. «Competencia general:

1. En los asuntos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro:

a) en cuyo territorio se encuentre:

- la residencia habitual de los cónyuges, o
- el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí, o
- la residencia habitual del demandado, o
- en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges, o
- la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o
- la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, tenga allí su «domicile»;

b) de la nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, del «domicile» común.

2. A efectos del presente Reglamento, el término «domicile» se entenderá en el mismo sentido que tiene dicho término con arreglo a los ordenamientos jurídicos del Reino Unido y de Irlanda».

Es suficiente que se dé uno solo de los criterios de competencia para que sean competentes los tribunales del Estado miembro en cuestión. Si ninguno de los criterios de competencia designase como competentes los tribunales de un Estado miembro, en virtud del artículo 7 del Reglamento se aplicarían subsidiariamente las normas de competencia de los Estados miembros. En el caso de España, al ser idénticas a las del Reglamento (artículo 22 *quater* de la Ley Orgánica del poder Judicial), supone que cuando los tribunales españoles no son competentes para conocer del divorcio en virtud del Reglamento (AAP de A Coruña de 7 de febrero de 2019), tampoco lo serán en virtud de la LOPJ.

2.2. *Reglamento UE 2019/1111*

El día 6 de julio de 2019 se publicó en el *DOUE* el Reglamento UE 2019/1111 de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, que sustituirá en estas materias al vigente Reglamento UE 2201/2003 (Bruselas II bis) cuando sea de aplicación, lo que ocurrirá el día 1 de agosto de 2022.

Este reglamento no modifica apenas los criterios de competencia judicial internacional en materia de nulidad, separación o divorcio (artículo 3). Únicamente se suprime la referencia al domicile en lugar de a la nacionalidad con respecto a los nacionales de Reino Unido e Irlanda que se hacía en la anterior versión. A partir de este momento y, habida cuenta de que el Reino Unido ya no formará parte de este Reglamento, la modificación solo afectará a Irlanda.

3. *Ley aplicable a la separación y el divorcio*

La ley aplicable a la separación y al divorcio se determina por el Reglamento (UE) 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial (*DOUE* L 343/10 de 29 de diciembre de 2010. Para un análisis del alcance de este Reglamento, *vid.* P. de Miguel Asensio, *Ley aplicable al divorcio y fragmentación del DIPr de la UE*, 7 de abril de 2010, pedrodemiguelasensio.blogspot.com.) Esta norma comunitaria no se aplica por parte de todos los Estados miembros de la UE, sino solo a los países que han establecido entre ellos una cooperación reforzada en este ámbito y que son: Bélgica, Bulgaria, Alemania, España, Francia, Italia, Letonia, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumania y Eslovenia.

Las normas de conflicto del Reglamento son también de aplicación universal ya que según se establece en su artículo 4: «La ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro participante». Esta mención significa que a partir del 21 de julio de 2012 *la ley aplicable a la separación y el divorcio se determinará siempre por el Reglamento* quedando el artículo 107.2 del Código Civil, que es la norma de conflicto interna, tácitamente derogado para estas cuestiones.

En algunas ocasiones nuestros órganos jurisdiccionales no entienden que los reglamentos comunitarios son jerárquicamente superiores a la ley interna, y que el reglamento comunitario comenzó a aplicarse en el año 2012 antes de que la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional civil viese la luz. Esto se interpreta erróneamente en la SAP de Murcia de 11 de enero de 2018 (Tol 6.678.397) que indica:

Fundamentos de Derecho.- Tercero.- Se denuncia también la infracción del artículo 107.2 CC, entendiendo el ahora apelante que le Derecho aplicable sobre la disolución del matrimonio es el marroquí, no el español, porque ambos litigantes son nacionales de dicho país y el matrimonio se contrajo ahí. En la contestación a la demanda se transcribía una

redacción de dicho precepto que era anterior a la vigente en ese momento, y decía así: «la separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda». Como precisa la sentencia de primera instancia, tras la Ley 15/2015, de 28 de julio el citado precepto establece: «la separación y divorcio legal se regirán por las normas de la UE o españolas de Derecho internacional privado. El apelante admite en su recurso que dicho cambio legislativo, pero alega que no es de aplicación al presente caso porque el matrimonio se celebró antes de esa reforma, en 2012, sin que tenga trascendencia que la demanda sea posterior. Pero tales argumentos no pueden ser admitidos. Las leyes producen efectos a los veinte días desde su completa publicación en el BOE, salvo que en ellas se establezca otra cosa [...]», y en el presente caso la Ley 15/2015 entró en vigor a los 20 días de su aplicación, por lo al presentarse la demanda el 26 de noviembre de 2016 era esa la legislación aplicable.

Naturalmente, lo era mucho antes, desde el 21 de junio de 2012. En otras ocasiones, lo que ocurre, lisa y llanamente es que los tribunales desconocen la existencia del Reglamento comunitario, v. gr. SAP de Barcelona de 10 de septiembre de 2019, en la que se aplica indebidamente el artículo 107 del Código Civil para determinar la ley aplicable al divorcio en vez del Reglamento de Roma III.

Es preciso indicar que dentro del ámbito material del Reglamento está excluida la nulidad matrimonial (que se continuará regulando en lo que ley aplicable se refiere a través del artículo 107. 1 CC), las consecuencias patrimoniales del matrimonio, así como las obligaciones alimenticias.

El Reglamento reguló, como novedad con respecto al sistema anteriormente vigente la autonomía de la voluntad de las partes, permitiendo que estas decidan entre una pluralidad de leyes con alguna conexión con su matrimonio, cual de ellas se va a aplicar a su divorcio, estableciéndose, si las partes no eligen ley, cual será la designada en defecto de elección.

Artículo 8: «Ley aplicable a falta de elección por las partes. A falta de una elección según lo establecido en el artículo 5, el divorcio y la separación judicial estarán sujetos a la ley del Estado: a) en que los cónyuges tengan

su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto; b) en que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual, siempre que el período de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda, y que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto; c) de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto, d) ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda».

Es decir, si las partes no realizan la elección, el artículo 8 del Reglamento indica cuál es la ley aplicable. Se trata de una norma de conflicto con conexiones jerárquicas y en cascada, con una cláusula de cierre que se recoge ya en el artículo 10 y que evita que se puedan producir situaciones que no se encuentren reguladas por la norma. La regla principal es que el divorcio y la separación judicial estarán sujetos a la ley del Estado en el que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda. Es decir, el Reglamento desplaza como conexión principal la nacionalidad común, la prioritaria en la regulación anterior, en favor de la residencia habitual común como una forma de determinar la ley más próxima al matrimonio. Este desplazamiento, de la conexión nacionalidad a la de residencia, que es el predominante en competencia judicial internacional, comienza a cobrar mucha fuerza en ley aplicable.

Pero en un divorcio internacional no suele ser muy habitual que las partes de diversas nacionalidades conserven ambas el domicilio en un mismo país cuando ya ha surgido la crisis matrimonial. Es frecuente que uno de los cónyuges se mude a otro país, generalmente al de su nacionalidad. En este supuesto el Reglamento prevé en su artículo 8 b) que si los cónyuges no tienen su residencia habitual común en el mismo país se aplicará la ley del país en el que hayan tenido su última residencia común, siempre que no haya transcurrido más de un año desde que finalizó en ese país la residencia común y que uno de los cónyuges todavía resida en ese país en el momento de interponer la demanda. Esta norma de conflicto encaja perfectamente con la norma de competencia judicial

internacional establecida en el artículo 3.1 a) del Reglamento 2201/2003, que otorga la competencia judicial internacional a los tribunales del Estado miembro en el que se situó el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos todavía resida allí.

Ciertamente el Reglamento de competencia no fija un límite temporal, como lo hace el de ley aplicable, con el año desde que dicha residencia común finalizó, ello se debe a la *vis attractiva* que en materia de ley aplicable tiene todavía la conexión de nacionalidad, que provoca que no se desplace de la misma manera ante la residencia, como ocurre con la competencia judicial internacional en las normas comunitarias, que utilizan la nacionalidad como una conexión absolutamente residual. En ley aplicable, si fallan las dos conexiones anteriores de residencia, se aplicará la ley nacional común de los cónyuges en el momento de interponer la demanda y, finalmente, si además no hay nacionalidad común, el órgano que conozca del divorcio aplicará su ley interna al mismo.

Siempre que los cónyuges no pacten nada, porque, como novedad con respecto a nuestro ordenamiento interno, y, en consonancia con el principio de mínima intervención de los poderes públicos en la esfera privada del individuo, los cónyuges pueden pactar la ley que se aplicará a su divorcio. La libertad de elección de esta ley no es absoluta, como en el caso de otros «contratos», sino que está limitada a que la ley elegida tenga al menos una cierta conexión con la esfera personal de los cónyuges. Así:

Artículo 5: 1.- «Los cónyuges podrán convenir en designar la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, siempre que sea una de las siguientes leyes: a) la ley de la residencia habitual de los cónyuges en el momento de celebración del convenio; b) la ley del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos todavía resida allí en el momento que se celebre el convenio; c) la ley de la nacionalidad de uno de los cónyuges en el momento de la celebración del Convenio o, d) la ley del foro».

Aunque no se ofrece una completa libertad de elección, las posibilidades son amplias para los cónyuges y, presumiblemente, aunque la libertad fuese completa, lo más probable es que la elegida fuese, en la inmensa mayoría de los casos, una de las leyes apuntadas.

En sus relaciones familiares es extraño que las personas pretendan que se les aplique una ley que no esté suficientemente vinculada con su vida —nacionalidad o residencia— pero podría suceder y ello, normalmente, se debe al objetivo de tratar de eludir alguna norma imperativa del Derecho que les es aplicable. Esta limitación (muy corta, eso sí) al pacto de ley aplicable al divorcio impediría a los cónyuges divorciarse con arreglo a una ley que no tuviese absolutamente ninguna vinculación con ellos, pero que otorgase, por ejemplo, una disolución del matrimonio más rápida. Así, dos cónyuges de nacionalidades irlandesa e italiana, que residan en Italia y pretendan divorciarse de mutuo acuerdo ante los tribunales italianos, no podrán elegir como ley aplicable la ley española de divorcio (divorcio exprés) de modo que, necesariamente, tendrán que divorciarse tras haber obtenido la separación legal que establece, bien la legislación irlandesa, o bien la legislación italiana.

En cuanto a la forma de designar la ley aplicable, el Reglamento establece en su artículo 7 que se llevará a cabo a través de un convenio cuya validez dependerá de que se formule por escrito y esté fechado y firmado por ambos cónyuges. Igualmente, se indica en el artículo 5.3 que, si la ley del foro así lo establece, los cónyuges también podrán designar la ley aplicable ante el órgano jurisdiccional en el curso del procedimiento.

Teniendo esto en cuenta, y como punto oscuro en la puesta en práctica de la elección descrita, la operativa de dicha elección de ley al divorcio en España va a resultar complicada en buena parte de los casos, salvo que los juzgados muestren comprensión y flexibilidad ante el complicado encaje, como sucede habitualmente, entre el Reglamento comunitario y la legislación española. Porque ¿como se va a instrumentar en nuestro ordenamiento esta elección de ley?

Si se trata de divorcios de mutuo acuerdo, no parece que esta cuestión vaya a resultar excesivamente problemática, se puede introducir por las partes en el convenio regulador que, a continuación, se ratifique judicialmente. Con ello se cumple los requisitos formales del artículo 7 y los añadidos por la legislación española (sin perjuicio de cumplir igualmente algún requisito formal imperativo del Estado miembro en el que residiese el otro cónyuge, artículo 7.3).

El problema surge si se trata de un divorcio contencioso. Es difícil, pero no imposible, que los cónyuges no hayan conseguido ponerse de acuerdo para redactar un convenio regulador, pero sí estén de acuerdo en que quieren aplicar a su divorcio una ley extranjera. Por ejemplo, dos cónyuges franceses residentes en España que deseen divorciarse en nuestro país con arreglo a la ley francesa, siendo su divorcio contencioso. En ese supuesto cabría la duda de si se cumple lo establecido en el artículo 5.3 del Reglamento y la ley del foro (la española) permite la designación de ley aplicable en el curso de un procedimiento de este tipo. No parece que sea imposible la elección de esta ley en un procedimiento contencioso si ambos cónyuges están de acuerdo en dicha elección.

El Reglamento contiene todavía algunas disposiciones de interés, la primera referida a la exclusión de la ley designada por la norma de conflicto y la aplicación subsidiaria de la ley del foro. Se prevé en el artículo 10 que en el caso en el que la ley designada por las normas de conflicto no contemple el divorcio o no conceda a uno de los cónyuges por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial, se aplicará la ley del foro. Ello ya estaba contemplado en nuestro artículo 107.2 c), anteriormente vigente, con lo cual no supone ninguna novedad. Esta mención permitirá excluir la aplicación de determinados derechos (generalmente de corte islámico) que discriminen a la mujer a la hora de acceder a la disolución del matrimonio.

Igualmente, el artículo 12 del instrumento analizado contempla la posibilidad de excluir el Derecho designado por motivo de incompatibilidad manifiesta con el orden público del foro. No se indica en este artículo si subsidiariamente se aplicará el Derecho interno del tribunal que conoce o no, pero la deducción lógica es que esto va a ser así.

En resumen, el Reglamento dibuja un sistema en el que normalmente el tribunal del EM que está tramitando el divorcio va a aplicar su ley interna al mismo, si las partes no han elegido ley, porque por lo general será la ley de la residencia habitual de las mismas, o de su última residencia durante el año inmediatamente anterior y, si no se dan estas premisas y ambos cónyuges no tienen la misma nacionalidad, porque se aplicará la ley del foro. Ciertamente, los cónyuges tienen la posibilidad de elegir una ley extranjera para regular su divorcio, pero en la mayoría de los supuestos se van a decantar, probablemente, por elegir la española si la demanda se interpone ante nuestros tribunales, al ser una ley que facilita la disolución del matrimonio.

*Autora: Flora Calvo Babío
(Profesora contratada doctor de Derecho Internacional Privado,
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid)*

DOCUMENTO PÚBLICO

1. Concepto de documento público

El elemento esencial para calificar un documento como público es la autoría. 1.º Dícese que un documento es público cuando ha sido intervenido por una autoridad. Ese criterio de la autoría permite diferenciar entre documentos públicos judiciales y extrajudiciales, y permite diferenciar asimismo dentro de los extrajudiciales, entre notariales y administrativos. 2.º Adicionalmente para que tengan fuerza probatoria, la doctrina entiende que el funcionario debe estar legitimado por su propia

legislación para autorizar el documento (ALBALADEJO). 3.º Por último, se entiende que el documento debe revestir las formalidades exigidas por la Ley. Los tres elementos definitorios del documento público son pues la intervención de funcionario público, la competencia y la formalidad. En el ordenamiento español se deducen de una lectura conjunta de los artículos 1216 del Código Civil y 317 LEC 1/2000 sobre Enjuiciamiento civil. No obstante, corresponde a cada Estado determinar la naturaleza pública del documento.

El criterio de la autoría es definitivo también en el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, suprimiendo la exigencia de legalización en los documentos públicos extranjeros, considerándose documentos públicos (artículo 1):

[...] los documentos dimanantes de una autoridad o funcionario vinculado a una jurisdicción del Estado, incluyendo los provenientes del ministerio público, o de un secretario, oficial o agente judicial; b) los documentos administrativos; c) los documentos notariales; d) las certificaciones oficiales que hayan sido puestas sobre documentos privados, tales como menciones de registro, comprobaciones sobre la certeza de una fecha y autenticaciones de firmas. Sin embargo, el presente Convenio no se aplicará: a) a los documentos expedidos por agentes diplomáticos o consulares; b) a los documentos administrativos que se refieran directamente a una operación mercantil o aduanera.

Se parte así de un concreto abierto de documento centrado en la autoría.

El concepto de documento público aquí retenido es el relativo a hechos o situaciones jurídico-privadas contenidas en documentos, excluyéndose los documentos o actos administrativos que aunque reconozcan derechos a las personas (p. ej. una cualificación profesional) plantean una problemática similar, algunos tipos requieren soluciones diferentes.

Por el tipo de autoridad interviniente cabría diferenciar entre documentos judiciales y extrajudiciales y dentro de estos, los notariales, registrales

o los dictados por cualquier otro funcionario público investido del poder para ello. Afectan a todas las relaciones jurídico-privadas, tanto de contenido patrimonial como de orden personal y familiar. Las relaciones de parentesco y adopción, el matrimonio o las parejas registradas tienen numerosas implicaciones no circunscritas exclusivamente al ámbito del Derecho de familia; inciden en el Derecho de extranjería (p. ej. personas que pueden ser reagrupadas), el Derecho fiscal o el Derecho de la seguridad social (p. ej. derecho a prestaciones).

2. Eficacia extraterritorial de los documentos públicos

El principal problema que suscitan en las situaciones privadas internacionales tiene que ver con su eficacia extraterritorial, es decir, con la necesidad de que un documento regularmente intervenido o autorizado por una autoridad pública en un Estado esté llamado a surtir efectos más allá del Estado en que se expidió. Cada Estado en ejercicio de su soberanía delega en sus jueces, notarios, registradores y otras autoridades el ejercicio de ciertas funciones (judicial, autenticadora, registral) que cristalizan en una variada tipología de documentos. Al ser eficaces dentro de los límites de las fronteras del Estado de la autoridad que los dicta, la circulación más allá de esa frontera precisa de la articulación de soluciones para que puedan producir el efecto pretendido.

La posibilidad de que estos sean utilizados fuera del Estado en que se dictan o autorizan tropieza con que para el Estado de acogida el documento público sea extranjero. La extranjería del documento viene determinada por el hecho de que el documento haya sido dictado por una autoridad extranjera o, más exactamente, la nacionalidad del documento viene determinada por la nacionalidad de la autoridad que lo intervino. Si se pretende que el acto contenido despliegue todos los efectos que le son propios (ejecutivo, registral o simplemente probatorio) deberá cumplir los requisitos relativos a la validez de dicho acto. Simultáneamente debe contenerse en un documento formalmente válido.

3. *Diferencia entre eficacia de su contenido y fuerza probatoria*

La diferencia entre la validez del acto o negocio jurídico y la validez del documento en que se contienen no la conocen todos los sistemas jurídicos. Con esta quiere designarse que una cosa es la eficacia del acto incorporado al mismo (p. ej. un contrato o un testamento), o validez del *negotium*, y otra distinta es la fuerza probatoria del documento que las incorpora, o validez del *instrumentum*. Por otra parte, las exigencias para los documentos públicos suelen relajarse respecto a las exigencias requeridas para las sentencias y resoluciones judiciales. Y es que los documentos auténticos carecen del efecto de cosa juzgada que caracteriza a las decisiones judiciales.

4. *Regularidad formal*

Debe verificarse la regularidad del documento y la eficacia del acto en el Estado de origen. Esto explica que normalmente sea la *ley del lugar de otorgamiento* la que determine la regularidad formal del documento. Significa esto que la regularidad externa del documento fuera del Estado en que se otorga, debería medirse conforme al Derecho material de la ley de la autoridad interviniente en el extranjero. La razón es sencilla: normalmente la ley del lugar de otorgamiento será la que imponga, por ejemplo, la formalización de dicho documento en documento público.

Caben dos excepciones. 1.^a Que la autoridad interviniente haya aplicado una ley extranjera en la confección del documento. Por ejemplo, porque así lo permitan instrumentos internacionales (p. ej. R Roma I sobre ley aplicable a los contratos o Convenio de La Haya de 1961 relativo a la forma de las disposiciones testamentarias) o porque la autoridad tenga en cuenta el país en el que el documento está llamado a desplegar efectos. 2.^a Los actos y documentos otorgados ante funcionarios diplomáticos y consulares están sujetos a la ley del país para el que actúan con independencia de que se hallen en el extranjero.

De modo que para que un documento público extranjero sea considerado formalmente válido fuera del Estado en que se dicta, normalmente son necesarios los siguientes requisitos. 1.º Que haya sido dictado por *competente* autoridad extranjera que actúe en el ejercicio de sus funciones. 2.º Que sea formalmente válido conforme a la ley (extranjera) que fue otorgado. Uno y otro extremo se contrastan a través de la *legalización*. El documento sin legalización no prueba nada. Pero incluso legalizado, no bastará para el reconocimiento de efectos del acto o situación que consignan.

5. *Legalización*

La legalización consiste en (1.º certificar la autenticidad de la *firma* del documento; (2.º certificar y especificar *la calidad en la que interviene la autoridad* signataria; y, en su caso, (3.º la *identidad del sello o timbre* que el documento ostente (siguiendo la definición del artículo 1 del Convenio de la CIEC n.º 17). La exigencia de legalización es un importante obstáculo a la circulación de los documentos. Esto explica una tendencia bastante afianzada orientada a flexibilizar e incluso a suprimir esta exigencia formal.

6. *Flexibilización de la legalización*

El Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961, suprimiendo la exigencia de legalización sobre los documentos públicos extranjeros (o Convenio sobre Apostilla), supuso un importante avance al sustituir la legalización por la fijación de una «apostilla» expedida por la autoridad competente del Estado del que dimana el documento (artículo 3) y que deberá acomodarse al modelo anejo al Convenio. Aunque realmente comporta la sustitución de una exigencia formal por otra, el *Convenio de Apostilla* implica, para el grupo de más de noventa Estados que son parte, una solución uniforme y sencilla. Además, la tecnología está ayudando a permeabilizar las fronteras. Uno de los avances en este campo viene de-

terminado por la posibilidad de emisión electrónica de las Apostillas (Programa de Apostilla Electrónica e-APP).

7. Supresión de la legalización o formalidades análogas

La «legalización» no se exige para las «certificaciones» europeas ni otros documentos en el marco de ciertos Reglamentos europeos; por ejemplo, en el marco del R. Bruselas I refundido (artículo 61) y el R Bruselas II bis (artículo 52), el R 4/2009, sobre obligaciones de alimentos (artículo 65), el R 650/2012 relativo a las sucesiones (artículo 59) o el R 2016/1103, sobre regímenes económicos matrimoniales (artículo 58), eximen de legalización y de cualquier otra formalidad; exención reforzada cuando además algunos prevén certificados uniformes a expedir por la autoridad competente que han de ser aceptados en los demás Estados miembros. Realmente el reconocimiento solo puede rechazarse por muy limitados motivos (i. e. orden público). (De modo análogo en algunos de los convenios bilaterales que tiene suscritos España).

En el mismo *marco de la Unión Europea* es importante el Reglamento UE 2016/1119, por el que se facilita la libre circulación de los ciudadanos simplificando los requisitos de presentación de determinados documentos públicos en la Unión Europea (en vigor desde el 16 de febrero 2019). Se refiere únicamente a los documentos (artículo 2.1): 1.º bien relativos al estado civil: nacimiento y defunción, matrimonio (incluida la capacidad para contraer matrimonio), la separación judicial y el divorcio, parejas registradas (incluida la capacidad para inscribirse como miembro de una unión de hecho y la condición de miembro de una unión de hecho registrada, así como la cancelación de la inscripción registral), la filiación, la adopción, y la nacionalidad; 2.º bien relativos a determinadas circunstancias personales que no son propiamente «estado civil» como el nombre, el domicilio o la residencia, los relativos a la fe de vida o a la ausencia de antecedentes penales. Se parte así de un concepto cerrado de documento público.

La idea-eje es que el documento público extranjero se presume formalmente válido y de ahí que se trate de facilitar la circulación del documento como tal, relajando las exigencias formales o extrínsecas del documento. Tiene por objeto la eliminación radical de la legalización y exigencias análogas, esto es, de la traducción jurada (que era un problema abierto en los Reglamentos anteriores) y copia compulsada, y puede ser sustituido por un impreso estándar disponible en el Portal e-justicia. Prevé además un procedimiento de control del fraude. No obstante, no asegura el reconocimiento de los actos o relaciones que consignan; se limita a facilitar la circulación de los documentos comprendidos. Pero impone a las autoridades de los Estados miembros la *aceptación* de los documentos regularmente confeccionados en los demás Estados miembros.

8. *Fuera del ámbito de la Unión Europea*

Fuera del ámbito de la Unión Europea tampoco se exige legalización y exigencias análogas en el marco del Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de los niños, de 19 de octubre de 1996 (artículo 43), relativo a las medidas de protección (p. ej. un documento sobre nombramiento de tutor expedido por autoridad extranjera).

Destaca el *Convenio n.º 17 de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC)*, hecho en Atenas el 15 de septiembre de 1977, sobre dispensa de legalización de ciertos documentos. Por este se *suprime* en todos los Estados contratantes la necesidad de legalización o de *cualquier otra formalidad*, tanto para los documentos relativos al estado civil, capacidad o situación familiar de las personas físicas, su nacionalidad, domicilio, residencia, como para cualquier otro documento que haya sido extendido para la celebración del matrimonio (artículo 2). Los referidos documentos deben estar fechados y firmados y, en su caso, sellados por la autoridad del Estado contratante que lo haya expedido. Es un exponente de cooperación que sirve, obvio es, en el marco de los Estados miembros de la CIEC que hayan ratificado el Convenio.

El *Convenio n.º 16 de la Comisión Internacional del Estado Civil (CIEC)*, relativo a la expedición de extractos plurilingües de actas del estado civil, firmado en Viena el 8 de septiembre de 1976, tiene por objeto facilitar la utilización de las partidas de nacimiento, matrimonio o defunción expedidas por un Estado miembro en los demás Estados miembros, mediante la utilización de unos *formularios normalizados*, anejos al Convenio. Deben venir firmadas y selladas por la autoridad que los emite y tendrán el mismo valor que los extractos expedidos conforme a las normas de Derecho interno del Estado del que emanan (artículo 8). Han de ser aceptados sin legalización ni formalidad equivalente alguna.

Asimismo se suprime la exigencia de legalización por el Convenio europeo relativo a la supresión de la legalización de los documentos extendidos por agentes diplomáticos y consulares, de 7 de junio de 1968. No precisarán legalización los documentos expedidos por los agentes diplomáticos o consulares de un Estado contratante y que deban presentarse, bien en el territorio de la otra parte contratante, bien a los agentes diplomáticos o consulares de otra parte contratante, aunque ejerzan sus funciones en país tercero (artículo 2).

9. *Alcance de la legalización o apostilla*

1.º *Alcance limitado de la legalización o apostilla.* Un documento legalizado en la práctica de ciertos países no presupone un verdadero control de regularidad del documento público extranjero conforme a la ley extranjera. Así, se ha sostenido que la legalización invierte la carga de la prueba y corresponde a la otra parte acreditar su irregularidad (P. JIMÉNEZ BLANCO). El propio Convenio de La Haya de 1961 señala el ámbito concreto de la legalización «[...] la autenticidad de la firma, la calidad en que el signatario del documento haya actuado, y en su caso, la identidad del sello o timbre del que el documento esté revestido [...]» (artículo 3). De modo que la legalización alcanza a la regularidad formal del documento extranjero pero no comporta un verdadero control de regularidad del

documento conforme a la ley extranjera, y en ese sentido, no conlleva una presunción de regularidad.

2.º *Alcance limitado de la dispensa de legalización.* La dispensa de legalización permitida por cualquiera de los instrumentos señalados no ampara ninguna presunción de legalidad del contenido del documento o de la realidad de los hechos; como afirmó la Dirección General de los Registros y del Notariado (España) en Instrucción de 20 de marzo de 2006 sobre prevención del fraude documental, solo podrá apreciarse conforme a la ley rectora del fondo.

10. Traducción

Finalmente, la traducción a la lengua oficial o lenguas oficiales del Estado en el que se pretende hacer valer sus efectos.

Autora: Mónica Guzmán
(*Catedrática de Derecho Internacional Privado,*
UNED, Madrid)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: AA. VV. *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea* (dir. M. FONT Y MAS), Bosch, 2014; ALBALADEJO GARCÍA, M. (dir.). *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, tomo XVI, vol. 2, 2.ª ed. Edersa, 1991; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.). *Comentarios al Código Civil*, tomo VI, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; BERNASCONI; Ch. «The Electronic Apostille Program: Bringing the Apostille Convention into the Electronic Era», *Entre Bruselas y La Haya. Liber Amicorum Alegría Borrás*, Madrid, 2013, pp. 199-21; DIAGO DIAGO, P. «La circulación de documentos públicos en situaciones transfronterizas: la tensión entre seguridad jurídica y la reducción de las cargas para el ciudadano», *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz*, (<https://www.ehu.es/es/web/cursosderechointernacionalvitoria>), 2019; GÓMEZ BUENDÍA, C. «Noción de documento público extrajudi-

cial en el Derecho español», en *El documento público extranjero en España y en la Unión Europea* (dir. M. FONT Y MAS), Bosch., 2014. pp. 235-263; JIMÉNEZ BLANCO, P. «La eficacia probatoria de los documentos públicos extranjeros», *Annuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo I, 2001, pp. 365-404; LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. «Eficacia en España de documentos formalizados en países extranjeros», *III Congreso Nacional del Notariado español, Maspalomas*, Gran Canaria, 1987.

DOMICILIO

1. *Concepto general*

El domicilio ha sido el concepto históricamente empleado por los sistemas jurídicos de los distintos estados para concretar el lugar de vida habitual de la persona. El domicilio ha tenido un significado ligado a varias disciplinas del Derecho, al Derecho civil, administrativo, fiscal o al Derecho internacional privado. Se focaliza en la concepción de pertenencia a una determinada organización territorial mediante el cumplimiento de ciertas obligaciones formales, lo que le hacen especialmente útil para objetivar la sujeción de una persona a un ordenamiento jurídico concreto. Se puede definir como el lugar de la localización geográfica de la vida de una persona vinculada al cumplimiento de una serie de requisitos, habitualmente de registro administrativo en la localidad en la que vive, siempre que haya tenido una vinculación a la misma.

El ordenamiento jurídico de los estados regula el domicilio de forma diferente. En el Derecho español el artículo 40 del Código Civil unifica los conceptos de domicilio y de residencia habitual de las personas, cuando establece que «para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, y, en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil. El domicilio de los diplomáticos residentes por razón de su cargo en el extranjero, que gocen del derecho de extraterritorialidad, será el lugar de su residencia habitual en el extranjero».

torialidad, será el último que hubieren tenido en territorio español». Así pues, para el Derecho civil español, domicilio y residencia habitual son conceptos sinónimos, una misma realidad jurídica que exige la presencia física en un lugar y la voluntad de que sea el centro habitual de vida e intereses de la persona.

Sin embargo, no todos los ordenamientos jurídicos definen el domicilio de igual manera, ni lo relacionan con la residencia habitual tal y como hace el Derecho español. Por ejemplo, en el Derecho italiano, el domicilio y la residencia habitual son conceptos diferentes. Según el artículo 43 del Código Civil italiano, el domicilio de una persona es el lugar donde ha establecido el lugar principal de negocios e intereses, teniendo concepción ligada al ámbito económico y laboral, mientras que la residencia está en el lugar donde la persona tiene su morada habitual, vinculándose al ámbito personal y familiar. En el Derecho anglosajón, por ejemplo, el concepto de domicilio se define como el lugar donde una persona considera que están sus raíces o donde tiene su hogar de forma permanente, diferenciando los sistemas de Derecho anglosajón distintos tipos de domicilio, como los de origen, de elección o de dependencia. No entraremos a detenernos en estas diferencias, pero sí citaremos que, en comparación con el Derecho español, el domicilio anglosajón nos acerca más al concepto de vecindad civil, pudiendo un británico mantener su domicilio formal (permanente, el de siempre) en el Reino Unido mientras su vida diaria la desarrolla en España, siempre que no haya finalizado el contacto anterior —registro, vivienda u otros bienes—, con el Reino Unido. Este hecho no podría ocurrir aplicando el concepto civil de domicilio del Derecho español.

Antes de entrar a analizar el domicilio en el ámbito del DIPr no podemos dejar de destacar que es una institución jurídica que tiene gran trascendencia para el Derecho procesal, también en el procesal internacional, por el cual se establece el lugar de localización de las notificaciones a las partes en el proceso, independientemente de cuál sea su residencia habitual, permitiendo en este caso los sistemas jurídicos notificar los trá-

mites procesales en los lugares en los que se tuviese conocimiento de la existencia de una vivienda de la parte. También tiene gran trascendencia en el Derecho administrativo, como localización de la relación de la persona con el Estado en el que se encuentra mediante la inscripción en un determinado padrón municipal. O en el Derecho fiscal, siendo definido el domicilio a efectos de la obligación de presentar los tributos vinculándose o a la permanencia en un Estado durante un determinado tiempo, o al lugar en el que se ejerce u ocurre una actividad con valor económico, dependiendo del tributo en cuestión.

2. El domicilio como criterio de competencia internacional y ley aplicable en el DIPr actual

En cuanto a su uso e importancia en el Derecho europeo y español, el Reglamento Bruselas I bis establece en su artículo 6 que, si no existe acuerdo entre las partes, el demandado debe estar domiciliado en un Estado miembro para la aplicación del Reglamento, toda vez que si el demandado no está domiciliado en un Estado miembro, la competencia judicial internacional de estos se regirá por lo establecido en su norma interna, salvo lo dispuesto en los foros exclusivos o de protección de consumidores y trabajadores. El Reglamento sí permite en su artículo 25 que las partes puedan acordar la competencia de tribunales europeos, aunque tengan su domicilio fuera de la UE, en cuyo caso se habrá de analizar si la regulación de estos Estados miembros permite esta competencia judicial internacional. Sobre cómo se concretará si una persona está domiciliada en un Estado miembro o no, el propio Reglamento nos señala que el órgano jurisdiccional de ese Estado aplicará su propia ley interna, y si tiene que conocer si está domiciliado en otro Estado miembro deberá aplicar la de ese otro Estado. Recordemos que como señalamos cada país regula el domicilio de diferente forma, y los problemas de coordinación que puede provocar este hecho, con varios estados que se consideren competentes o que no lo sea ninguno.

En cuanto a su importancia como criterio de localización de la competencia judicial internacional y de la ley aplicable, en la actualidad podemos destacar sin temor a equivocarnos que el domicilio ha caído en desuso en el Derecho internacional privado de la Unión Europea y español como criterio para la determinación de la competencia judicial internacional de un Estado o para establecer el punto de conexión de concreción de la ley aplicable para resolver las situaciones privadas con un elemento de internacionalidad. En la actualidad el domicilio prácticamente no es empleado en la disciplina para esta concreción, y en relación con el mismo han tomado mucha mayor importancia la nacionalidad, que vincula a una persona con un Estado si necesidad de permanencia física en él, y la residencia habitual, en la que destaca la combinación entre el aspecto volitivo y el de permanencia física con cierta estabilidad, frente al único mantenimiento de vínculos administrativos del domicilio.

La doctrina ha señalado que el concepto de residencia habitual supone la superación de la rivalidad anterior existente entre el criterio de la nacionalidad, más aplicado en los países continentales latinos y germánicos, y el del domicilio, más habitual en los países territorialistas, los anglosajones y escandinavos. Esta apuesta por la residencia habitual supone evitar la nacionalidad cuando no se relaciona con el centro habitual de vida de una persona, y las dificultades que provocan los distintos conceptos de domicilio entre estados, y el hecho de que dependa más de la voluntad del sujeto que de su realidad diaria. Los Reglamentos, con ello, evitaron aportar un nuevo concepto de domicilio, si bien tampoco optaron por definir la residencia habitual, dejando su concreción al análisis caso a caso por los Tribunales.

Todos los criterios tienen sus ventajas e inconvenientes. Con relación a las ventajas del domicilio, se puede concretar de forma más objetiva, y otorga por ello una mayor aparente seguridad jurídica a las partes, pudiendo el Estado concretar por sus propios medios públicos cuándo una persona tiene domicilio en su territorio y cuándo no lo tiene. Permite que el propio Estado descarte de forma inicial aquellos supuestos con

los que no se considere relacionado, sin perder un precioso tiempo inicial en las controversias internacionales para concretar si tiene competencia judicial internacional o no. Supone enraizar la solución de los conflictos a sus datos objetivos, comprobables, actuales y que conocen mejor las autoridades que los resuelven. Esto provoca ahorro de costes y tiempo en solución posterior a las situaciones internacionales, ya que vincula la resolución práctica de un conflicto a las autoridades que participaron en ella. Por último, permitirá una rápida ejecución de la resolución que ponga fin al conflicto en el lugar de vida de las partes involucradas en el mismo.

En cuanto a sus inconvenientes, es evidente que el mayor es la diferente forma de concretar el domicilio de los distintos estados. Este hecho provoca una gran inseguridad jurídica, ya que si dos Estados consideran que una persona tiene domicilio en ellos o que no lo tiene en ninguno, la aboca a una absoluta incerteza sobre qué Estado será competente para resolver un conflicto pudiendo no encontrar el amparo de ningún ordenamiento jurídico. Por otro lado, su aspecto más administrativo no permite en todos los supuestos vincular la resolución del conflicto a la vida real actual de la persona, toda vez que puede tener su centro habitual de vida en un determinado Estado, pero su domicilio administrativo en otro. El hecho de que el domicilio dependa más de un aspecto administrativo o formal que material o de fondo y que tenga un carácter electivo, puede conducirnos a claros fraudes de ley, manteniendo domicilios ficticios donde interese a las partes sin tener una directa vinculación a ellos.

Hoy en día la doctrina asume mayoritariamente la opinión por la cual el domicilio, al variar su concepto en cada Estado y estar tan vinculado a aspectos registrales y de voluntad de la persona y menos a su vinculación real, ha debido ir dejándose de lado como criterio para determinar la competencia judicial y la ley aplicable a situaciones internacionales, debiendo ceder de forma natural frente a la residencia habitual, que se vincula a hechos reales, es decir, la presencia física de la persona en deter-

minado lugar a la que se le añade que el mismo constituya el efectivo centro de vida e intereses de la persona. En estas circunstancias, hoy en día, el domicilio de la persona se aplica como criterio en el DIPr cuando no se da ningún otro criterio para el establecimiento de la competencia o la ley aplicable de los establecidos en la norma, se desconoce o es imposible de concretar la residencia habitual de una persona, o la nacionalidad no es considerada como criterio o nos encontramos ante apátridas.

3. Aspectos prácticos en el DIPr del diferente concepto de domicilio entre los estados

Para apreciar brevemente cómo puede afectar desde la perspectiva práctica el distinto concepto de domicilio de los estados a la hora de resolver problemas de Derecho internacional privado, podemos traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo n.º 685/2018 de 5 diciembre 2018 (ECLI:ES:TS:2018:4139), en la que se resuelve la sucesión de un ciudadano británico fallecido el 25 de julio de 2013, antes de la aplicación del Reglamento de Sucesiones. Residiendo en Valencia, realizó testamento aplicando la legislación británica, en el que señaló expresamente que consideraba que tenía su domicilio en el Reino Unido.

En Primera Instancia se entendió que su residencia habitual era España, aplicando el artículo 40 del Código Civil. Sin embargo, la Audiencia Provincial y el Tribunal Supremo entendieron que, si había testamento aplicando la ley inglesa y la misma era la aplicable según el 9.8 del Código Civil vigente en tal momento, se debía tener en cuenta la norma de conflicto británica, y el punto de conexión se debía aplicar según el concepto de domicilio del Derecho inglés, no el del Derecho español. En tal circunstancia, como hemos señalado, el concepto de domicilio del Derecho inglés admite la existencia del mismo si se mantiene un arraigo y conexiones personales con el domicilio permanente de la persona, el de siempre, máxime si así lo considera la persona. Y si el fallecido afirmó en su testamento tener su domicilio en su localidad natal en la que mantenía cuentas corrientes y conexiones personales, según el Derecho in-

glés seguía teniendo el domicilio en el Reino Unido y esta era la conexión que se debía aplicar. Esta valoración provocó que no se pudiese aplicar el reenvío para no poner en riesgo la unidad de la sucesión, admitiendo la aplicación del Derecho inglés a la sucesión con las claras consecuencias prácticas que este hecho tuvo entre los herederos que pleiteaban en el proceso. Según el Tribunal, esta era la forma de lograr la armonía internacional de soluciones, ya que cuando se aplica el Derecho extranjero, el juez español debe resolver como lo hubiese hecho un juez extranjero aplicando su Derecho íntegramente.

Autor: Lucas Andrés Pérez Martín

*(Profesor contratado. Doctor en Derecho Internacional Privado,
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CAMPUZANO DÍAZ, B. «Las normas de competencia judicial internacional del Reglamento 1215/2012 y los demandados domiciliados fuera de la UE: análisis de la reforma», *REEL*, n.º 28, 2014, pp. 1-35; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. «El concepto de residencia habitual del causante en el reglamento sucesorio europeo». *Barataria. Revista Castellano-Manchega de Ciencias Sociales*, n.º 19, 2015, pp. 15-35; GARCÍA GUTIÉRREZ, L. «Sucesión de un nacional británico residente en España: el reenvío, de nuevo, como elemento decisivo entre la libertad de testar y los derechos sucesorios de legítima, típicos en el Derecho civil común español», *CDT*, octubre 2019, vol. 11, n.º 2, pp. 616-623; LAMONT, R. «Habitual residence and Brusells II bis: developing concepts for european private International family law», *Journal of Private International Law*, 2007, october, pp. 261-281; LAGARDE, P. «Vers un Règlement communautaire du Droit international privé des régimes matrimoniaux et des successions», en *Pacis Artes*, vol. II, 2005, Madrid, pp. 1686-1708; RODRÍGUEZ BENOT, A. «El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho internacional privado», *CDT*, marzo 2010, vol. 2, n.º 1, pp. 186 a 202; ROGERSON, P. «Habitual residence: the new domicile?», *Int'l & Comp. Law Q.*, 2000, vol. 49, n.º 1, pp. 86 a 107; ZHANG, M. «Habitual Residence v.

Domicile: A Challenge Facing American Conflicts of Law», *Maine Law Review*, 2018, vol. 70, n.º 2, pp. 160 a 197.

VOCABLOS CONEXOS: Competencia judicial internacional. Ley aplicable. Residencia habitual. Nacionalidad.

E

EJECUCIÓN DE DOCUMENTOS PÚBLICOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA

La ejecución de un documento público extranjero es una cuestión procesal y frecuente en nuestro país. Hay una importante regulación del mismo, en este sentido se delimitará: por un lado, la normativa que debe aplicarse en los distintos supuestos. Es muy frecuente encontrar referencias al mismo en el entorno civil, el específicamente familiar, el mercantil, trascendiendo su uso en la vía judicial. De otro lado, se señala qué se entiende por «documento público». Además, se establecen los requisitos que debe cumplir un documento para tener fuerza ejecutiva en España. Finalmente, se hace referencia a qué procedimiento es el adecuado seguir para llevar a cabo su ejecución en España.

1. Ejecución de documentos públicos extranjeros en España

1.1. Análisis de la normativa de aplicación

La Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil (en adelante, LCJIMC) entró en vigor el 20 de agosto de 2015. Se trata de una normativa que regula la cooperación jurídica internacional entre las autoridades españolas y extranjeras, y que establece un marco legal necesario, para garantizar la seguridad jurídica y tutela judi-

cial efectiva, principios proclamados en nuestra Constitución. Su regulación no da respuesta a todas las cuestiones que se plantean en este ámbito, debiendo acudir, en estos casos, a otros preceptos.

Como se señalaba con anterioridad, esta ley se centra en la regulación de la ejecución de documentos públicos extranjeros y a su inscripción registral, sin hacer referencia a otros aspectos de su eficacia internacional. «La Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, se promulga para superar históricos defectos técnicos del sistema español de Derecho internacional privado y para incorporar soluciones novedosas con las que afrontar adecuadamente la complejidad del tráfico jurídico externo. Siendo sus principales caracteres generales la naturaleza subsidiaria respecto de otras fuentes del sistema y la promoción de la cooperación internacional» (RODRÍGUEZ BENOT, A. «La ley de cooperación jurídica internacional en materia civil». *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2016, n.º 1, vol. 8, pp. 234-259.

Su aplicación en las relaciones internacionales es de carácter subsidiario, pues, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión, concede prioridad a las normas de la Unión Europea y de los tratados y acuerdos internacionales en los que España sea parte y a las normas especiales del Derecho interno.

Conforme al sistema de fuentes que rige en nuestro país, se determina en primer lugar, que si ambos países pertenecen a la Unión Europea (en adelante, UE), debe aplicarse el Derecho institucional de la UE. En segundo lugar, que si uno de los dos países no pertenece al ámbito comunitario, deberá comprobarse si España ha firmado algún convenio bilateral con el país cuya resolución debe reconocerse o ejecutarse, y en último término, se aplicará la Ley nacional española. Señala PEITEADO MARISCAL que el sistema de fuentes se concreta en el siguiente conjunto de normas, distinguiendo el sistema comunitario, convencional y de Derecho interno. Y refiere que «En cuanto al sistema comunitario, su norma fundamental es el Reglamento 1215/2012, sobre competencia,

reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que se aplica a las resoluciones dictadas por tribunales de Estados miembros de la Unión Europea en materia civil y mercantil, recaídas en procesos incoados a partir del 10 de enero de 2015. Para el reconocimiento y ejecución de resoluciones de tribunales de Estados miembros procedentes de acciones civiles o mercantiles ejercitadas antes, la norma aplicable es el Reglamento 44/2001» (PEITEADO MARISCAL, P. *Instrumentos procesales para la tutela judicial del crédito*. S.L, 2018, pp. 89-96. Ed. Dykinson).

Como veremos, la regulación que dispensa el Reglamento 1215/2012, con relación al tratamiento del documento público extranjero, fue acogida por la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil. Esta última norma mencionada, utiliza un concepto de «cooperación jurídica internacional» muy amplio, contemplando instituciones jurídicas que trascienden a las reguladas hasta el momento como son, el reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras, el procedimiento judicial de *exequatur*, y la ejecución de documentos públicos extranjeros, así como la inscripción de estos últimos en los registros públicos españoles. De esta manera, se cubre un vacío legal importante y necesitado de regulación, pues los artículos 951 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, respondían a planteamientos obsoletos e insuficientes. Y es que, nos encontramos ante fenómeno cada vez más frecuente y recurrente, en el mundo globalizado donde nos encontramos.

2. *Su carácter de documento público*

El preámbulo de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, dedica los capítulos V y VI, a la regulación de los documentos públicos, dejando constancia en su preámbulo de la importancia de este tipo de documentos, en especial los notariales, como pilar básico de la cooperación jurídica internacional, que se pone de manifiesto en el tráfico civil y mercantil con terceros países. Es por ello que

la ley, dedica parte de su articulado a la ejecución, a la notificación y traslado de documentos públicos, singularmente notariales, así como a la inscripción de títulos extranjeros en los Registros Públicos españoles de la Propiedad, Mercantil y de Bienes Muebles. Por tanto, como dice FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, «El documento público no se sujeta a reconocimiento, sino que debe superar determinados filtros. El principal filtro, en sí mismo, de carácter objetivo, es la identificación del documento cuya eficacia en España se pretenda como documento público, concepto que debe distinguirse, como sabemos, de documento extrajudicial» (FERNÁNDEZ-TRESGUERRES GARCÍA, A. «Eficacia en España de los documentos públicos extranjeros en la Ley 29/2015, de la cooperación jurídica internacional en materia civil». *La Notaría*, n.º 1, 2016, pp. 12-25).

Además, en este mismo sentido, define la LCJIMC en el artículo 43 e), al Documento público como: «cualquier documento formalizado o registrado oficialmente con esta denominación en un Estado y cuya autenticidad se refiera a la firma y al contenido del instrumento, y haya sido establecida por una autoridad pública u otra autoridad habilitada a tal fin».

En el ámbito de la Unión Europea, es el Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, el que define en su artículo 2, «documento público» como «un documento formalizado o registrado oficialmente como documento público en el Estado miembro de origen y cuya autenticidad: se refiera a la firma y al contenido del instrumento, y haya sido establecida por una autoridad pública u otra autoridad habilitada a tal fin».

Como se observa, las definiciones son idénticas, y recogen los requisitos que debe tener un documento para ser considerado como tal. Ahora

veremos, brevemente, precisiones sobre el sujeto, el objeto y la forma aplicables en estos casos:

- Sujeto: debe establecerse por una autoridad pública u otra autoridad habilitada a tal fin.
- Objeto: la autenticidad debe referirse a la firma y al contenido del instrumento.
- Forma: tiene que estar considerado como documento público en su país de origen.

De gran importancia es la cuestión referente a la fuerza ejecutiva de los documentos públicos.

3. La fuerza ejecutiva de los documentos públicos

La LCJIMC reconoce fuerza ejecutiva a los documentos públicos expedidos o autorizados por autoridades extranjeras siempre que sean ejecutables en el país de origen y no resulten contrarios al orden público, sin previa necesidad de *exequatur*. Como señala el artículo 42 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil: procedimiento de *exequatur*: 1. El procedimiento para declarar a título principal el reconocimiento de una resolución judicial extranjera y, en su caso, para autorizar su ejecución se denominará procedimiento de *exequatur*. 2. El mismo procedimiento se podrá utilizar para declarar que una resolución extranjera no es susceptible de reconocimiento en España por incurrir en alguna de las causas de denegación previstas en el artículo 46.

A este respecto señala el artículo 56 de la LCJIMC: «Los documentos públicos expedidos o autorizados por autoridades extranjeras serán ejecutables en España si lo son en su país de origen y no resultan contrarios al orden público. A efectos de su ejecutabilidad en España deberán tener

al menos la misma o equivalente eficacia que los expedidos o autorizados por autoridades españolas». Por tanto, son dos los requisitos que debe cumplir el documento público para ser ejecutable en España, sin necesidad de instar un procedimiento judicial que determine su reconocimiento: 1. El documento debe ser ejecutable en su país de origen y debe tener al menos, una eficacia equivalente a la que tiene en su país de origen. Por tanto, debe probarse que en el país de origen, tenía fuerza ejecutiva. 2. El documento no debe ser contrario al orden público. El ordenamiento jurídico español solo aceptará aquellos documentos públicos que no contradigan los principios informadores del orden público.

El Reglamento 1215/12, mencionado, en su artículo 58, recoge estos mismos requisitos para su aplicación a los países que forman parte de la Unión Europea, resaltando la no necesidad de declaración de fuerza ejecutiva. Añade que el documento público presentado debe reunir los requisitos necesarios para ser considerado auténtico en el Estado miembro de origen.

4. Procedimiento para su reconocimiento

En primer lugar, el documento público extranjero, es título suficiente para interponer demanda ejecutiva en España, sin necesidad, como hemos comentado, de su reconocimiento previo, siempre y cuando se cumplan los requisitos formales necesarios, que son legalización o apostilla y traducción. Si bien, el Reglamento sobre los documentos públicos (Reglamento (UE) 2016/1191), que se adoptó el 6 de julio de 2016 y se aplica en todos los países de la UE desde el 16 de febrero de 2019, simplifica la circulación de determinados documentos públicos. Antes de la adopción del Reglamento, los ciudadanos que tenían que presentar un documento público en otro país de la UE debían obtener un sello de autenticidad (la llamada «apostilla») para demostrar su autenticidad. A menudo, los ciudadanos estaban asimismo obligados a presentar una copia certificada y una traducción de su documento público. El nuevo Re-

glamento pone fin a una serie de procedimientos burocráticos con las siguientes especificaciones:

- Se deja fuera la obligatoriedad del sello de autenticidad (la apostilla). «Los documentos públicos (por ejemplo, una partida de nacimiento, un acta de matrimonio o una resolución judicial) y sus copias certificadas expedidas por las autoridades de un país de la UE deben ser aceptados como auténticos por las autoridades de otro país de la UE sin necesidad de un sello de autenticidad (la apostilla)».
- Se extingue la necesidad por la que se obligaba a los ciudadanos de facilitar al mismo tiempo el original del documento público y una copia certificada: «El Reglamento suprime la obligación que se imponía a los ciudadanos de facilitar al mismo tiempo el original del documento público y una copia certificada».
- Además, el Reglamento quita la exigencia por la que se obligaba a los ciudadanos de facilitar una traducción de los documentos públicos: «si el documento público no está redactado en una de las lenguas oficiales del país de la UE que solicita el documento, los ciudadanos pueden solicitar a las autoridades un impreso estándar multilingüe, disponible en todas las lenguas de la UE».
- Si las autoridades del país de la UE receptor exigen una traducción certificada del documento público presentado por el ciudadano, deben aceptar una traducción certificada hecha en cualquier país de la UE.

Por tanto, el demandante deberá acreditar exclusivamente, que el título es ejecutivo en el país de origen, y el ejecutado podrá oponerse los supuestos del artículo 56 de la LCJIMC, y especialmente, si es contrario al orden público. La ejecución se llevará a cabo conforme a la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 549 y siguientes).

En el ámbito comunitario, el Reglamento 1215/12, se remite a lo establecido en el propio Reglamento para el reconocimiento de las resoluciones judiciales, por lo es de aplicación lo dispuesto en la Sección 2 del capítulo III, referente a la ejecución de resoluciones judiciales (Arts. 39 a 44 Reglamento 1215/2012), la oposición a la ejecución por parte del ejecutado (Arts. 46-51, y el artículo 45 por remisión del artículo 46 Reglamento 1215/2012), y las Disposiciones Comunes de la Sección Cuarta (Arts. 52-57 Reglamento 1215/2012). «En estos casos, el formulario que deberá obtenerse en el Estado miembro de origen, y que es el documento que efectivamente le da fuerza ejecutiva comunitaria a un documento público o a una transacción judicial, es el establecido en el Anexo II del Reglamento (artículo 60 Reglamento 1215/2012). Una vez expedido dicho certificado de ejecutividad no será necesaria ninguna otra legalización ni formalidad análoga, por lo que en este punto deja ya de ser precisa la Estampilla de La Haya (artículo 61 Reglamento 1215/2012)» (RUBIO EIRE, J. V. *La ejecución práctica en España de resoluciones judiciales civiles y mercantiles, medidas provisionales y cautelares, documentos públicos, y transacciones judiciales, conforme al Reglamento (UE) n.º 1215/2012*. (<https://elderecho.com/la-ejecucion-practica-en-espana-de-resoluciones-judiciales-civiles-y-mercantiles-medidas-provisionales-y-cautelares-documentos-publicos-y-transacciones-judiciales-conforme-al-reglamento-ue-no-1>).

Finalmente, se autoriza a los notarios y a los funcionarios públicos españoles para adaptar las instituciones jurídicas que sean desconocidas en nuestro ordenamiento por otras equivalentes y que persigan finalidades e intereses similares. La adecuación efectuada puede ser impugnada por cualquier interesado ante un órgano jurisdiccional. Señalan LÓPEZ DE ARGUMEDO y MARTÍNEZ LLORENTE, «al no preverse expresamente el procedimiento por el que debe llevarse a cabo esta impugnación, entendemos que habrá que acudir al cauce del juicio ordinario o al del juicio verbal, dependiendo de la cuantía» (LÓPEZ DE ARGUMEDO, A y MARTÍNEZ LLORENTE, P. «La Nueva Ley De Cooperación Jurídica Internacional». *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 43-2016, pp.143-151).

*Autoras: Cristina Caja Moya
(Profesora asociada de Derecho Internacional Privado,
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria)*

*Rosa Pérez Martell
(Profesora titular de Derecho Procesal,
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria)*

ELECCIÓN DE FORO

1. Concepto

La elección de foro recoge la posibilidad que tienen las partes de acordar someter sus litigios a determinados tribunales. Se trata de una manifestación más de la autonomía de la voluntad, que permite el legislador a las partes en algunos aspectos del proceso seguido entre ellas. Así, del mismo modo que podrían escoger tribunales ante los que interponer su demanda, también podrían elegir ley aplicable a la resolución del fondo del litigio —si la normativa lo permite—.

Hay que dejar claro, en este sentido, que la elección de foro no implica elección de ley. Y, por lo tanto, las partes pueden decidir que los tribunales de un determinado Estado sean los competentes para conocer de su litigio y, a la vez, pueden elegir la ley de otro país como rectora de la relación jurídica de la que ha surgido el litigio que han sometido a esos tribunales. De la misma manera que pueden elegir foro y no decir nada en relación con la ley aplicable, en este caso, en defecto de elección de ley, los tribunales elegidos, aplicando la norma de conflicto correspondiente existente en su ordenamiento, concretarán el Derecho que deberán utilizar para resolver el caso planteado ante ellos.

Si la cláusula de elección de foro se encuentra recogida en un contrato, es importante destacar que la validez de la misma es independiente de la

validez del negocio jurídico en el que se inserta. Así lo indica el Reglamento Bruselas I bis, aplicable en materia civil y mercantil, cuando establece que «Un acuerdo atributivo de competencia que forme parte de un contrato será considerado como un acuerdo independiente de las demás cláusulas del contrato. La validez del acuerdo atributivo de competencia no podrá ser impugnada por la sola razón de la invalidez del contrato» (artículo 25.5). También la jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido (STJCE 3 julio 1997, *Benincasa*, C-269/95, ECLI:EU:C:1997:337, apartados 24 y 25; AAP Las Palmas, de 1 febrero 2007, FD segundo).

Según el Tribunal de Justicia europeo:

24. A este respecto, procede, en primer lugar, distinguir entre la cláusula atributiva de competencia y las estipulaciones materiales del contrato en el que se incluye dicha cláusula. 25. En efecto, la cláusula atributiva de competencia, que responde a una finalidad procesal, se rige por lo dispuesto en el Convenio, cuyo objetivo es establecer reglas uniformes de competencia judicial internacional. En cambio, las estipulaciones materiales del contrato principal en el que se incluye la cláusula, así como cualquier controversia sobre la validez de éste, se rigen por la *lex causae*, que se determina según el Derecho internacional privado del Estado del foro. (STJCE 3 julio 1997, *Benincasa*, C-269/95, ECLI:EU:C:1997:337)

2. *Materias respecto de las que se puede elegir foro*

Esta autonomía de la voluntad, originariamente, se ha permitido en materias patrimoniales en las que las decisiones de las partes con respecto a su relación jurídica han tenido mucho valor para el legislador.

Estamos hablando de materias como los contratos internacionales. En relación con ellos, en Europa, por ejemplo, ya desde 1968 el Convenio de Bruselas (DOCE L299, de 31 diciembre 1972) recoge esta posibilidad de sumisión de las partes a determinados tribunales en los artículos 17 y 18. Y, además, sin limitación alguna motivada por la conexión que debiera existir entre los jueces competentes y el contrato sobre el que de-

ban pronunciarse. Así lo estipula la Audiencia Provincial de Pontevedra: «[...] Obsérvese que, si se circunscribiera la aplicación de las cláusulas de sumisión expresa internacional a la existencia o demostración de un elemento de conexión con el foro al que las partes resolvieron expresamente someterse, estaríamos negando la eficacia de tales cláusulas, máxime en un sector en el que la introducción de este tipo de cláusulas es habitual, tanto por la diversidad del propio tráfico marítimo y de las sociedades que intervienen, domiciliadas en muy diversos países, como por la preferencia de aplicación de una legislación conocida (y, por tanto, con vocación de seguridad jurídica) y ampliamente aplicada, a la que partes se someten también, como es el de la legislación inglesa [...]» (SAP de Pontevedra, de 19 enero 2016, ECLI:ES:APPO:2016:231, FD tercero).

En estos casos, esa conexión exigida estaría justificada en la voluntad de las partes, sería su voluntad la que vinculara su contrato con el Estado cuyos tribunales eligen como competentes para conocer de su litigio. Ahora bien, es evidente que esos órganos jurisdiccionales elegidos deben ser de un Estado contratante de la norma para que puedan basar su competencia en ella.

Por otro lado, con esa intención de desarrollar el margen de actuación de las partes, ese acuerdo de sumisión a determinados tribunales no debe tener una forma concreta de celebración. Así es, además de que puede ser expreso o tácito, si fuera expreso, podría ser de cualquiera de las varias formas que ofrece la norma.

La elección de foro regulada en el Convenio de Bruselas de 1968 ha sido mantenida en las normas que han sucedido a este texto convencional, esto es, permanece en el Reglamento 44/2001 —Reglamento Bruselas I— (DOCE L12, de 16 enero 2001) y en el actual Reglamento 1215/2012 —Reglamento Bruselas I bis— (DOUE L 351, de 20 diciembre 2012).

Sin embargo, lo que sí ha cambiado es el espectro de materias en el que se permite el ejercicio de la elección de foro. En efecto, si en un primer momento, como ya se ha comentado, esta posibilidad solo se permitía en contratos, en la actualidad, son muchas más las cuestiones sobre las que las partes pueden decidir los tribunales que quieren que conozcan de sus litigios. Siguiendo en el espacio de integración regional que constituye la Unión Europea, el proceso de europeización del Derecho internacional privado (CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, p. 30), que se ha seguido en desarrollo del artículo 81 del TFUE a través de la elaboración de Reglamentos, ha extendido la manifestación de voluntad de las partes a la hora de elegir foro, a otras materias no contractuales. Si bien, en este contexto, el legislador europeo sí exige cierta conexión entre la relación jurídica y el Estado donde se encuentran los tribunales competentes y, para ello, limita la elección de las partes de dos posibles maneras. Por un lado, ofreciendo distintos órganos jurisdiccionales entre los que poder optar. Por otro, permitiendo únicamente que se pueda escoger unos concretos tribunales que determina la norma.

Así, el Reglamento 4/2009, en materia de alimentos (*DOUE* L 7, de 10 enero 2009), permite la opción de las partes entre diferentes tribunales y el Reglamento 650/2012, de sucesiones (*DOUE* L 201, de 27 julio 2012), solo contempla la posibilidad de que las partes puedan elegir los tribunales del Estado cuya ley ha sido la elegida por el causante para regir su sucesión. Los Reglamentos 2016/1103 y 2016/1104, de régimen económico matrimonial y régimen patrimonial de uniones registradas, respectivamente (*DOUE* L 183, de 8 julio 2016), por su parte, recogen un sistema híbrido, ya que, para activar la sumisión tácita las partes solo pueden elegir los tribunales del Estado cuya ley rige el fondo del asunto y, para la sumisión expresa, también se permite que elijan los tribunales del Estado de celebración del matrimonio —o el Estado conforme a cuya ley se haya creado la unión registrada, en el caso del Reglamento 2016/1104—.

En materia de crisis matrimoniales, sin embargo, tanto el actual Reglamento 2201/2003 (*DOUE* L 338, de 23 diciembre 2003) como el Reglamento 2019/1111, que sustituirá al primero a partir del 1 de agosto de 2022 (*DOUE* L 178, de 2 julio 2019), no permiten que las partes puedan elegir tribunales competentes.

3. Ventajas de la elección de foro

La elección de foro permite a las partes concentrar en una misma jurisdicción todos los litigios que puedan surgir de sus relaciones jurídicas. Si no existiera esta posibilidad o, existiendo, si las partes no hacen uso de ella, cada relación jurídica debería resolverse ante los tribunales —que pueden ser distintos— que indique la norma de competencia judicial internacional correspondiente. La elección de foro, en este contexto, permite ahorrar costes (CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, p. 751).

Por otro lado, ese aspecto aporta seguridad jurídica en las relaciones internacionales (CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, p. 751). El hecho de que en la relación jurídica aparezca algún elemento de extranjería, esto es, el hecho de la situación se encuentre conectada con más de un Estado, incorpora inseguridad y riesgos para las partes. Ese elemento extranjero puede suponer que los tribunales competentes sean los de ese país extranjero en el que se ubica el elemento. Por esta razón, las partes pueden reducir los riesgos y la incertidumbre escogiendo los tribunales que quieren que conozcan de su litigio, haciendo previsibles los órganos jurisdiccionales competentes. De esta manera:

[...] El pretendido abuso de derecho que derivaría de la ausencia de elementos de conexión tropieza con otro principio igualmente protegible, como es el del interés legítimo en acudir a los tribunales del Estado a cuya legislación las partes se someten también, como mecanismo para reforzar la previsibilidad normativa y de aplicación en un sector del comercio internacional en el que, precisamente por la naturaleza de la actividad y el carácter esencialmente plurinacional de los elementos subjetivos implicados, la seguridad jurídica constituye un factor esencial y ex-

cluye el ejercicio antisocial o abusivo del propio derecho, al menos entre partes en las que no se acredita, siquiera indiciariamente, una posición dominante frente a otra más débil [...]. (SAP Pontevedra, de 19 enero 2016, ECLI:ES:APPO:2016:231, FD tercero)

Tribunales que, por otro lado, al ser escogidos por las partes, serán los mejores que ellas encuentren para satisfacer sus intereses (CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, p. 751).

En el supuesto de que no hubiera elección de foro todas estas ventajas se pierden y la norma de competencia judicial internacional aplicable determinará, en defecto de sumisión de las partes, qué tribunales tendrán foro para conocer del caso.

4. *Naturaleza jurídica contractual*

La elección de foro acordada por las partes de manera expresa tiene naturaleza contractual. Es un pacto por el cual ambas partes se comprometen a litigar ante los tribunales elegidos por ellas.

Por esta razón, si llegado el momento de la controversia, la demandante no acude a los órganos jurisdiccionales escogidos, podría ser demandada por los daños y perjuicios en los que hubiere incurrido la otra parte teniendo que comparecer ante los tribunales ante los que se ha interpuesto la demanda. Esto fue lo que ocurrió en el asunto resuelto por el Tribunal Supremo español en la sentencia de 12 de enero de 2009 (RJ 2009\544). En este caso, las partes habían sometido sus litigios a los tribunales de Barcelona, sin embargo, cuando llegó el momento interponer la demanda, la parte demandante acudió a los tribunales de Florida (EE. UU.). La parte demandada tuvo que comparecer ante esa jurisdicción para alegar la cláusula de sumisión a favor de los jueces de Barcelona, lo cual le supuso unos costes. Posteriormente, reclamó esos daños y perjuicios ante la jurisdicción española.

Tal como indica el TS:

Ha señalado Díez-Picazo (*Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, editorial Tecnos, 1983, p. 243) que las cláusulas procesales son como un contrato dentro de un documento. Es decir, que no solo tienen virtualidad en cuanto que manifestación de voluntad y no solo quedan sometidas a la coacción que el Derecho impone a la voluntad de las partes para que cumplan con la misma, sino que gozan incluso, per se, de la nota de principalidad. Son, en sí mismas, obligaciones principales que deben ser cumplidas autónomamente y con independencia del resto de obligaciones del contrato. Dicho de otra manera, su cumplimiento o incumplimiento no depende del de las demás obligaciones del contrato.

Kohler habla de contratos procesales indirectos y ha hecho decir a algún autor que «del incumplimiento de tales pactos pueden extraerse, al menos, acciones para una responsabilidad por daños» (Luis Muñoz Sabater, «Las cláusulas procesales en la contratación privada», Librería Bosch 1988). No se olvide que nos hallamos, todavía en este momento, en el mero incumplimiento, porque cuando el incumplimiento de una de estas cláusulas procesales no es mero, sino negligente, o doloso, como en el caso presente, la conducta del demandado recibe un plus de responsabilidad por aplicación de las propias normas que regulan y quieren la buena fe en las relaciones jurídicas en general, y no solo en las contractuales (artículo 1258 CC (LEG 1889, 27)).

Sobre la naturaleza contractual y extraprocesal de la cláusula, la doctrina no tiene dudas: es un pacto negocial que puede ser accesorio o autónomo y que está sujeto al régimen jurídico de los contratos y obligaciones.[...] El incumplimiento de la cláusula de sumisión implica la correspondiente indemnización. [...]. (STS 12 enero 2009, RJ 2009\544, FD quinto)

6. *Convenio de La Haya de 30 junio de 2005*

Por último, es importante destacar el Convenio de La Haya de 2005 sobre acuerdos de elección de foro (<https://assets.hcch.net/docs/4ddb0a2b-327d-47c3-89f1-bc15679ffc99.pdf>).

Esta norma regula los acuerdos de elección de foro en materia civil y mercantil, excluyendo los contratos de consumidores y de trabajo, en el artículo 2.1, y otras materias, en el artículo 2.2.

En su marco, el acuerdo de elección de foro se define como «acuerdo celebrado por dos o más partes que cumple con los requisitos establecidos por el apartado c) y que designa, con el objeto de conocer de los litigios que hayan surgido o pudieran surgir respecto a una relación jurídica concreta, a los tribunales de un Estado contratante o a uno o más tribunales específicos de un Estado contratante, excluyendo la competencia de cualquier otro tribunal» (artículo 3.a).

El acuerdo de elección de foro debe constar por escrito y, por tanto, puede aparecer como cláusula en un contrato. En este caso, el Convenio también regula la autonomía y la separabilidad de la cláusula de sumisión respecto del contrato en el que se encuentra recogida (artículo 3.d).

Según prescribe el texto convencional, los tribunales elegidos por las partes son los exclusivamente competentes. Esto supone que los demás órganos jurisdiccionales ante los que se presente la demanda deberán no conocer del supuesto salvo, entre otras circunstancias, que el acuerdo de sumisión sea nulo conforme a la ley del Estado de los tribunales elegidos (artículo 6.a).

La decisión judicial dictada por el tribunal elegido por las partes serán reconocida y ejecutada en todos los Estados parte de la norma, a menos que concurra alguno de los motivos de denegación recogidos en el artículo 9.

El Convenio de La Haya de 2005 ha entrado en vigor en la Unión Europea (Decisión 2009/397/CE, DO L133, de 29 mayo 2009) y en México, el 1 de octubre de 2015, en Montenegro, el 1 de agosto 2018, y en Singapur, el 1 de octubre 2016. Estados Unidos lo ha firmado el 19 de

enero de 2009, China, el 12 de septiembre de 2017, Ucrania, el 21 de marzo de 2016 y Macedonia, el 9 de diciembre de 2019.

En este sentido, como la Unión Europea ha ratificado este Convenio, nos planteamos las relaciones de la norma con el Reglamento 1215/2012 —Bruselas I bis—, ya que, la norma europea contiene la sumisión expresa (artículo 25) y la sumisión tácita (artículo 26) entre los foros que ofrece en materia civil y mercantil.

El artículo 26.6 del Convenio indica que se aplicará esta norma cuando alguna de las partes en el acuerdo de elección de foro tenga residencia en un Estado contratante del Convenio que no sea parte del Reglamento. A este respecto, el concepto de residencia de las personas jurídicas viene determinado en el artículo 4.2. Según este precepto, la entidad o persona no física tendrá su residencia en el Estado de su sede estatutaria, en el Estado bajo cuya ley se haya constituido, en el Estado de su administración central o en el Estado de su establecimiento principal.

En cuanto a la validez extraterritorial de las decisiones dictadas por el tribunal competente por el acuerdo de elección de foro, se aplicará el Reglamento Bruselas I bis cuando ambos Estados implicados, el de origen de la resolución y el requerido al que se le pide el reconocimiento o la ejecución de la decisión, sean parte de la norma europea.

Juliana Rodríguez Rodrigo
(Profesora titular de Derecho Internacional Privado,
Universidad Carlos III de Madrid)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y ARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. «El Derecho internacional privado europeo y español. Fuentes y sistema normativo», en CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (dirs.). *Compendio de Derecho Internacional Privado*, Rapid Centro Color, Murcia, 2019, pp. 19-43; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ,

Javier. «Competencia judicial internacional y Derecho de los negocios internacionales. El Reglamento 1215/2012 Bruselas I bis de 12 diciembre 2012», en CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (dirs.). *Derecho internacional privado*, vol. II, 18.^a ed., Comares, Granada, 2018, pp. 697-841; CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz. *Los acuerdos de elección de foro. Un análisis comparado de su regulación en el Convenio de La Haya de 2005 y en el Reglamento 1215/2012*, Comares, Granada, 2018.

VOCABLOS CONEXOS: Sumisión expresa. Sumisión tácita.

EXEQUATUR

El *exequatur* es el «proceso mediante el cual se convierte una decisión extranjera en título ejecutivo nacional» (CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ/CEBRIÁN SALVAT, p. 164). Dicho de otra manera, es la declaración previa de ejecutividad que puede tener que superar la resolución extranjera antes de ser ejecutada materialmente. Vamos a centrarnos, en este apartado, en el *exequatur* de resoluciones judiciales para no solaparnos con el contenido de la voz «*Exequatur* de laudo extranjero» que también existe en este diccionario.

En el proceso de ejecución en el Estado requerido, entendido este en sentido amplio —*vid.*, voz «ejecución de sentencias extranjeras»—, la resolución extranjera puede tener que transitar por dos procedimientos. En primer lugar, puede tener que superar el *exequatur* o declaración previa de ejecutividad. En segundo lugar, debe superar la ejecución material. Como vemos, el prescindible es el primero, el procedimiento de *exequatur*, el cual puede exigirse o no.

Es obvio que, tratándose de una resolución extranjera, no puede ser ejecutada automáticamente en el Estado requerido como si fuera nacional. El órgano judicial requerido debe realizar cierto control de la sentencia para proceder, o no, a ejecutarla. Dependiendo de la confianza que se

tenga en la jurisdicción extranjera, este control será más estricto o menos. Efectivamente, cada ordenamiento jurídico se rige por sus propios principios, es autónomo respecto de los demás, y esto supone que se tenga que efectuar ese control de las resoluciones extranjeras para no introducir en el Estado requerido pronunciamientos que, por ejemplo, atenten contra el orden público de ese ordenamiento.

1. *Reglamento Bruselas I bis*

En el entorno europeo, en el que, como se dijo en la voz «ejecución de sentencias extranjeras», se persigue la libre circulación de resoluciones, el legislador intenta facilitar todo lo posible la ejecución de estas; motivado, además, por la confianza recíproca que debe existir entre todos los Estados miembros. Es en este contexto en el que, en materia civil y mercantil, entre otras, se ha suprimido el *exequatur* con ese objetivo de acercamiento a la libre circulación (Reglamento Bruselas I bis, DOUE L 351, de 20 diciembre 2012). Ahora bien, esto no significa que las resoluciones europeas sean directa y automáticamente ejecutadas en cualquier Estado miembro, ya que, los motivos de denegación de la ejecución, que antes se controlaban en el procedimiento de *exequatur*, ahora se tienen en cuenta en el procedimiento de ejecución material. Si bien, como decíamos, el filtro sigue siendo el mismo y las resoluciones europeas que antes no superaban el *exequatur* ahora no superan la ejecución, lo cierto es que, con la supresión de la declaración previa de ejecutividad, se agiliza mucho el proceso, tanto en tiempo como en costes, por el ahorro que supone pasar de dos procedimientos para conseguir la ejecución de la sentencia extranjera, a uno solo.

2. *Convenio de Lugano II*

Situándonos fuera de la Unión Europea, en materia civil y mercantil, el Convenio de Lugano II, como norma aplicable por los tribunales de los Estados parte cuando, bien el Estado de origen, bien el Estado requerido, sean Noruega, Suiza o Islandia, sí prescribe el *exequatur* como paso

previo a la ejecución material de la resolución judicial. Esta norma convencional está en vigor en todos los países miembros de la Unión Europea y en Noruega, Suiza e Islandia (DOUE L 339, de 21 diciembre 2007).

En su marco, el *exequatur* es de plano en primera instancia y, por esta razón, en ese momento el procedimiento no es contradictorio y no puede alegarse ningún motivo para denegar el *exequatur* de la decisión.

2.1. Procedimiento

El procedimiento de *exequatur* comienza en primera instancia y pueden interponerse dos recursos. En España, los juzgados de primera instancia son los competentes para iniciar el procedimiento (anexo II). La resolución dictada por ellos puede ser objeto de un recurso de apelación, ante la Audiencia Provincial correspondiente (anexo III). Por último, la decisión dictada en apelación puede ser recurrida en casación ante el Tribunal Supremo (anexo IV).

El órgano judicial competente para conocer de la solicitud de *exequatur* solo podría rechazar la declaración previa de ejecutividad si concurriese alguno de los motivos de denegación que aparecen regulados en los artículos 34 y 35. En este entorno más amplio que el conformado por la Unión Europea, también se persigue facilitar la circulación de resoluciones judiciales y, con este objetivo, se procederá a declarar ejecutiva la decisión extranjera en todo caso salvo que concurra algún motivo de denegación. Estos motivos de denegación, en consecuencia, se deben interpretar de forma restrictiva para que el rechazo a la solicitud de *exequatur* sea excepcional.

Tan excepcional debería ser que, como ya se ha comentado, en primera instancia, el procedimiento no es contradictorio y, por ello, el *exequatur* es automático —*exequatur* de plano—

2.2. *Motivos de denegación*

Los motivos de denegación del *exequatur* son cinco y, como ya se ha comentado, se pueden alegar, a partir de la segunda instancia, para anular la declaración de ejecutividad previamente determinada en primera instancia.

Los motivos son los siguientes:

- a) *Si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado requerido (artículo 34.1)*

El orden público internacional de un Estado está formado por los principios fundamentales que sostienen el ordenamiento jurídico (STJCE 28 marzo 2000, *Krombach*, C-7/98, apartado 37). Se trata de un orden público sectorial, en el sentido de que cada materia del ordenamiento puede tener sus propios principios fundamentales. Por otro lado, el contenido del orden público, esto es, los principios que lo conforman, va cambiando según la evolución de la sociedad y de la legislación. Su contenido, por tanto, no es estático. En todo caso, el Tribunal de Justicia ha reconocido que los principios recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos sí forman parte del orden público de todos los Estados miembros de la Unión Europea (STJCE 28 marzo 2000, *Krombach*, C-7/98, apartado 25).

El orden público supone un obstáculo a la entrada de resoluciones extranjeras que puedan vulnerarlo —también, a la aplicación de leyes extranjeras que puedan contradecirlo—. Y debe ser tenido en cuenta de manera excepcional (STJCE 4 febrero 1988, *Hoffmann*, asunto 145/86, apartado 21; STJCE 10 octubre 1996, *Hendrikman*, C-78/95, ECLI:EU:C:1996:380, apartado 23).

b) *Cuando se dictaren en rebeldía del demandado, si no se hubiere entregado o notificado al mismo la cédula de emplazamiento o documento equivalente, con tiempo suficiente y de forma tal que pudiese defenderse, a menos que no hubiere recurrido contra dicha resolución cuando hubiera podido hacerlo (artículo 34.2)*

En segundo lugar, la vulneración de los derechos de defensa del demandado que ha permanecido en rebeldía en el proceso de origen. En este caso, son tres los requisitos que deben cumplirse para que concurra este motivo de denegación.

Primero, los derechos de defensa que se protegen son la notificación en tiempo y la notificación en forma de la demanda. Así es, la demanda debe haberse notificado con tiempo suficiente para preparar la defensa y en la forma adecuada para que el demandado sepa de la existencia de un proceso contra él (STS 28 noviembre 2007 (RJ 2008\31), respecto de la forma de notificación de la demanda; STS 5 noviembre 2001 (RJ 2002\233), en relación con el tiempo otorgado para contestar a la demanda).

En este sentido, siguiendo la interpretación que se ha dado a este mismo motivo en el marco del Reglamento 44/2001, antecesor del actual Reglamento Bruselas I bis (DOCE L12, de 16 enero 2001), el juez del Estado requerido debe determinar, según su criterio, si ha habido esta vulneración (STJUE 6 septiembre 2012, *Trade Agency*, C-619/10, ECLI:EU:C:2012:531, apartado 33); de forma discrecional, por tanto. Y lo debe hacer *in casu*, teniendo en cuenta el caso concreto (CALVO CARRAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, pp. 1397-1400).

Segundo, el demandado ha debido permanecer en rebeldía en el proceso de origen, precisamente como consecuencia de la no notificación de la demanda en tiempo o en forma; no puede ser una rebeldía por conveniencia, debe ser una rebeldía forzosa.

En este caso, *rebeldía* es un concepto autónomo que puede no coincidir con el que existe en los ordenamientos nacionales (*vid.*, en este sentido, STJCE 21 abril 1993, *Sonntag*, C-172/91, ECLI:EU:C:1993:144; STJCE 10 octubre 1996, *Hendrikman*, C-78/95, ECLI:EU:C:1996:380). Se entiende que el demandado ha permanecido en rebeldía cuando no ha podido defenderse en el proceso, bien por no estar presente en él, bien por no tener quien le represente en el juicio (CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, p. 1401).

Por último, también se requiere que el demandado haya recurrido en el Estado de origen esta vulneración de sus derechos de defensa, si ha tenido posibilidad de hacerlo.

En relación con esto, el Tribunal de Justicia europeo interpreta el concepto «posibilidad» de interponer un recurso contra la resolución, alegando dicha conculcación de los derechos, de la siguiente manera:

A la luz de las anteriores consideraciones, procede responder a las cuestiones planteadas que el artículo 34, número 2, del Reglamento no 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que un demandado únicamente «tiene la posibilidad» de interponer un recurso contra una resolución dictada en rebeldía, si efectivamente ha conocido el contenido de la misma por medio de la entrega o notificación efectuada con tiempo suficiente para poder defenderse ante el órgano jurisdiccional del Estado de origen. (STJCE 14 diciembre 2006, *ASML Netherlands*, C-283/05, ECLI:EU:C:2006:787, apartado 49)

c) *Si la resolución fuere inconciliable con otra dictada en un litigio entre las mismas partes en el Estado requerido (artículo 34.3)*

En tercer lugar, la inconciliabilidad de la resolución que se pretende declarar ejecutiva con otra, dictada entre las mismas partes, existente en el Estado requerido.

d) Si la resolución fuere inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado vinculado por el presente Convenio o un tercer Estado entre las mismas partes en un litigio que tuviere el mismo objeto y la misma causa, cuando esta última resolución reuniere las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado requerido (artículo 34.4)

En cuarto lugar, la inconciliabilidad de la resolución que se pretende declarar ejecutiva con otra anterior, dictada en otro Estado miembro o en un tercer Estado, entre las mismas partes, con el mismo objeto y la misma causa, y que sea susceptible de ser reconocida en el Estado requerido.

e) Asimismo, no se reconocerán las resoluciones si se hubieren desconocido las disposiciones de las secciones 3, 4 y 6 del título II, así como en el caso previsto en el artículo 68. También podrá denegarse el reconocimiento de las resoluciones en uno de los casos previstos en el artículo 64, apartado 3, o en el artículo 67, apartado 4 (artículo 35)

Las secciones 3, 4 y 6 del título II recogen los foros de competencia en materia de contrato de seguros, contrato de consumidores y en materias objeto de foros exclusivos.

Tanto el procedimiento como los motivos de denegación que acaban de explicarse en relación con el Convenio de Lugano II pueden ser extrapolados, con carácter general, al Reglamento Bruselas I bis respecto del proceso de ejecución regulado en su marco —salvo en lo que respecta al carácter automático en primera instancia—.

3. Norma de producción interna española: Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil (LCJIMC)

La norma de producción interna española reguladora de la validez extraterritorial de decisiones en España, Ley 29/2015 (BOE n.º 182, de 31 julio 2015), sí prescribe el *exequatur*, como paso previo a la ejecución en

nuestro ordenamiento de la resolución judicial extraeuropea. Este texto será aplicable por los jueces españoles ante solicitudes de *exequatur* de resoluciones procedentes de un Estado de origen que no sea miembro de la Unión Europea ni sea Noruega, Suiza o Islandia.

3.1. *Procedimiento*

Las resoluciones judiciales que pueden ser objeto de *exequatur* son «*cualquier decisión adoptada por un órgano jurisdiccional de un Estado, con independencia de su denominación, incluida la resolución por la cual el secretario judicial o autoridad similar liquide las costas del proceso*» (artículo 43.a). Ahora bien, esta decisión debe ser firme, esto es, no debe ser susceptible de recurso en el Estado de origen donde ha sido dictada (artículo 43.b).

El *exequátur* se diseña como un procedimiento que comienza en primera instancia y puede concluir ante el TS. La LCJIMC denomina *exequátur* al procedimiento de declaración y de ejecutividad y, también, al reconocimiento por homologación.

La ejecución de una resolución extranjera en España debe superar dos fases, por tanto. Así es, primero se debe declarar ejecutiva la sentencia y, después, se podrá llevar a ejecución material ante el juez español competente.

La solicitud de *exequatur* se interpone en forma de demanda y requiere de la asistencia de letrado y procurador (artículo 54).

Por último, respecto del reconocimiento por homologación y en relación con el *exequatur*, los tribunales competentes son los:

Juzgados de Primera Instancia del domicilio de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución, o de la persona a quien se refieren los efectos de la resolución judicial extranjera. Subsidiariamente, la competencia territorial se determinará por el lugar de ejecución o por el lugar en el que la resolución deba producir sus efectos, siendo competente, en

último caso, el Juzgado de Primera Instancia ante el cual se interponga la demanda de *exequatur*. (artículo 52.1 LCJIMC)

La resolución que dicten estos tribunales podrá ser recurrida en apelación ante la Audiencia Provincial correspondiente. Por último, cabe un segundo recurso por infracción de ley o de casación ante el Tribunal Supremo.

3.2. *Motivos de denegación (artículo 46)*

Si se solicita la declaración de ejecutividad de una resolución judicial extranjera, la parte contra la que se pide podrá alegar las causas de denegación recogidas en el artículo 46.

Así, las resoluciones judiciales extranjeras firmes no podrán ser declaradas ejecutivas en España:

- a) Cuando fueran contrarias al orden público;
- b) Cuando la resolución se hubiera dictado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de las partes. Si la resolución se hubiera dictado en rebeldía, se entiende que concurre una manifiesta infracción de los derechos de defensa si no se entregó al demandado cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse;
- c) Cuando la resolución extranjera se hubiere pronunciado sobre una materia respecto a la cual fueren exclusivamente competentes los órganos jurisdiccionales españoles o, respecto a las demás materias, si la competencia del juez de origen no obedeciere a una conexión razonable. Se presumirá la existencia de una conexión razonable con el litigio cuando el órgano jurisdiccional extranjero hubiere basado su competencia judicial internacional en criterios similares a los previstos en la legislación española;
- d) Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada en España;

e) Cuando la resolución fuera inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en otro Estado, cuando esta última resolución reuniera las condiciones necesarias para su reconocimiento en España;

f) Cuando existiera un litigio pendiente en España entre las mismas partes y con el mismo objeto, iniciado con anterioridad al proceso en el extranjero.

La Ley de cooperación jurídica internacional mantiene los motivos de denegación que podían alegarse bajo el antiguo régimen de la Ley de Enjuiciamiento Civil —LEC—. Del mismo modo, en lugar de equipararse con la regulación sobre reconocimiento o ejecución de resoluciones judiciales en el entorno europeo, por un lado, sigue exigiendo que la decisión extranjera sea firme —como lo hacía la LEC— y, por otro lado, no elimina o flexibiliza la necesidad de *exequatur*.

4. Principios comunes a la regulación recogida en las normas mencionadas

En el entorno europeo existen varios principios que inspiran la regulación que el legislador ha querido elaborar a través de las normas mencionadas.

4.1. Principio de libre circulación de resoluciones

Como ya se explicó en la voz «ejecución de sentencias extranjeras», las normas objeto de estudio, el Reglamento Bruselas I bis, el Convenio de Lugano II y la LCJIMC, normas aplicables en el contexto europeo, tienen como objetivo facilitar la circulación de resoluciones, favoreciendo, para ello, el *exequatur* —salvo el Reglamento Bruselas I bis que lo ha suprimido—. Si bien es cierto lo anterior, dependiendo de cuál sea el Estado de origen, ese principio se articula de manera más estricta o de forma más laxa. Así, si el Estado de origen es europeo, inspirada en la llamada quinta libertad europea de resoluciones, la normativa aplicable por los tribunales europeos en esta materia facilita en mayor medida el acercamiento a la libre circulación de decisiones. En cambio, si la reso-

lución procede de un tercer Estado que no es miembro de la Unión Europea ni de Noruega, Suiza o Islandia, el juez español competente, por ejemplo, encontrará más dificultades para permitir que la sentencia pueda desplegar efectos ejecutivos en España.

Así lo ha manifestado el Tribunal de Justicia europeo, entre otras, en la STJCE 28 marzo 2000. Y lo hizo, en estos términos:

Procede recordar que el Convenio [Convenio de Bruselas de 1968, antecesor del Reglamento 44/2001] pretende facilitar, en la mayor medida posible, la libre circulación de resoluciones, estableciendo un procedimiento de *exequatur* simple y rápido (véanse, entre otras, las sentencias de 2 de junio de 1994, Solo Kleinmotoren, C-414/92, Rec. p. I-2237, apartado 20, y de 29 de abril de 1999, Coursier, C-267/97, Rec. p. I-2543, apartado 25). (STJCE 28 marzo 2000, Krombach, C-7/98, apartado 19)

4.2. *Principio de no revisión del fondo del asunto*

El *exequatur* no es un proceso de revisión de la resolución extranjera. El juez del Estado requerido no puede entrar a conocer del fondo del asunto que ya ha sido resuelto por el juez del Estado de origen. En este sentido, el órgano judicial competente no puede cuestionar la ley aplicable o la interpretación que el juez del Estado de origen ha hecho en su aplicación al caso concreto (STJCE 28 marzo 2000, *Krombach*, C-7/98, apartados 36 y 37; Informe Jenard, pp. 162 y 163).

4.3. *Principio de no control del foro de competencia del juez del Estado de origen*

El juez del Estado requerido no puede rechazar el *exequatur* de la resolución extranjera justificando su negativa en el hecho de que el juez del Estado de origen se ha declarado competente sin tener foro para ello. Dicho de otra manera, en el procedimiento de *exequatur* no puede controlarse el foro en virtud del cual el juez ha dictado la resolución sobre la que ahora se solicita el *exequatur* (STJCE 28 marzo 2000, *Krombach*, C-

7/98, apartados 31-33; STS 12 diciembre 1999, RJ 1999\8864; SAP Zaragoza, de 30 marzo 2004, JUR 2004\137114, Informe Jenard, p. 161); salvo los foros a los que alude el artículo 35.

De todo lo anterior se deduce que el hecho de que el juez del Estado de origen haya conocido del caso en virtud de un foro exorbitante, por ejemplo, no es motivo suficiente para rechazar el *exequatur*, ni siquiera acudiendo al orden público como motivo de denegación (STJCE 28 marzo 2000, *Krombach*, C-7/98, ECLI:EU:C:2000:164, apartado 31-33).

Juliana Rodríguez Rodrigo
(Profesora titular de Derecho Internacional Privado,
Universidad Carlos III de Madrid)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier y CEBRIÁN SALVAT, María Asunción, «Tema VI: Eficacia extraterritorial de decisiones», en CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (dirs.). *Compendio de Derecho internacional privado*, Rapid Centro Color, Murcia, 2019, pp. 161-188; CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. «Libre circulación de decisiones judiciales y extrajudiciales en el ámbito patrimonial. El Reglamento Bruselas I bis», en CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (dirs.). *Derecho internacional privado*, vol. II, 18.^a ed., Comares, Granada, 2018, pp. 1369 y 1435; DE MIGUEL ASENSIO, Pedro. «Reglamento Bruselas I: perspectivas en relación con la retirada del Reino Unido», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo XVII, 2017, pp. 71-89; *Informe sobre el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, firmado en Bruselas el 27 de septiembre de 1968*, elaborado por el Sr. P. Jenard (DOCE C189, de 28 julio 1990); LENAERTS, Koen. «Der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens im internationalen Privatrecht: über den Dialog der Gerichte», en HESS, B. y JAYME, E. Mansel, H.-P. (Hrsg.). *Europa als Rechts- und Lebensraum: Liber amicorum für Christian Kohler zum 75. Geburtstag am 18. Juni 2018*, Bielefeld, Giesecking,

2018, pp. 287-300; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, Patricia. «Repercusiones del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en los sistemas autónomos: excesos y carencias», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo VI, 2006, pp. 481-502.

VOCABLOS CONEXOS: Ejecución de sentencias extranjeras. Libre circulación de decisiones judiciales.

***EXEQUATUR* DE LAUDO EXTRANJERO**

El *exequatur* de laudo extranjero es el procedimiento judicial de homologación o reconocimiento mediante el cual se obtiene una resolución declarativa de la eficacia del laudo extranjero en España. Dicha locución no ha de confundirse con el término «*exequatur*» que también se trata en este diccionario, pues el mismo hace referencia a la declaración previa de ejecutividad que puede tener que superar una resolución judicial extranjera antes de ser ejecutada materialmente.

El procedimiento de *exequatur* de laudo extranjero es el paso previo necesario para la ejecución de un laudo extranjero en España. Mediante el mismo, el laudo extranjero adquiere la fuerza ejecutiva necesaria para desplegar sus efectos en el territorio nacional. Se trata de un procedimiento que se limita a comprobar judicialmente que el laudo ha sido obtenido con regularidad y observancia de unas garantías mínimas. Es decir, un control judicial que ha de limitarse a una revisión formal, sin entrar a valorar el fondo del asunto o a revisar su contenido (Autos del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2000 [ROJ: ATS 469/2000 - ECLI:ES:TS:2000:469A] y de 7 de diciembre de 2005 [ROJ: ATS 17949/2005 - ECLI:ES:TS:2005:17949A]. Tribunal Constitucional, [Sentencias 54/1989, de 23 de febrero y 9/2005, de 12 de enero]).

El artículo 46.1 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante, LA) establece que por laudo extranjero ha de entenderse aquel

que haya sido dictado fuera del territorio nacional. Además, el artículo 46.2 LA dispone que el procedimiento de *exequatur* de laudo extranjero tiene que ajustarse a los principios establecidos en el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de Nueva York, de 10 de junio de 1958 (en adelante, *Convenio de Nueva York*). Todo ello, sin perjuicio de la aplicación de otros tratados internacionales (como, por ejemplo, el Convenio Europeo sobre el Arbitraje Comercial Internacional), sustanciándose el procedimiento de acuerdo con lo establecido en el ordenamiento procesal civil para el reconocimiento de sentencias dictadas por tribunales extranjeros.

Atendiendo al Convenio de Nueva York, los Estados contratantes están obligados a reconocer los acuerdos escritos de sumisión a arbitraje alcanzados por las partes, así como a reconocer y ejecutar los laudos dictados por árbitros o instituciones arbitrales en otro Estado contratante. Sin embargo, no establece el procedimiento jurídico mediante el cual los laudos deben reconocerse en cada Estado, sino que tan solo señala los principios básicos que configuran la obligación de reconocer los laudos arbitrales extranjeros.

De tal forma, la concreta tramitación procedimental del *exequatur* de laudo extranjero se rige por lo establecido en las normas internas españolas, sin perjuicio de lo dispuesto en los Convenios internacionales en los que España sea parte. Por tanto, a la hora de solicitar el *exequatur* de un laudo extranjero habrá que atender a lo dispuesto en: el Convenio de Nueva York de 1958; La Ley de Arbitraje 60/2003; La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en adelante, LOPJ) y la Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil (en adelante, LCJIMC).

En lo que respecta al Derecho interno, en España, el artículo 523.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC) dispone que: «para las sentencias firmes y demás títulos ejecutivos extranjeros lleven aparejadas ejecución en España se estará a lo dispuesto

en los Tratados internacionales y a las disposiciones legales sobre cooperación jurídica internacional» En atención al artículo 46.2 LA, el Tratado internacional que aplica en el reconocimiento de laudos extranjeros es el ya mencionado Convenio de Nueva York, al que España se adhirió sin reserva alguna el 10 de agosto de 1977 y que a fecha actual ha sido firmado por 166 países. El Convenio de Nueva York resulta aplicable en nuestro país aun cuando la resolución cuyo reconocimiento se solicita haya sido dictada en un país que no se ha adherido al Convenio.

Para determinar el proceso que debe seguirse en el reconocimiento de laudos extranjeros habrá que estar a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial así como a lo establecido en el artículo 54 LCJIMC siempre y cuando dicho artículo no contravenga normas de rango superior.

1. Competencia de los juzgados y tribunales españoles

La Ley Orgánica del Poder Judicial establece en su artículo 73.1. c), que corresponde a las salas de lo civil y penal de los tribunales superiores de justicia la competencia para conocer de las funciones de apoyo y control del arbitraje que se establezcan en la ley, así como de las peticiones de *exequatur* de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros, a no ser que, con arreglo a lo acordado en los tratados o las normas de la Unión Europea, corresponda su conocimiento a otro juzgado o tribunal.

De igual manera, el artículo 8.6 LA dispone que para el reconocimiento de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros será competente la sala de lo civil y de lo penal del tribunal superior de justicia de la Comunidad Autónoma del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquellos, determinándose subsidiariamente la competencia territorial por el lugar de ejecución o donde aquellos laudos o resoluciones arbitrales deban producir sus efectos.

Con base en ello, para iniciar el procedimiento de *exequatur* de un laudo extranjero habrá que presentar la demanda de reconocimiento ante el TSJ del lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita o donde el laudo deba producir sus efectos. Esta demanda deberá ajustarse a los requisitos establecidos en el artículo 399 LEC.

Tras la entrada en vigor el 20 de agosto de 2015 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil, se podría pensar erróneamente que, de conformidad con su artículo 52.1, la competencia objetiva para el conocimiento de solicitudes de *exequatur* de laudo extranjero pudiese corresponder a los juzgados de primera instancia. Sin embargo, no se puede olvidar el principio de jerarquía normativa mediante el cual una ley ordinaria no puede modificar una ley orgánica vigente. Por consiguiente, la competencia objetiva para conocer del *exequatur* de laudo extranjero corresponde a los tribunales superiores de justicia de las comunidades autónomas, no siendo de aplicación los números 1 y 2 del artículo 52 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional para el reconocimiento de laudos extranjeros, por ser contradictorios con el artículo 73.1 c) LOPJ, de tal forma que no se quebrante el principio de jerarquía normativa.

2. *Legitimación y capacidad*

Ante el silencio del legislador español a este respecto, puede parecer que la legitimación activa para iniciar el *exequatur* de un laudo extranjero corresponde solamente a la parte que haya obtenido un laudo extranjero a su favor. Sin embargo, y de acuerdo con la regla de eficacia máxima o mayor favorabilidad al reconocimiento de resoluciones extranjeras que impera en nuestro Derecho, cabe interpretar, como así lo han hecho nuestros tribunales, que la demanda de reconocimiento pueda ser planteada por cualquier persona que acredite un interés legítimo en ese reconocimiento, aunque no haya sido parte del procedimiento arbitral. (Auto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Civil y Pe-

nal, Sección 1.^a, de 18 de abril de 2018 ECLI:ES:TSJM:2018:113A. AC\2018\786, en aplicación del artículo 54.1 LCJIMC).

En cuanto a la legitimación pasiva, la ostentará la persona física o jurídica frente a la que se quiere hacer valer el contenido del laudo arbitral extranjero. Para determinar si demandante y demandado ostentan capacidad legal suficiente habrá que estar a lo dispuesto por su ley nacional, tanto si es persona física como jurídica, y se requerirá representación legal de abogado y procurador.

3. Desarrollo del procedimiento

El artículo IV del Convenio de Nueva York estipula que, junto con la solicitud de reconocimiento, habrá que aportar:

- a) El laudo original debidamente autenticado o copia certificada del mismo.
- b) El convenio o acuerdo arbitral original o copia certificada del mismo.

Además, si los documentos anteriores estuviesen redactados en un idioma distinto al del Estado donde se solicita el reconocimiento, la parte solicitante presentará una traducción certificada por un traductor oficial o jurado o por un representante diplomático o consular.

Una vez presentada la demanda, acompañada del laudo y del convenio arbitral, el reconocimiento se lleva a cabo de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, tal y como señala el artículo III de la Convención de Nueva York. En nuestro caso, será de aplicación el artículo 54 LCJIMC.

3.1. *Justicia gratuita*

La Ley española contempla la posibilidad de que en los procedimientos de *exequatur*, cualquiera de las partes pueda solicitar la asistencia jurídica gratuita conforme a la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita (artículo 53 LCJIMC).

3.2. *Acumulación de acciones*

En cuanto a la acumulación de las acciones de reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero, entendemos que la regla prevista en el artículo 54.1 LCJIMC: «la demanda de *exequatur* y la solicitud de ejecución podrán acumularse en el mismo escrito», solo aplica a las resoluciones judiciales extranjeras. Dado que la acción de reconocimiento corresponde a los tribunales superiores de justicia y la acción de ejecución corresponde a los juzgados de primera instancia (acción que solo cabe tras la previa obtención de la resolución que conceda el *exequatur*, esto es el Auto de reconocimiento dictado por el TSJ correspondiente) inferimos no se pueden ejercitar simultáneamente ambas acciones en el caso de laudos extranjeros. Además, de acuerdo con lo establecido en el artículo 73.1.1.^a LEC, no es posible acumular acciones cuando la jurisdicción o competencia para conocer de alguna de las acciones esté atribuida a órgano jurisdiccional distinto.

Sin embargo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 54.2 LCJIMC, se puede solicitar, junto con la demanda de reconocimiento, la adopción de medidas cautelares, que aseguren la efectividad de la tutela judicial que se pretenda, con arreglo a las previsiones de la LEC.

3.3. *Procedimiento*

Una vez presentada la demanda junto con sus documentos, los mismos serán examinados por el Letrado de la Administración de Justicia, que dictará decreto admitiendo la misma y dando traslado de ella a la parte

demandada para que *se oponga en el plazo de treinta días*. El demandado podrá acompañar a su escrito de oposición los documentos que permitan impugnar la autenticidad de la resolución extranjera, la corrección del emplazamiento al demandado y la firmeza y fuerza ejecutiva de la resolución extranjera, entre otros. (artículo 54.5 LCJIMC).

A través del trámite de oposición, el legislador concede a las partes un cierto control sobre el reconocimiento del laudo extranjero que deberán ejercer por vía de excepción. Si el demandado presentase oposición, los tribunales podrán señalar vista o dar traslado del escrito al demandado para que formule las alegaciones pertinentes, quedando dicha decisión a discreción del tribunal.

En el caso de que el Letrado de la Administración de Justicia aprecie la falta de subsanación de un defecto procesal o una posible causa de inadmisión procederá a dar cuenta al órgano jurisdiccional para que resuelva en *plazo de diez días*, con arreglo a las leyes procesales españolas, sobre la admisión en los casos en que estime (i) falta de jurisdicción o de competencia; (ii) la demanda adolezca de defectos formales; o (iii) la documentación aportada estuviese incompleta y no se hubiese subsanado por el actor en el *plazo de cinco días* concedido por el letrado de la administración de justicia (artículo 54.6 LCJIMC).

Formalizada la oposición o transcurrido el plazo para ello sin que la misma se haya formalizado, el órgano jurisdiccional resolverá por medio de auto lo que proceda en el *plazo de diez días* (artículo 54.7 LCJIMC). Del escrito de oposición también se dará traslado al Ministerio Fiscal (artículo 54.8 LCJIMC).

3.3.1. *Causas de oposición y/o desestimación del reconocimiento de laudo extranjero*

El proceso de *exequatur* de un laudo extranjero admite que el demandado se oponga y el tribunal deniegue el reconocimiento *solo* si concurre al-

guna de las causas específicas recogidas en el Artículo V del Convenio de Nueva York. El espíritu de dicha norma consiste en facilitar el reconocimiento de los laudos por parte de los jueces y es por ello que el artículo V ofrece una enumeración taxativa sobre las causas de denegación, distinguiendo entre motivos apreciables exclusivamente a instancia de parte (artículo V.1) y motivos apreciables de oficio (artículo V.2).

3.3.1.1. *Motivos apreciables a instancia de parte artículo V.1*

- a) Validez del convenio arbitral: existencia de incapacidad de alguna de las partes en virtud de la ley que les es aplicable al firmar el convenio arbitral, o existencia de invalidez del acuerdo arbitral en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo.
- b) Inobservancia de los derechos de defensa: la parte contra la cual se invoca el laudo arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa.
- c) Incongruencia del laudo arbitral: existencia de una extralimitación de los árbitros al considerar en el laudo controversias no incluidas en el convenio arbitral, o que exceden el ámbito de dicho convenio arbitral (*en cuyo caso procederá eventualmente un reconocimiento y ejecución parcial*)
- d) Falta del proceso debido: la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje

- e) No obligatoriedad o anulación: el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por una autoridad competente del país en el que ha sido dictado.

3.3.1.2. *Motivos apreciables de oficio artículo V.2*

Los tribunales pueden ejercer el control de oficio y denegar el reconocimiento de un laudo si comprueban que:

- a) La materia no es arbitrable: según la ley del país donde se quiera reconocer el laudo, la materia sobre la que se decide no es susceptible de solución por vía de arbitraje.
- b) Es contrario al orden público: si el reconocimiento o la ejecución del laudo sería contrario al orden público del país donde se quiere reconocer.

Contra el auto que otorgue o deniegue el *exequatur* solicitado no cabe ningún recurso. El artículo 55 LCJIMC determina que contra el auto de *exequatur* solo cabe interponer recurso de apelación, pero dicho artículo debe entenderse solo referido al reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras, no siendo de aplicación al reconocimiento de laudos extranjeros. No se puede interponer ningún recurso frente al auto de *exequatur* puesto que la competencia para conocer de dicho recurso no está prevista entre las funciones de la Sala Primera del Tribunal Supremo (artículo 56 LOPJ), que es la única ante la que, en su caso, podría plantearse por razón de su superioridad funcional (artículos 53 y 70 LOPJ) (Auto 71/2016, Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, Sección 1, Rec. 42/2015 de 19 de mayo de 2016, ROJ: ATSJ CAT 192/2016 ECLI: ES:TSJCAT:2016:192A).

Finalmente, una vez superado el procedimiento de *exequatur* y emitido auto de reconocimiento de laudo extranjero por el tribunal superior de justicia correspondiente, el laudo arbitral extranjero podrá ser ejecutado en España. Para la ejecución será competente el juzgado de primera ins-

tancia del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita la ejecución del laudo o resolución arbitral extranjera, o de la persona a quién se refieren los efectos de estos, determinándose subsidiariamente la competencia territorial por el lugar de ejecución o donde aquellos laudos o resoluciones arbitrales deban producir sus efectos (artículo 8.6 LA).

*Autoras: Marlen Estévez Sanz
(Socia de Roca Junyent)
Cristina Reglero Real
(Abogada en Roca Junyent)*

EXTRATERRITORIALIDAD

Es uno de los conceptos nucleares del Derecho internacional privado, y de los que han suscitado mayor atención en el ámbito doctrinal y en el de la práctica relativa al tráfico jurídico externo.

En una primera y pacífica acepción, puede entenderse por extraterritorialidad o aplicación extraterritorial de las leyes el sometimiento de personas, conductas o intereses a una determinada normativa, trascendiendo los límites físicos de la soberanía que la ha promulgado. La calificamos en este sentido como pacífica porque ha acompañado el desarrollo del citado Derecho desde sus orígenes históricos. Tal ha sido, abriendo el camino a una reflexión en la que la ciencia jurídica ha vertebrado una serie de principios inspiradores y un conjunto de técnicas que, al traducirse en normas o en dictados jurisprudenciales, constituyen en buena medida el principal acervo de ese Derecho, el internacional privado.

Pero, actualmente, al hablar de extraterritorialidad nos situamos en un complejo conjunto de problemas en los que puede definirse como *afirmación inequívoca del poder del Estado frente a otros Estados, en el ámbito interna-*

cional. Y es así considerada como nos dirigimos a ella en este intento de precisar su ser y sus contornos.

1. *En la confluencia del Derecho internacional público y el Derecho internacional privado*

Para regular el citado tráfico jurídico externo, su correspondiente Derecho debe actuar dentro de los márgenes fijados por el Derecho internacional público. Ello es siempre así, y máxime cuando nos situamos como hemos indicado en el ámbito del poder, en el que las propias relaciones entre Estados e, incluso, la paz, pueden verse y de hecho se han visto y se ven comprometidas en múltiples ocasiones.

Toca, pues, al Derecho de Gentes dejar sentados los principios que, tras su amplia aceptación por la comunidad internacional, facultan al Estado y sus normativas de intervención, derecho mandatorio o imperativo, leyes de policía o de aplicación necesaria, proyectarse hacia el exterior siendo como son trasunto de intereses esenciales cuya defensa no debe restringirse al interior de las fronteras. La personalidad activa o pasiva, el principio de defensa o protección, el llamado «test de efectos», serían algunos de los títulos, bien conocidos, que podrían permitir tal proyección de esos importantes componentes del complejo normativo estatal del Derecho internacional privado.

Pero el acuerdo sobre principios no impide que en múltiples ocasiones se susciten problemas, los mismos en los que se incardina actualmente, como hemos dicho, la extraterritorialidad de las leyes o, como también se conocen, los *conflictos de extraterritorialidad*.

Han de buscarse, pues, fórmulas para superarlos y, en ese sentido, propuestas como las reflejadas en el *Restatement of the Law Fourth, the Foreign Relations Law of the United States* pueden ser útiles y merecen profunda consideración. Era así ya en su precedente, basado en su Sec. 403 en la

razonabilidad y el balance o ponderación de diversos factores e intereses. Y también lo es en la nueva versión que propone ahora la Sec. 407:

El Derecho internacional consuetudinario permite el ejercicio de la competencia legislativa (prescriptive jurisdiction) si hay un vínculo genuino entre el tema regulado y el Estado que pretende la regulación. El vínculo genuino normalmente se apoya en un contacto específico entre el Estado y el tema regulado, como el territorio, efectos, personalidad activa, personalidad pasiva o protección. En el caso de la jurisdicción universal, la conexión genuina se basa en el empeño universal de los estados para suprimir ciertas ofensas.

La versión actual pretende según sus mentores reflejar lo que en realidad responde a la práctica internacional, que no parece haber discurrido por los cauces previstos en su predecesora. Destacamos, sin embargo, que ambas se dirigen al mismo propósito, modular y/o autolimitar el poder del Estado en cuanto a la proyección extraterritorial de sus normas con vistas a prevenir o, en su caso, dar claves para superar eventuales conflictos.

2. Sectores afectados por la extraterritorialidad

Son los cubiertos por las aludidas normativas de intervención y, en especial, por las que involucran aspectos esenciales de la economía y/o la política exterior del Estado. Tales como el de la libre competencia, el mercado de valores o las regulaciones de comercio exterior, incluyendo estas, por ejemplo, el control de las exportaciones de armamento o tecnología de doble uso junto, en otro orden y señaladamente, a las sanciones económicas internacionales.

Con reflejos prácticos importantes en todos ellos, cabe indicar que una gran parte del discurso sobre la extraterritorialidad se generó en el sector de la libre competencia, aunque actualmente parece haberse llegado a un cierto consenso sobre la proyección espacial de sus normas. Así se desprende del alcance que reciben en protagonistas tan destacados de la

esfera internacional como los Estados Unidos o la Unión Europea, al lado de los que en un giro de gran interés y, por ejemplo, habría que incluir en este respecto a China.

A partir de aquí, es posible resaltar que el grueso de los problemas que vienen suscitándose sobre la extraterritorialidad de las leyes se sitúa en el ámbito de las sanciones económicas internacionales, lo que tampoco puede extrañar por su conocido potencial para la generación de conflictos y el particular y vertiginoso momento en el que, respecto de las relaciones internacionales, vivimos en nuestros días. Las sanciones, que constituyen por su número y entidad un mundo en sí mismo, requieren un diseño elaborado y un manejo diligente por parte de los operadores jurídicos. Con todo, en sus versiones más extremas, como los llamados boicots secundarios (*secondary sanctions*) han dado origen a grandes tensiones como, por ejemplo, las que se originaron en tiempos entre los Estados Unidos y sus aliados europeos a causa del Gasoducto Siberiano o, en estos momentos, las que han surgido por la activación del título III de la Helms-Burton, Act, parte del bloqueo de Cuba, con efectos que se están empezando a sentir por las empresas españolas.

En otro orden, las sanciones han solido impactar en los derechos humanos, incluso las que traen origen del acuerdo de la comunidad internacional. Por ello, modernamente se pretende limitar estas consecuencias nocivas acotando muy bien quienes deben ser sus destinatarios para evitar, como ha sucedido, que grandes masas de población se vean afectadas. Como, por ejemplo, fue el caso respecto de la muy castigada ya población iraquí, tras las sanciones impuestas luego de la Primera Guerra del Golfo.

Las sanciones, en fin, y también en su relación con los derechos humanos, están proporcionando un nuevo mecanismo para su defensa y, a la vez, la lucha contra la corrupción, que en múltiples ocasiones se vincula con las lesiones de aquellos. Son los Estados Unidos nuevamente los protagonistas, pero esta vez de forma positiva, al haber promulgado re-

cientemente un texto como la Global Magnitski Act de 2016, de proyección universal, que está probando su eficacia en los órdenes citados y es objeto de creciente estudio y valoración por parte de la comunidad internacional y, destacadamente, por la UE. Se trata de un giro algo inesperado, pero que ciertamente debe ser acogido de modo favorable dada la, como hemos indicado, trayectoria conflictiva a la que se suele asociar este tipo de normas.

3. Las respuestas frente a la extraterritorialidad

Apuntaremos dos órdenes, siendo el primero la utilización de cauces técnicos normativos para enervar la aplicación extraterritorial de las leyes, un planteamiento, podemos decir, desde la beligerancia. Sería el caso, destacadamente, de las llamadas leyes de bloqueo (*blocking laws*) o las destinadas a recuperar las pérdidas económicas de quienes se han visto sometidos a esa aplicación (*clawback statutes*). Hay variados ejemplos de ambos tipos, siendo destacables respecto del primero el Reglamento EU 2271/96, dictado como reacción frente a la Helms-Burton Act y enmendado el 7 de agosto de 2018 por el Reglamento Delegado EU 2018/2100, junto a otros actos de la misma fecha que se inscriben en la reacción de la UE frente al desencuentro con los Estados Unidos por la reimposición por este país de sanciones frente a Irán, corolario de su retirada en el mes de mayo previo del Plan de Acción Conjunto (JCPOA), que había coordinado los dos lados del Atlántico respecto del grave problema del enriquecimiento de uranio por parte del régimen iraní. Y respecto del segundo tipo, valga la cita de un ejemplo clásico, la Protection of Trading Interest de 1980, del Reino Unido, promulgada en otro momento, coetáneo con el conflicto del Gasoducto Siberiano, en el que las relaciones entre esos dos lados del océano se hallaban sometidas a fuertes tensiones, en una pauta que parece repetirse cíclicamente. Aunque existen enfoques mucho más constructivos que podrían superarla, y que ilustran el segundo orden anunciado.

Es el caso, por ejemplo, de los Acuerdos de intercambio de información y cooperación entre autoridades habidos en el sector antimonopolios, como el EU/USA de 1991, Competition Cooperation Agreement o el de 1998, Positive Comity Agreement. Ambos han sido la base de un nuevo entendimiento, en beneficio de las dos partes y de la libre competencia, superando antiguas rivalidades. Como las que existían entre los Estados Unidos y sus aliados, en materia de control de transferencia de tecnología estratégica, origen de muchos conflictos y donde una visión más acertada llevó, por ejemplo, a sustituir el ampliamente superado COCOM por el Wassenaar Arrangement, en plena actividad. En su virtud, los numerosos Estados miembros establecen en la práctica un sistema de control mutuo, cuando antes las labores de policía, y las fricciones que conllevaba, recaían principalmente en el país transatlántico y en la aplicación extraterritorial de sus leyes, entre un generalizado recelo. Completan, en fin, estos enfoques constructivos, la puesta en práctica de tesis de automoderación y limitación en el ejercicio de la competencia legislativa, como las que señalamos con motivo de las Secciones 403 y 407 de, respectivamente, los Restatements de Relaciones Exteriores Tercero y Cuarto, a las que nos hemos referido con anterioridad.

4. Mirando hacia el futuro

Los conflictos de extraterritorialidad son muy reales en nuestro mundo, y el acervo de normas que los originan resulta extraordinario. Se trata de una situación previsible, al reflejarse en ellas intereses esenciales de los Estados, muchas veces contrapuestos. También resultan, por ejemplo, de la fragmentación del poder en las relaciones internacionales, o de la urgencia ampliamente sentida de controlar recursos esenciales, junto a la de preservar los propios valores o un lugar firme dentro de los múltiples equilibrios estratégicos.

Previsiblemente, pues, está situación seguirá perpetuándose en el futuro, dando una buena oportunidad al Derecho internacional privado para dirigirse, a través del perfeccionamiento de sus normas —aquí las extrate-

rritoriales— y la búsqueda de soluciones a los eventuales conflictos, hacia su fin último, la consecución y preservación de la paz. Un empeño en el que coincide con el Derecho internacional público, siendo ambos piezas esenciales de la gobernanza mundial.

*Autor: Francisco Javier Zamora Cabot
(Catedrático de Derecho Internacional Privado,
UJI de Castellón)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BUXBAUM, Hannah. «Territory, territoriality and the resolution of jurisdictional conflict», *The American Journal of Comparative Law*, vol. 57, 2009, pp. 631-676; COLANGELO, Anthony. «What is extraterritorial jurisdiction?», *Cornell Law Review*, vol. 99, n.º 6, 2014; DODGE, William. «Jurisdictional reasonableness under customary international law: The approach of the Restatement (Fourth) of US Foreign Relations Law», *Questions of International Law*, 31/10/2019; MANN, Frederick Alexander. «The Doctrine of Jurisdiction in International Law», 111 *Recueil des Cours* 1, 30, (1964-I); MARULLO, Chiara. «Tendencias internacionales sobre la jurisdicción universal: la experiencia española», UPNA, 2017; RYNGAERT, Cedric. «The principles of extraterritorial jurisdiction», Capítulo 4 de *Jurisdiction in international law*, (2.^a ed.), Oxford U. Press, 2019; ZAMORA CABOT, Francisco Javier. «Las vías de solución de los conflictos de extraterritorialidad. Un estudio a partir del Derecho *antitrust* de los Estados Unidos», Madrid, Eurolex, 2001; *ID.* «Extraterritoriality: outstanding questions», en ZAMORA CABOT, Francisco Javier, HECKENDORN URSCHALER, Lukas, DE DYCKER, Stéphanie (eds.). «Implementing the U.N. Guiding Principles on Business and Human Rights», *Schulthess Verlag, Publications de l'Institut Suisse de Droit Comparé* n.º 81, Zürich, 2017, pp. 77-92; ZAMORA CABOT, Francisco Javier y MARULLO, Chiara. «La Global Magnitski Act de los Estados Unidos: sanciones internacionales contra corrupción y violaciones graves de los derechos humanos», *Rivista Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2019, pp. 536-549.

VOCABLOS CONEXOS: Conflicto de leyes. Derecho aplicable. Derecho de la competencia (en el Derecho internacional privado). Derecho internacional privado. Jurisdicción. Libre competencia. Normas imperativas. Territorialidad. Sanciones internacionales.

F

FILIACIÓN

La filiación designa distintas realidades. En primer término, la procreación es el hecho determinante de la atribución a la persona de una determinada filiación respecto a los progenitores. En segundo lugar, al quedar vinculada la filiación a la procreación hoy se explican mal los supuestos de filiación determinados por gestación por sustitución en los que una mujer pone su vientre a disposición de los comitentes. En tercer lugar, la filiación vinculada a la procreación genera la filiación por naturaleza (por contraposición a la filiación por adopción) y constituye un estado civil al determinar la posición de la persona respecto de los progenitores y un hecho inscribible en los registros civiles (DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, LASARTE).

Debe distinguirse por tanto entre los vehículos para su establecimiento y los efectos que produce una vez establecida. En las situaciones privadas internacionales —caracterizadas por la vinculación de la persona cuya filiación se cuestiona con dos o más ordenamientos— el establecimiento coloca en un primer plano la cuestión de las acciones judiciales. Establecida la filiación esta trae unos efectos anudados: las relaciones derivadas de la patria potestad, el derecho al nombre y apellidos, la obligación de alimentos y los derechos sucesorias. Estos derechos derivados de la relación familiar quedan sujetos a la ley rectora de cada relación. Son materias que han experimentado un crecimiento exponencial desde

los años ochenta, con amplia participación de los Estados en Convenios internacionales —particularmente de los elaborados en el marco de la Conferencia de La Haya— y reglamentos de la Unión Europea.

1. *Establecimiento de la filiación*

Los modos de establecimiento varían de un ordenamiento a otro. La filiación se determina, bien por el hecho de la procreación y la inscripción en el Registro del nacimiento por la vía paterna y/o materna, bien por sentencia judicial. Cabe el establecimiento en vía *judicial*. En estos supuestos la acción puede ir orientada al establecimiento y la impugnación de una filiación. En la filiación extramatrimonial el *reconocimiento voluntario* por el o los progenitores y la *posesión de estado* cobran particular relevancia. Nótese que en esta materia el peso de las *presunciones legales* previstas en muchas legislaciones que puede ser enorme. Así, en el Derecho civil español «Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges» (artículo 116 CC); o «Nacido el hijo dentro de los ciento ochenta días siguientes a la celebración del matrimonio, podrá el marido destruir la presunción mediante declaración auténtica en contrario formalizada dentro de los seis meses siguientes al conocimiento del parto» (artículo 117 CC).

2. *Competencia judicial internacional*

La atribución de la competencia judicial internacional puede no ordenarse conforme a reglas especiales en los ordenamientos nacionales, en cuyo caso quedará sujeta a las reglas generales o a las especiales que se prevean para las acciones de Estado. Algunos sistemas sí cuentan con normas especiales de atribución de la competencia judicial internacional construidas sobre el objetivo de la asignación de la competencia a la jurisdicción más próxima a la persona protegida. De ahí que la residencia habitual o la nacionalidad del menor en el momento de la interposición de la demanda, sean criterios habituales.

3. *Derecho aplicable*

La solución clásica se caracteriza por la ausencia de normas de conflicto especiales, de modo que la ley aplicable a la filiación cualquiera sea el vehículo, está sujeta a la regla general en materia de capacidad y estado civil, siendo como es una acción de Estado. Ha sido la solución española hasta 1987 planteada como una cuestión de Estado o de derechos y deberes de familia. Sigue vigente en muchos países: Venezuela (artículo 16 Ley de Derecho Internacional Privado), Panamá (artículo 26 Código de Derecho Internacional Privado de 2014), República Dominicana (artículo 31 Ley de Derecho Internacional Privado de 2014) y México (arts 11 y 12 Proyecto de Ley de Derecho Internacional Privado de 2015). Como contrapunto, la destrucción del principio de unidad jurídica familiar (basada en la preeminencia de la ley del *pater familias*), la irrupción del valor igualdad entre los hijos legítimos y naturales y, finalmente, el derecho al establecimiento de la verdad biológica, provocaron la especialización de las normas de conflicto en esta materia, y en particular, la consolidación de reglas autónomas o especiales en cuanto a la determinación de la ley aplicable. Las normas de conflicto en esta materia se construyen con la finalidad de satisfacer dichos valores; y cabe afirmar que avanza la tendencia a la inclusión de dos o más criterios de conexión siempre ordenados a facilitar el establecimiento de la filiación (*favor filii*).

Así, en el Derecho comparado a esa impronta responden el Derecho francés parte de la ley personal de la madre en el momento del nacimiento del hijo y si la madre no es conocida, se estará a la ley personal del hijo (artículo 311-314 Código Civil); y con mayor nitidez, lo mismo cabe decir de Alemania (artículos 19 y 20 Ley Derecho internacional privado de 1986), Suiza (artículos 64 a 67 Ley federal suiza de Derecho Internacional Privado de 1986) o Italia (artículos 33 a 35 Ley de reforma del sistema italiano de Derecho internacional privado, de 1995). Al incluir varios criterios de conexión se facilita el establecimiento de la verdad biológica. En el Derecho internacional privado español se estará a la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento

de la filiación y a falta de residencia habitual del hijo, o si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación, se aplicará la ley nacional del hijo en ese momento. Si esta ley no permitiere el establecimiento de la filiación o si el hijo careciere de residencia habitual y de nacionalidad, se aplicará la ley sustantiva española (artículo 9.4 Código Civil). Otros modelos recogen como conexión única la ley nacional del hijo, persona a proteger, como es el caso de Polonia (artículo 55, Ley Polaca de Derecho internacional privado de 2011) o Bélgica (artículo 62.1 Ley belga de Derecho internacional privado de 2004).

3.1. Conexiones

Las conexiones escogidas giran en torno a la persona presumiblemente más interesada en el establecimiento de la filiación, el presunto hijo y utilizan bien conexiones personales, bien el lugar de nacimiento del presunto hijo. De modo que se estará a lo que disponga la *ley nacional del hijo* en el momento del nacimiento o la que ostente en un momento posterior. La *ley de la residencia habitual del hijo*, conexión de más fácil apreciación lo cual es tanto más necesario en este ámbito por cuanto que de prosperar la acción puede acarrear un cambio en la nacionalidad. Finalmente, la *ley del foro* puede tener un papel relevante cada vez que las conexiones anteriores bien no resulten determinables (p. ej. la nacionalidad) o hagan impracticable que prospere la acción porque en la ley designada se añadan restricciones más o menos justificables (p. ej. que en la ley extranjera hayan prescrito los plazos para el ejercicio de la acción. Ahora bien, conviene destacar dos problemas. En primer término, el hecho de que la conexión gire en torno a la persona cuya filiación se pretende establecer o impugnar en la práctica supone marginar al (presunto) padre cuando es este quien insta la acción. En segundo lugar, la concreción temporal de la conexión utilizada no es irrelevante; cuando se retiene la nacionalidad del hijo en el momento del nacimiento habrá que retrotraerse en el tiempo y no siempre el sistema jurídico designado habrá avanzado, por ejemplo, en la admisión de pruebas biológicas. De ahí que si la norma

retiene el momento de interposición de la demanda ciertamente se facilita el establecimiento de dicho objetivo.

3.2. *Ámbito de la ley designada aplicable*

La ley designada por la norma de conflicto rige la legitimación (personas que pueden ejercer las acciones procesales y contra las que puede ir dirigida), los plazos para su ejercicio así como las presunciones, particularmente relevantes en este sector de problemas. La cuestión de los medios de prueba resulta más controvertida y suscita la cuestión de los límites entre la ley del foro y la ley rectora de la constitución de la filiación, dado que hay sistemas jurídicos muy generosos en cuanto a la admisión de ciertos tipos de prueba (p. ej. biológicas) no admitidas en cambio por otros sistemas. Se ha sostenido que correspondería a la ley del fondo decidir los medios de prueba, lo cual choca, por una parte, con la regla clásica conforme a la cual *lex fori regit processum* y por otra, con la imposibilidad práctica de exigir determinadas pruebas al tribunal que entienda de la acción si el sistema jurídico desde el que opera no admite o no conoce tales medios de prueba. En todo caso, ciertas restricciones procesales (p. ej. como la que exige la presentación de un principio de prueba como condición de la admisibilidad de la demanda, *ex* artículo 767.1 Ley española de Enjuiciamiento Civil 1/2000) obviamente será exigible por la ley del foro.

3.3. *Reconocimiento voluntario*

El reconocimiento voluntario es otros de los vehículos para el establecimiento de la filiación extramatrimonial, normalmente por testamento o por una declaración de voluntad en ese sentido. Su validez (admisibilidad como medio de establecimiento de la filiación, validez formal y material) estará sujeta a la ley designada por la norma de conflicto en materia de filiación. Excepcionalmente, la capacidad de quien expresa su voluntad estará sujeta a la norma general en materia de capacidad. No obstante, debe señalarse que en cuanto a la validez formal, en el pasado se planteó

la prioridad de la *lex loci actus* en detrimento de la ley aplicable a la constitución de la filiación.

3. *Filiación por gestación por sustitución*

La gestación por sustitución tiene por finalidad la creación de un vínculo de filiación conforme al Derecho del país al que el/los interesados se desplazan que no se establecería conforme a la del país de origen de los interesados (p. ej. caso de España, práctica prohibida por artículo 10.1 Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de reproducción humana asistida). El instrumento utilizado es el contrato de maternidad subrogada, por el cual, a cambio de un precio que perciben el intermediario y la mujer gestante, la madre renuncia *ex ante* a su derecho a ser reconocida como madre (pudiendo solo ser gestante o también madre biológica) y se atribuye la filiación al padre o padres comitentes. Estas prácticas que resultan habituales en ciertos países (p. ej. EE. UU. o la India), plantean enormes problemas éticos y dogmáticos, que tienen que ver sobre todo con el objetivo de prevenir el tráfico. Como contrapunto se halla el interés del nacido por gestación por sustitución en ver reconocida su identidad de hijo y la continuidad del estado civil de un Estado a otro, como se ha planteado en la jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos humanos en reiteradas ocasiones (en especial, entre otras, SSTEDH 65941/11; de 26 de junio 2014, *Menesson c. Francia* y n.º 25358/12, de 27 de enero de 2015, *Paradiso Campanelli c. Italia*).

En el ordenamiento español, como solución de principio y a falta de una reforma legislativa que eventualmente permita este tipo de prácticas (en España y en el extranjero, o únicamente en el extranjero), la Dirección General de los Registros y del Notariado, órgano administrativo que controla la intervención consular (téngase en cuenta que la mayoría de supuestos se acude a la autoridad consular española en el extranjero, para instar la inscripción del nacido por gestación por sustitución dicto la Instrucción de la DGRN sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, de 5 de octubre de 2010

(BOE n.º 243, de 7 de octubre 2010) implica un giro en cuanto al método y resultado final con respecto a la doctrina anterior sobre este asunto, al exigir una resolución judicial como elemento necesario para el acceso al registro de la inscripción registral extranjera, no bastando la certificación (de nacimiento) registral extranjera. Podría impedirse el reconocimiento de tal sentencia extranjera por entender que se vulnera el orden público español. En cambio, a la vista de los pronunciamientos del TEDH se optó por mantener la doctrina de la DGRN conforme a la cual: dicha resolución judicial deberá ser dictada por competente autoridad extranjera y observar las exigencias formales; deberá quedar acreditado que se garantizaron los derechos procesales y, en particular los de la madre gestante; que no se produjo vulneración del interés (superior) del menor o de los derechos de la madre gestante, en particular, en lo relativo a la prestación de su consentimiento; finalmente, que la resolución judicial sea firme y los consentimientos prestados, irrevocables.

Autora: Mónica Guzmán
(*Catedrática de Derecho Internacional Privado,*
UNED, Madrid)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. *Filiación hispano-suiza (Sistemas de DIPr y relaciones concernientes a la emigración española*, Universidad de León, Servicio de Publicaciones, 1989; CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. «Notas críticas a la Instrucción de la DGRN de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (<http://www.uc3m.es/cdt>), (marzo 2011), vol. 3, n.º 1, pp. 247-262); CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. «La ley aplicable a la filiación por naturaleza: de la ley nacional a la ley de la residencia habitual del hijo», *Revista Española de Derecho Internacional*, 2016, n.º 2, pp. 157-182; CARRILLO POZO, L. «La filiation dans le droit international privé espagnol: quelques profils critiques», *Rev. Critique dr. dr.int.pr.* 1995, n.º 3, pp. 585-606; DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho civil*, vol. I, Tecnos, Madrid, 2005; LASARTE, C. *Principios de Derecho civil I. Parte*

General y Derecho de la persona, Marcial Pons, Madrid, 2010; LORENTE MARTÍNEZ, I. «Filiación natural. El artículo 9.4 del Código Civil y el triunfo de la residencia habitual del hijo», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, (<http://www.uc3m.es/cdt>, (2018), vol. 9, n.º 1, pp. 592-600; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P. «Reconocimiento en España de la filiación creada en el extranjero a través de una maternidad de sustitución» (http://www.mtin.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/47/Est0.pdf); PONSARD, A. *Les conflits de lois en matière de filiation*, París, 1973.

FORO DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

1. *Concepto*

La palabra «foro» tiene muchas y muy diversas acepciones, que hunden todas ellas sus raíces en la antigua Roma. Entonces, el foro era el espacio público en que se desarrollaba la vida pública, comercial y económica de la ciudad; hoy, un foro sigue siendo un lugar de encuentro o de debate —también en el caso de los foros de internet—. En el foro en Roma, asimismo, se impartía la administración de justicia. Igualmente, hoy, en el ámbito jurídico se entiende por foro el tribunal que está oyendo y juzgando una causa y, por extensión, el criterio que atribuye competencia al tribunal. Estas dos últimas acepciones del vocablo son las que nos interesan en Derecho internacional privado: en esta disciplina, el foro es el tribunal que está juzgando un concreto asunto, y la «ley del foro» (*lex fori*), la ley de ese tribunal que está resolviendo el caso; además, un foro de competencia judicial internacional (también llamado «fuero») es el criterio que emplean las normas de competencia judicial internacional para determinar a qué tribunal le corresponde juzgar un caso.

En esta entrada, hablaremos de «foro» en este último sentido, y nos referiremos al foro como el criterio que indica el tribunal competente. Los foros forman parte de las normas de competencia judicial internacional,

dentro de las cuales también se incluyen las reglas que resuelven los llamados «problemas de aplicación», como la litispendencia internacional, o las que indican al juez sus posibilidades en orden a verificar de oficio su competencia judicial internacional.

2. Foros de competencia judicial internacional y foros de competencia territorial

Competencia judicial internacional y competencia interna son conceptos diferentes, regidos por normas distintas e inspirados por distintos principios y criterios. La aplicación de los foros de competencia judicial internacional es previa a la de los foros de competencia territorial. En un litigio sobre una situación privada internacional, el juez o tribunal se va a plantear, en primer lugar, si los tribunales españoles, en su conjunto, contemplados como jurisdicción, tienen competencia judicial internacional para juzgar la situación. Solamente una vez resuelto lo anterior, en un segundo momento, los foros de competencia territorial —establecidos en España en la Ley de Enjuiciamiento Civil— determinarán concretamente a qué tribunal le corresponde juzgar el asunto, indicando, por ejemplo, si la demanda debe introducirse ante los tribunales de Valencia, o ante los de Madrid.

Cuando no coinciden los foros de competencia judicial internacional y los de competencia territorial se pueden producir desajustes, complicándose la determinación del tribunal territorialmente competente. Para evitar esto, algunos textos legales establecen foros que establecen simultáneamente la competencia judicial internacional y la competencia territorial interna.

3. Clasificación de los foros

Los foros de competencia judicial internacional se pueden clasificar utilizando diferentes criterios:

3.1. *Según la naturaleza del foro*

Según la naturaleza del foro, podemos diferenciar foros de carácter personal o subjetivo y foros objetivos o territoriales. Los primeros se centran en elementos subjetivos de las partes del proceso (nacionalidad o residencia habitual), mientras que los segundos utilizan criterios territoriales, como el lugar de cumplimiento de un contrato, el lugar de situación de un inmueble, el lugar de comisión de un hecho dañoso, etc.

No todos los foros de competencia judicial internacional encajan en uno de los dos apartados señalados. Por ejemplo, queda fuera de esta clasificación el foro de la sumisión, que emplea como criterio la autonomía de la voluntad de las partes, otorgando competencia al tribunal elegido por estas; tampoco se incluyen en ninguno de los dos grupos los llamados foros por conexidad, que determinan la competencia judicial internacional a partir de la vinculación (conexidad) existente entre dos asuntos.

3.2. *Según la amplitud de las materias reguladas por el foro*

Según la amplitud de las materias reguladas por el foro, se diferencian los foros «especiales» por razón de la materia, que establecen reglas de competencia específicas para las diferentes categorías jurídicas del Derecho privado, y los foros «generales», aplicables con independencia de la naturaleza del litigio. El foro general más frecuentemente utilizado es el domicilio del demandado, y junto a él, en el ámbito patrimonial, cobra un papel muy importante el foro de la autonomía de la voluntad. Los foros especiales por razón de la materia son numerosos en el sistema español y se prevén para los contratos, responsabilidad civil extracontractual, derechos reales sobre bienes, divorcio, régimen económico matrimonial, etc. Entre los foros especiales se incluye el foro de la sucursal, aunque a veces se habla de este como foro «cuasi general», pues actúa en todo tipo de litigios (contractuales, extracontractuales o de otro tipo) relacionados con la actividad de una sucursal.

3.3. *Según el objetivo de política legislativa perseguido*

Según el objetivo de política legislativa perseguido, encontramos foros de carácter «neutro o neutral» y foros «de protección». Los últimos tienen como finalidad la protección de la parte débil del litigio en aquellos contratos en que existe una situación de asimetría contractual, como sucede en los contratos de seguro, de consumo y de trabajo. Para lograr el objetivo protector, se utilizan diferentes mecanismos, como ampliar las opciones competenciales de la parte débil demandante, establecer foros especialmente favorables para esta (por ejemplo, el foro de su domicilio), reducir las opciones del profesional, que solo puede demandar a la parte débil ante el tribunal del domicilio de la última, restringir la autonomía de la voluntad de las partes, admitiendo solamente los acuerdos de elección de foro que no perjudican a la parte débil, etc.

3.4. *Si nos centramos en las relaciones que los foros tienen entre sí*

Si nos centramos en las relaciones que los foros tienen entre sí, podemos diferenciar los foros «exclusivos», que atribuyen competencia única e inderogable a un tribunal, excluyendo el juego del resto de los foros, y los foros «concurrentes» o alternativos, que permiten a la parte demandante elegir entre varios tribunales a la hora de interponer la demanda. Los foros exclusivos son excepcionales y se reservan para aquellas materias en las que son necesarios, por algún tipo de interés jurídico-público o de carácter práctico.

3.5. *Según la vinculación existente entre el tribunal y el litigio*

Por último, según la vinculación existente entre el tribunal y el litigio, podemos distinguir los foros que se basan en un principio de proximidad razonable (foros normales o apropiados) de los llamados «foros exorbitantes». Los últimos son foros que atribuyen una competencia «excesiva» o no fundada en el principio de proximidad: es el caso, entre otros, del *forum actoris*, que permite al actor interponer la demanda ante

los tribunales de su nacionalidad o de su domicilio, o del *forum patrimonii* o el *forum presentiae*, que se basan en la presencia de bienes del demandado en el territorio del tribunal y responden a motivos prácticos. Los Estados pueden establecer, a su voluntad, foros de carácter exorbitante, pero una sentencia basada en uno de estos foros corre el riesgo de no ser reconocida en los demás Estados.

4. Regulación de los foros de competencia judicial internacional en España

Los foros de competencia judicial internacional del sistema español se recogen en una multitud de textos legales, que provienen de diferentes ámbitos de producción jurídica.

4.1. Derecho convencional

España es Estado parte de un amplio número de Convenios internacionales que incluyen foros de competencia judicial internacional.

La mayoría de estos son Convenios de carácter multilateral. Entre ellos, el Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 da una regulación general de los acuerdos de elección de foro, mientras que la mayor parte de los textos restantes son de carácter marcadamente sectorial. Se trata de Convenios que incluyen foros de competencia judicial internacional para materias muy específicas: entre ellas, por ejemplo, el transporte internacional (transporte aéreo, transporte internacional de mercancías por carretera, transporte de viajeros, equipajes y mercancías por ferrocarril, transporte marítimo internacional de mercancías), el Derecho de daños (daños causados a terceros en superficie por aeronaves extranjeras, responsabilidad civil en materia de energía nuclear, responsabilidad civil por daños debidos a la contaminación por hidrocarburos), el Derecho marítimo (competencia civil en materia de abordaje, embargo preventivo de buques), los derechos reales y garantías mobiliarias, o varios aspectos del Derecho de familia.

Además, España ha suscrito dos Convenios de carácter bilateral que dan una regulación general de la competencia judicial internacional en el ámbito del Derecho patrimonial: el Convenio entre España y Rumanía de 17 de noviembre de 1997, y el Convenio entre España y El Salvador de 7 de noviembre de 2000. La importancia de estos textos es residual: los casos con El Salvador son escasos y el Convenio con Rumanía ha dejado de aplicarse por el juego de los Reglamentos europeos.

4.2. *Derecho europeo*

Desde finales de los años noventa y principios de los 2000, el proceso de «europeización» o «comunitarización» del Derecho internacional privado se ha traducido en la elaboración de un amplio conjunto de Reglamentos europeos en la materia. Estos incluyen, a día de hoy, una regulación de los foros de competencia judicial internacional que abarca, con pocas excepciones, la práctica totalidad de las materias del Derecho civil y mercantil. Los reglamentos actualmente vigentes son los siguientes:

- Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) 1347/2000 (Bruselas II bis). Desde el día 1 de agosto de 2022, este Reglamento quedará sustituido por el nuevo Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (Bruselas II ter).
- Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos

- Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo.
- Reglamento (UE) 1215/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Bruselas I bis). Las reglas de este Reglamento se extienden a Dinamarca, según el Acuerdo firmado entre este país y la Unión Europea. A su vez, el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 30 de octubre de 2007, extiende (con algunas diferencias) los foros de Bruselas I bis a Suiza, Noruega e Islandia, Estados miembro de la Asociación Europea de Libre Comercio.
- Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia.
- Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales
- Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas.

4.3. *Derecho interno*

En defecto de Convenio internacional o Reglamento Europeo, los foros de competencia judicial internacional aplicables en España son los contenidos en los artículos 21, 22 y 25 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, modificada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio.

Mientras que los Reglamentos europeos y los Convenios internacionales distribuyen o reparten la competencia judicial internacional entre los diferentes Estados que participan en los mismos, los foros establecidos en nuestra LOPJ son de carácter unilateral y solo vinculan a los tribunales españoles: se limitan a determinar cuándo nuestros tribunales tienen (o no tienen) competencia judicial internacional.

La reforma de la LOPJ operada en el año 2015 sirvió en buena medida para alinear los foros del Derecho interno con los de la regulación europea, de forma que hoy coinciden muchos de los foros previstos en las dos series de instrumentos. La misma reforma sirvió también para mejorar el sistema desde el punto de vista del derecho a la tutela judicial efectiva, incorporando un «foro de necesidad», según el cual los tribunales españoles no podrán declinar su competencia si el caso tiene vinculación con España y otros tribunales conectados con el asunto han rechazado su competencia para juzgarlo (22 *octies* 3 LOPJ). A contrario, la LOPJ no recoge un *forum non conveniens* que permita a los tribunales españoles inhibirse si consideran que existe otro tribunal más apropiado para resolver el caso.

5. *Aproximación a los foros de competencia judicial internacional del sistema español*

La cantidad de textos legales reguladores de la competencia judicial internacional en nuestro país no facilita una exposición sistemática de los foros. No obstante, la gran similitud existente entre los foros estableci-

dos en los Reglamentos europeos y los incluidos en la LOPJ permite una explicación conjunta de los criterios de competencia previstos.

5.1. *Derecho privado patrimonial*

En este ámbito, los foros establecidos en el Reglamento de Bruselas I bis, el Convenio de Lugano y la LOPJ responden a un mismo sistema. En los tres textos legales los foros se organizan de forma jerarquizada, y son muy similares entre sí, aunque existen diferencias de detalle entre los tres instrumentos:

- En la cúspide de la pirámide, en los tres textos legales, se recogen cinco series de foros exclusivos, que atribuyen competencia única e inderogable (a) al tribunal del lugar de situación del bien en materia de derechos reales y contratos de arrendamiento de inmuebles; (b) al tribunal del domicilio social en materia de validez, nulidad o disolución de sociedades y personas jurídicas, y en relación con la validez o nulidad de las decisiones de sus órganos; (c) al tribunal del lugar del registro en materia de validez de inscripciones en los registros públicos; (d) al tribunal del lugar donde se haya efectuado el depósito o registro en materia de inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos y otros derechos análogos sometidos a depósito o registro; (e) al tribunal del lugar de ejecución en relación con la ejecución de las resoluciones judiciales.

- En defecto de foros exclusivos, los tres textos legales contemplan la posibilidad de que las partes realicen acuerdos de elección del foro, admitiendo tanto la sumisión expresa como la tácita. La sumisión tácita se produce cuando interpuesta la demanda ante un tribunal, el demandado comparece ante este y realiza cualquier gestión procesal diferente de impugnar la competencia.

- En defecto de elección de foro, estos textos legales permiten al demandante interponer la demanda ante: (a) el foro general del domicilio del demandado; (b) los diferentes foros especiales previstos para materias como contratos, responsabilidad civil extracontractual, derechos reales sobre bienes, actividad realizada a través de una sucursal, *trust*, etc. La relación entre el foro general y los foros especiales es de concurrencia, de forma que el demandante puede optar por presentar la demanda ante el foro especial por razón de la materia o ante el foro del domicilio del demandado.

- Los tres textos legales establecen, además, sistemas de «foros de protección» para los contratos de seguro, consumo y trabajo. En estas materias, con la finalidad de proteger a la parte débil del litigio, por un lado, se limita la autonomía de la voluntad de las partes, permitiendo los acuerdos de sumisión solamente en los casos tasados en los que no son perjudiciales para la parte débil del litigio; por otra parte, se concede a la parte débil la posibilidad de elegir entre un amplio elenco de foros, mientras que el sistema solo permite que el profesional demande a la parte débil ante los tribunales del domicilio de la última.

5.2. *Derecho de familia*

Los foros establecidos en el ámbito del Derecho de familia no encajan en el sistema anterior: en Derecho de familia, los foros tienden a ser de carácter concurrente y es habitual preferir foros de carácter subjetivo, centrados en aspectos como la residencia habitual o la nacionalidad de las partes. La sumisión no se contempla sin restricciones en los textos legales que regulan la competencia judicial internacional en este ámbito, aunque sí se acepta en ciertas materias, como las obligaciones alimenticias. En los casos en que es admisible, está sometida a condiciones, y no se permite la elección de cualquier tribunal, sino que se formula una lista de tribunales elegibles por las partes.

*Autora: Ana Crespo Hernández
(Profesora titular de Derecho Internacional Privado, URJC)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ABARCA JUNCO, P. y otros, *Derecho internacional privado*, UNED, 2016; CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho internacional privado*, Comares, 18.^a ed., 2018; ESPLUGUES, C., IGLESIAS BUHIGUES, J. L. y PALAO MORENO, G. *Derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, 14.^a ed., 2020; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. *Derecho internacional privado*, Civitas, 11.^a ed., 2020; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. *Derecho internacional privado*, Civitas, 5.^a ed., 2019; RODRÍGUEZ BENOT, A. (dir.), *Manual de Derecho internacional privado*, Tecnos, 7.^a ed., 2020; VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. *Derecho procesal civil internacional*, Civitas, 2007. Existen innumerables obras especializadas sobre los foros en los diferentes ámbitos del Derecho civil y mercantil.

VOCABLOS CONEXOS: Competencia judicial internacional. Foro de necesidad. *Forum non conveniens*. *Forum shopping*.

FORO DE NECESIDAD

Entre los foros de competencia jurisdiccional en el Derecho internacional privado encontramos el conocido como *foro necessitatis*, *foro de necesidad* o *forum by necessity*. A fin de remediar situaciones de denegación de justicia y en determinados supuestos excepcionales, como sucede en sectores nucleares de esta materia, como es el Derecho de familia, existiría la posibilidad excepcional y residual de que cualquier tribunal que tenga alguna conexión con la situación jurídica privada internacional pueda conocer el asunto a modo de *forum necessitatis*. Lo que presupone una flexibilidad de los criterios de jurisdicción cuando sea imposible identificar un juez competente que se fundamentaría en la tutela de los intereses jurisdiccionales de las partes.

1. Contextualización de la materia

La doctrina especializada afirma que el *forum necessitatis* y el *forum no conveniens* son dos caras de la misma moneda. Si la doctrina del *forum non conveniens* permitiría a los tribunales abstenerse en los casos en los que los criterios jurisdiccionales no estuvieran plenamente satisfechos, a pesar de la existencia de vínculos que justificarían la competencia, el *forum necessitatis* proporcionaría un criterio residual para que los tribunales puedan conocer el asunto para evitar una denegación del acceso a la justicia.

A nivel supranacional, la expresión *forum necessitatis* la encontramos recogida, entre otros textos, en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el Libro Verde sobre la revisión del Reglamento (CE) 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil [COM(2009) 175 final]:

4.5 En lo concerniente a la introducción de «reglas de competencia subsidiaria», [...] la del «forum necessitatis» (11) Significa que un tribunal reconocerá la competencia asumida por un tribunal extranjero si a su juicio este hubiera asumido dicha competencia para evitar una denegación de justicia, por no existir órgano jurisdiccional competente. Se trata más de un aspecto del acceso a los tribunales que un reconocimiento de resoluciones. (11), si bien esta última deberá respetar escrupulosamente los términos en que el Derecho internacional reconoce el «principio de la territorialidad objetiva» (12) Por ejemplo, en las Sentencias del TIJ de 7 de septiembre de 1927, asunto «Lotus» y de 5 de febrero de 1970, asunto «Barcelona Traction». (12) que subrayan el deber de probar la conveniencia y la oportunidad de la remisión a un foro determinado.

En el artículo 7 del Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo del 18 diciembre 2008 relativo a la competencia, a la ley aplicable, al reconocimiento e a la ejecución de las decisiones y a la cooperación en materia de obligaciones alimentarias:

Cuando ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro sea competente con arreglo a los artículos 3, 4 y 5, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro podrán, en casos excepcionales, conocer del litigio si un procedimiento no puede razonablemente introducirse o llevarse a cabo o resulta imposible en un Estado tercero con el cual el litigio tiene estrecha relación. El litigio debe guardar una conexión suficiente con el Estado miembro del órgano jurisdiccional que vaya a conocer de él.

En el artículo 11 del Reglamento (UE) n. 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo:

Cuando ningún tribunal de un Estado miembro sea competente con arreglo a otras disposiciones del presente Reglamento, los tribunales de un Estado miembro podrán resolver, en casos excepcionales, sobre la sucesión si resultase imposible o no pudiese razonablemente iniciarse o desarrollarse el proceso en un tercer Estado con el cual el asunto tuviese una vinculación estrecha.

Y está presente como norma de competencia indirecta en el artículo 2 de la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores. Cabe mencionar que en el proceso de modificación del Reglamento Bruselas Bis, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, se intentó también incluir una cláusula en el artículo 26 para conocer casos extraterritoriales fundamentando la competencia en esta doctrina, en los casos en los que otros resultasen inviables para las víctimas de graves ilícitos internacionales perpetrados por empresas multinacionales fuera de la Unión. En sus términos, tal propuesta hubiera permitido al órgano jurisdiccional nacional de un Estado miembro hacer valer su competencia en el caso de que ningún otro tribunal se la hubiera atribuido, estableciendo un vínculo mínimo con el foro. No obstante, careció del apoyo necesario por lo que en la versión actual del artículo 26 no se establece esta cláusula.

2. *Recientes desarrollos en el tema de las graves violaciones a los derechos humanos*

El tema del *forum necessitatis* es de los que han suscitado mayor atención en el ámbito doctrinal internacional sobre todo por su reciente aplicación en temas relativos a los litigios transnacionales relativos a las violación de los derechos humanos tanto que, en el año 2010, la Fundación Interamericana de Abogados reconoció expresamente la importancia de la creación de foros de necesidad para garantizar el acceso a la justicia para garantizar un foro a las víctimas de las graves violaciones de los derechos humanos y propuso su inclusión en un proyecto latinoamericano: la Ley Modelo sobre la Protección Internacional de los Derechos Humanos (conocida como La Ley Modelo Dahl). En la última década ha sido notoria la práctica de algunos tribunales europeos o americanos, entre otros, de conocer casos fundamentando su jurisdicción en esta doctrina, siempre que concurren otros requisitos entre los que destaca el nexo o vínculo entre los hechos y el Estado del foro. A título de ejemplo, la doctrina del *forum necessitatis* proporcionó una base para que el Tribunal de Distrito de La Haya se declarase competente para entender de una demanda civil planteada por un demandante extranjero por haber sido encarcelado ilegalmente y torturado en Libia (Tribunal de distrito de La Haya, 21 de marzo de 2012, LJN: BV9748, El-Hojouj/Unnamed Libyan Officials, Países Bajos). La doctrina del *forum necessitatis* avanzada por algunos Estados en el contexto de las graves violaciones cometidas contra los derechos humanos se ha extendido también a los litigios transnacionales sobre las actividades ilícitas de grandes corporaciones transnacionales. En este contexto, el foro de necesidad construiría el último recurso para las víctimas que se ven en la imposibilidad de encontrar un juez competente en el lugar donde se verificaron los hechos o frente a la imposibilidad de que se active una jurisdicción internacional para estos graves acontecimientos. Sobre este tema han sido muy importantes los desarrollos jurisprudenciales en los tribunales franceses, ingleses o canadienses. Cabe indicar, sin embargo, que más recientemente su aplicación ha encontrado fuertes detractores, entre los que des-

taca el prestigioso Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha afirmado recientemente que no hay práctica internacional suficiente para entender que exista actualmente un *consensus* generalizado en el Derecho internacional, para la aplicación facultativa u obligatoria de esta doctrina (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Caso 51357/07, *Nait-Liman c. Svizzera*).

Autora: Maria Chiara Marullo

*(Profesora ayudante. Doctora en Derecho Internacional Privado,
Universidad Jaume I de Castellón)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ÁLVAREZ RUBIO, Juan José *et al.* «A propósito de la Ley Modelo Latinoamericana de Protección Internacional de los Derechos Humanos (La Ley Modelo Dahl)», *Revista de Estudios Jurídicos*, n.º 11, 2011, pp. 1-15; BENVENUTI, Edoardo. «Quale tutela del diritto di accesso alla giustizia civile per le vittime di gravi violazioni dei diritti umani? Riflessioni a margine della decisione della Grande Camera della Corte Europea nel caso *Nait-Liman*», *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2018, pp. 322-332; CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz. «Las normas de competencia judicial internacional del Reglamento 1215/2012 y los demandados domiciliados fuera de la UE: análisis de la reforma», *REEI*, n.º 28, 2014; FERNÁNDEZ ROSAS, *Rigidez versus flexibilidad en la ordenación de la competencia judicial internacional: el forum necessitatis*, en: <https://fernandezrozas.files.wordpress.com/2017/12/jc-fernc3a1ndez-rozas-forum-necessitatis.pdf>; GOLDHABER, Michael. «Corporate Human Rights Litigation in Non-U.S. Courts: A Comparative Scorecard», 3 *U.C. Irvine L.Rev.*, pp. 127-137; LA MANNA, Mariangela. «The ECHR Grand Chamber's Judgment in the *Nait-Liman* Case: An Unnecessary Clarification of the Reach of Forum Necessitatis Jurisdiction?», *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, vol. 55, n.º 2, 2019, pp. 349-451; MARULLO, Maria Chiara. «La lucha contra la impunidad: el foro de *necessitates*», *Indret*, 2015; MUÑOZ FERNÁNDEZ, Alberto. «Tutela judicial efectiva y foro de necesidad su aplicación a acciones contra multinacionales por violaciones de dere-

chos humanos», en FERNÁNDEZ LIESA, Carlos R. *Empresas y derechos humanos*, 2018; RIETIKER, Daniel. «The Case of *Nait-Liman v. Switzerland* Before the European Court of Human Rights: Where Are the Limits of the Global Fight Against Torture?»; REQUEJO, Marta. *Torture, Universal Civil Jurisdiction and Forum Necessitatis: Nait-Litman v. Switzerland before the ECtHR* <https://conflictoflaws.net/2018/universal-civil-jurisdiction-and-forum-necessitatis-before-the-ecthr/>; ROORDA, Lucas y RYNGAERT, Cedric. «Business and Human Rights Litigation in Europe and Canada: the Promises of Forum Necessity Jurisdiction», *Rabels Journal of Comparative and International Private Law*, n.º 80, 2018, pp. 783-804. SKINNER, Gwynne, MCCORQUODALE, Robert y DE SCHUTTER, Olivier. *The third pillar. Access to Judicial Remedies for Human Rights Violations by Transnational Business*, 2016, https://corporatejustice.org/documents/publications/eccj/the_third_pillar_-_access_to_judicial_remedies_for_human_rights_violation.-1-2.pdf

VOCABLOS CONEXOS: Foros de competencia. Acceso a la justicia. Tutela jurisdiccional. Litigios transnacionales. Derechos humanos.

FOROS DE PROTECCIÓN EN LOS LITIGIOS DERIVADOS DE CONTRATOS INTERNACIONALES

1. Concepto

El foro de competencia judicial internacional se define como la «circunstancia presente en las situaciones privadas internacionales y que utiliza el legislador para atribuir el conocimiento de las mismas a sus órganos jurisdiccionales» (González Campos en CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2014). De esta forma, podemos señalar que los foros de protección constituyen la expresión de la política legislativa que responde al objetivo de amparar a la parte más débil en una

relación jurídica atribuyendo el conocimiento de los litigios surgidos a unos determinados órganos jurisdiccionales.

Para mantener el equilibrio de las partes en las situaciones litigiosas en los cuales una parte está en una situación de inferioridad frente a otra, hace falta articular un sistema de foros con el fin de proteger a los sujetos en principio más débiles (el consumidor, el tomador, el asegurado, el beneficiario, la persona perjudicada, el trabajador) frente a la posición más ventajosa de las partes que aparecen más fuertes (el empresario, el asegurador y el empleador).

Para proteger a la parte más débil en los litigios derivados de los contratos internacionales, se han adoptado dos mecanismos de protección:

- a. Aproximación de los foros a la parte más débil.
- b. Limitación del principio de la autonomía de voluntad.

Podemos encontrar los foros de protección en el Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I bis) y en su caso en el Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de 2007 (Convenio de Lugano II), y la Ley Orgánica 6/1985, del 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), cada uno de estos instrumentos dentro de su campo de aplicación.

Me voy a centrar en las soluciones previstas en el Reglamento Bruselas I bis, pues los demás instrumentos citados se inspiran claramente en él.

El Reglamento Bruselas I bis dedica una sección a cada uno de los foros de protección, por ejemplo, en la sección 3 hace referencia a la competencia judicial internacional en materia de seguros, en la sección 4 a los contratos celebrados por los consumidores y en la sección 5 a la competencia en materia de contratos individuales de trabajo. En lo que atañe a los contratos de seguro, los contratos celebrados por los consumidores o los contratos de trabajo se debe proteger a la parte más débil mediante normas de competencia más favorables a sus intereses de lo que disponen las normas generales (Considerando 18 del Reglamento Bruselas I bis).

Además de los foros de protección previstos en el Reglamento Bruselas I bis, el foro de sumisión tácita previsto en el artículo 26.2 del Reglamento Bruselas I bis puede operar también en relación con los contratos de seguros, de trabajo y de consumo que es materia de los llamados «foros de protección» (CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ). Así lo ha declarado el TJUE en la STJUE 20 mayo 2010, asunto C-111/09 Michal Bilas, ff. jj. 21-22-24, ECLI:EU:C:2010:290, aunque esta sentencia está relacionada con un supuesto de seguros, podría ser aplicable a los contratos de trabajo y de consumo. El artículo 26.2 del Reglamento Bruselas I bis establece una vez que el artículo 26.1 ha consagrado la sumisión tácita lo siguiente: «En las materias contempladas en las secciones 3, 4 o 5, si el demandado es el tomador del seguro, el asegurado, un beneficiario del contrato de seguro, la persona perjudicada, el consumidor o el trabajador, el órgano jurisdiccional se asegurará, antes de asumir la competencia en virtud del apartado 1, de que se ha informado al demandado de su derecho a impugnar la competencia del órgano jurisdiccional y de las consecuencias de comparecer o no».

2. Contratos de seguro

En materia de seguros, las reglas de competencia judicial internacional están inspiradas en la tutela del tomador del seguro, el asegurado, el beneficiario y el perjudicado como partes más débiles del contrato. La

STJUE de 14 de julio de 1983, asunto C-201/82, *Gerling Konzern Speziale Kreditversicherungs-AG y otros contra Amministrazione del Tesoro dello Stato*, (Recueil 1983) ap. 17 señala: «[...] la citada sección [...] ofreciendo al asegurado una gama de competencias más amplia que la que se ofrece al asegurador y excluyendo toda posibilidad de cláusula de prórroga de competencia en beneficio del asegurador, dichas disposiciones están inspiradas en un afán de protección del asegurado, el cual, la mayoría de las veces, se encuentra frente a un contrato de adhesión en el que las cláusulas no son negociables y es la persona económicamente más débil». Tal y como menciona el TJUE, en la mayoría de los casos en un contrato de seguro el asegurado acepta las cláusulas impuestas por el asegurador, sin poder negociarlas.

Para que se apliquen los foros de protección en materia de seguros (artículos 10 a 16), el demandado sea el asegurador o el asegurado debe tener su domicilio en la UE. Si el demandado se encuentra domiciliado fuera de la UE, no será aplicable el Reglamento Bruselas I bis, salvo en caso de sumisión tácita de las partes (artículo 26 del Reglamento Bruselas I bis).

Pero el artículo 11.2 del Reglamento Bruselas I bis dice lo siguiente: «Cuando el asegurador no esté domiciliado en un Estado miembro, pero tenga sucursales, agencias o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro se le considerará, para los litigios relativos a su explotación, domiciliado en dicho Estado miembro».

Con base en el artículo 11 si el asegurador es la parte demandada, entonces el tomador, asegurado, beneficiario, perjudicado puede plantear la demanda ante:

- a. los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del asegurador;
- b. los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del lugar de del domicilio del demandante (tomador, asegurado, beneficiario). Estamos

ante un foro de ataque que amplía las posibilidades del demandante para demandar al asegurador, ante los tribunales distintos del domicilio del asegurador y llevarle al foro de su propio domicilio. Es un foro de competencia judicial internacional y territorial;

c. además, hay que recordar lo mencionado sobre el artículo 11.2 y los aseguradores domiciliados fuera de los Estados Miembros.

Existen unos foros adicionales para el contrato de coaseguro, los contratos referentes a inmuebles y los contratos de responsabilidad civil. El artículo 12 del Reglamento Bruselas I bis dice: «El asegurador podrá, además, ser demandado ante el órgano jurisdiccional del lugar en que se haya producido el hecho dañoso cuando se trate de seguros de responsabilidad o de seguros relativos a inmuebles. La misma regla será de aplicación cuando se trate de seguros que se refieren a inmuebles y a bienes muebles cubiertos por una misma póliza y afectados por el mismo siniestro».

Por su parte el artículo 13 dice:

1. En materia de seguros de responsabilidad civil, el asegurador podrá ser demandado, en el marco de acciones acumuladas, igualmente ante el órgano jurisdiccional que conozca de la acción de la persona perjudicada contra el asegurado, cuando la ley de este órgano jurisdiccional lo permita.
2. Los artículos 10, 11 y 12 serán aplicables en los casos de acción directa entablada por la persona perjudicada contra el asegurador cuando la acción directa sea posible.
3. El mismo órgano jurisdiccional será competente cuando la ley reguladora de esta acción directa prevea la posibilidad de demandar al tomador del seguro o al asegurado.

Por el contrario, si es el asegurador quien demanda al tomador, asegurado o beneficiario, solamente podrá hacerlo ante los órganos jurisdiccionales del domicilio del demandado (artículo 14).

La protección de la parte más débil en los contratos de seguro también se realiza mediante la limitación de la autonomía de la voluntad de las partes. El Reglamento Bruselas I bis distingue dos tipos de sumisión expresa en el artículo 15:

a. Sumisión expresa posterior al nacimiento del litigio previsto en el artículo 15.1 del Reglamento. En este caso, el asegurado es consciente de las consecuencias que implica una sumisión a los tribunales. La sumisión es válida.

b. Sumisión expresa anterior al nacimiento del litigio, pero con el cumplimiento de las siguientes condiciones para que sea válida:

- Se admiten los acuerdos de sumisión expresa «que permitan al tomador del seguro, al asegurado o al beneficiario formular demandas ante órganos jurisdiccionales distintos de los indicados en la presente sección» (artículo 15.2 del Reglamento Bruselas I bis). Es una ampliación de los foros, pero en beneficio de la parte más débil: el tomador, el asegurado o el beneficiario. Dicho foro no opera si el demandante es el asegurador.
- Sumisión expresa a los tribunales del Estado miembro del domicilio o residencia habitual común del tomador y asegurador (artículo 15.3).
- Sumisión expresa celebrada con un tomador no domiciliado en un Estado miembro (artículo 15.4).

3. *Contratos de consumo*

El consumidor constituye una de las piezas claves del llamado *mercado internacional* y juega un papel importante en el Derecho internacional privado por lo que se le presta una notable atención a su protección para generarle un mayor grado de confianza y, por tanto, una sensación y realidad de seguridad que influya en el aumento de su actividad consumidora.

La aplicación de los foros de competencia en materia de consumo previstos en el Reglamento Bruselas 1 bis exige que una de las partes contrate para un uso que pueda considerarse ajeno a su actividad profesional (STJUE de 14 de marzo 2013, C-419/11, *Česká spořitelna, a.s. y Gerald Feichter*, FD. 30-34, ECLI:EU:C:2013:165). Para la aplicación de estos foros de protección no es necesario que el profesional demandado tenga su domicilio en la UE. En las relaciones comerciales donde participa el consumidor, existen foros privilegiados, de los cuales se va a beneficiar bajo determinadas condiciones: debe tratarse de un consumidor y la otra parte debe ser un profesional (empresario), debe haberse celebrado el contrato y debe tratarse de los contratos previstos en el artículo 17.1 del Reglamento Bruselas I bis: «[...] a) cuando se trate de una venta a plazos de mercaderías; b) cuando se trate de un préstamo a plazos o de otra operación de crédito vinculada a la financiación de la venta de tales bienes, o c) en todos los demás casos, cuando la otra parte contratante ejerza actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirija tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato esté comprendido en el marco de dichas actividades».

El eje de la protección del consumidor se establece sobre la base del foro de su domicilio. Los consumidores solo pueden ser demandados en su propia jurisdicción, eso es ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que estuviera domiciliado el consumidor (artículo 18.2). En

aquellos casos que se desconozca, si el consumidor que ha sido demandado está domiciliado en un Estado miembro o en un tercer Estado, se puede litigar ante los órganos jurisdiccionales del «último domicilio conocido del consumidor demandado» (STJUE de 17 de noviembre 2011, asunto C-327/10 *Hypotecni banka a.s. contra Lindner*, FD 42, ECLI:EU:C:2011:745).

Sin embargo, los consumidores tienen la opción de demandar en su propia jurisdicción, o en la jurisdicción de la otra parte, o incluso en otra jurisdicción por acuerdo entre ambas partes, en los términos descritos en el artículo 19 del Reglamento Bruselas I bis.

Según lo dispuesto en el artículo 18.1 del Reglamento, el consumidor puede demandar al empresario, a su elección ante:

a. Los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en que estuviera domiciliado el empresario. El artículo 17.2 indica que, si el empresario no está domiciliado en un Estado miembro, pero posea una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará para todos los litigios relativos a su explotación que está domiciliado en dicho Estado miembro.

b. El órgano jurisdiccional del lugar en el que estuviere domiciliado el consumidor. La admisión de *forum actoris* se considera legítima porque tiene el objetivo de proteger los intereses del consumidor, ya que puede plantear la acción judicial lo más cerca posible de su domicilio, constituyendo la máxima protección. El principio *forum actoris* establece no solo la competencia judicial internacional, sino también el órgano jurisdiccional territorialmente competente, *el órgano jurisdiccional del lugar de su domicilio*.

En conformidad con el artículo 19 del Reglamento Bruselas I bis, los acuerdos atributivos de competencia en los contratos celebrados por los consumidores ya sea por vía tradicional, o ya sea por vía electrónica, solo

operan si se trata de acuerdos celebrados con posterioridad al nacimiento del litigio, o si son acuerdos que permitan al consumidor formular demandas ante los órganos jurisdiccionales distintos a los indicados en el Reglamento Bruselas I bis o que habiéndose celebrado entre un consumidor y su cocontratante, domiciliados o con residencia habitual en el mismo Estado miembro en el momento de la celebración del contrato, atribuyesen competencia a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado miembro, a no ser que la ley de este prohibiere tales acuerdos. En definitiva, el foro protector constituye uno de los foros más relevantes que se inserta en el marco de la política europea de protección de los consumidores.

4. *Contratos de trabajo*

El Reglamento Bruselas I bis establece una regulación específica para los supuestos donde se requiere la necesidad de protección del trabajador, con el fin de garantizarle el reequilibrio de las posiciones en el contrato. Se mantiene un conjunto de foros que reflejan la proximidad, tanto física como jurídica, entre la materia litigiosa y el trabajador que necesita una protección especial. En una situación de necesidad, el trabajador puede aceptar cualquier condición laboral, y por ello necesita una protección jurídica especial.

Para definir el concepto de trabajador hay que tener en cuenta una serie de criterios objetivos (GONZÁLEZ GARCÍA/MARTÍN BRAÑAS) que caracterizan una relación laboral con arreglo a los derechos y deberes de las personas afectadas, destacando la característica principal de la relación laboral en el hecho de que una persona realice durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de esta, determinadas prestaciones a cambio de una retribución (STJUE de 3 de julio de 1986, asunto 66/85, *Lawrie-Blum/Land Baden-Württemberg*, ap. 17, ECLI:EU:C:1986:284; STJUE de 21 de junio de 1988, Asunto 197/86, *Brown/Secretary of State of Scotland*, ap. 21, ECLI:EU:C:1988:323; STJUE

de 31 de mayo de 1989, Asunto 344/87 *Bettray/Staats secretaris van Justitie*, ap. 12, ECLI:EU:C:1989:226, etc.)

El trabajador puede elegir entre varios foros de competencia judicial para demandar a los empresarios, lo que es muy favorable a sus intereses, tales como:

1. Ante los órganos jurisdiccionales en el que el empresario esté domiciliado. El domicilio del empresario debe persistir en el momento de interposición de la demanda y los cambios posteriores del domicilio no van a alterar la competencia judicial internacional (artículo 21.1 a) (Sentencia 316/2014 de 24 Sep. 2014, Juzgado de lo Social n.º 1 de Valencia, Rec. 1050/2013).

Según el artículo 20.2 del Reglamento (UE) 1215/2012 «cuando un trabajador celebre un contrato individual de trabajo con un empresario que no tenga su domicilio en un Estado miembro, pero posea una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará, para todos los litigios derivados de la explotación de la sucursal, agencia o establecimiento, que el empresario tiene su domicilio en dicho Estado miembro». Un ejemplo lo encontramos en la STJUE de 19 julio 2012, asunto C-154/11, *Mabamdia*, ECLI:EU:C:2012:491).

Ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro distinto al Estado miembro del domicilio del empresario, que corresponde al lugar en el que el trabajador desempeña habitualmente su trabajo en un país o ante el órgano jurisdiccional del último lugar en que lo hubiere desempeñado (artículo 21.1.b (i) Reglamento Bruselas I bis). Es un foro de competencia judicial internacional y un foro de «competencia territorial».

Cuando la realización del trabajo se extiende al territorio de varios Estados miembros, el criterio establecido en el artículo 21.1. b (i), del Reglamento debe interpretarse en doble sentido «en el cual o a partir del cual» el trabajador cumple la parte principal de sus obligaciones frente al em-

presario (STJCE de 13 de julio de 1993, *Mulox IBC*, ap. 24 (C-125/92, EU:C:1993:306); STJCE de 10 de abril de 2003, C-437/00, asunto *Pugliese*, ECLI:EU:C:2003:219; STSJ de Cataluña, Sala 4, de 26 de marzo de 2010 (RJ 2010, 259817). Para identificar «el lugar en el cual, y a partir del cual» el trabajador cumple la parte principal de sus obligaciones, los tribunales nacionales deben seguir un método indiciario, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias de cada caso a fin de determinar el Estado con el que la actividad profesional tenga una conexión más fuerte. Existen varios indicios (el lugar desde el que el trabajador parte y al que posteriormente regresa, el lugar en el que el trabajador pasa la mayor parte de su tiempo de trabajo por cuenta de la empresa, el lugar en el que se encuentran las herramientas o los medios de trabajo empleados por el trabajador; el lugar en el que el trabajador habitualmente se relaciona con el empresario y en el que organiza su trabajo, el lugar en el que está contractualmente obligado a residir el trabajador, el lugar donde el trabajador tiene, o se ha puesto a su disposición, un despacho u oficina, etc.) pertinentes para identificar el lugar «en el cual y a partir del cual» el trabajador cumple la parte principal de sus obligaciones (IRIARTE ÁNGEL).

2. Ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro distinto al Estado miembro del domicilio del empresario, que corresponde al lugar en que estuviera o hubiere estado situado el establecimiento que hubiere empleado el trabajador, pero solo en el caso de que el trabajador no desempeñare o no hubiere desempeñado habitualmente su trabajo en un único Estado (artículo 21.1.b [ii] Reglamento [UE] 1215/2012). Para que se aplique este foro, se deben cumplir las siguientes condiciones: en primer lugar, los trabajos deben estar prestados «en varios Estados» y, en segundo lugar, es imposible precisar el lugar de trabajo de prestación laboral «habitual» o «principal».

3. Ante órganos jurisdiccionales del Estado miembro correspondientes al lugar de prestación temporal de los servicios laborales. Es un foro que puede emplearse en el caso de trabajadores desplazados temporalmente

para prestar sus servicios en otro Estado miembro (CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2018) (artículo 6 de la 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 y artículo 16.1 Ley 45/1999, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional)

Y por último, cabe destacar que los empresarios que no estén domiciliados en un Estado miembro podrán ser demandados ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro de conformidad con lo establecido en el apartado 1, letra b) (artículo 21.2 del Reglamento Bruselas I bis).

El artículo 22.1 del Reglamento Bruselas I bis indica que los empresarios solo podrán demandar a los trabajadores ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que estos últimos tengan su domicilio. El legislador europeo emplea, en singular, el concepto de «órgano jurisdiccional» y no hace referencia a los «órganos jurisdiccionales», tal como lo hace en el artículo 4 del Reglamento. Compartimos la idea de los autores CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, 2018), que nos indica que el artículo 22 del Reglamento Bruselas I bis determina directamente el órgano jurisdiccional territorialmente competente.

El foro de autonomía de la voluntad de las partes en los litigios que derivan del contrato de trabajo internacional está previsto en el artículo 23 del Reglamento (UE) 1215/2012, pero este foro solamente es eficaz cuando:

- a. los acuerdos atributivos de competencia sean posteriores al nacimiento del litigio.
- b. tales acuerdos, permitan al trabajador formular demandas ante órganos jurisdiccionales distintos de los indicados en la citada sección. Este

caso, se refiere al supuesto cuando el trabajador, y no el empresario, opta por otros fueros no reconocidos en el artículo 21 del Reglamento, que puedan favorecerle.

Autora: Diana Glubaia
(Profesora de Derecho Internacional Privado,
UNIR)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho internacional privado*, vol. I, 15.^a ed., Ed. Comares, Granada, 2014, pp. 136; CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. «Notas breves sobre la sentencia del TJUE (Sala cuarta) de 20 de mayo 2010 (Bilas: asunto C/111/09): la sumisión tácita en los litigios internacionales de seguro, consumo y trabajo», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, vol. 2, n.º 2, pp. 238-239; GONZÁLEZ GARCÍA, J. M. y MARTÍN BRAÑAS, C. «Fueros especiales de competencia internacional (III). Contratos de seguro. Contratos con consumidores. Contratos individuales de trabajo (artículos 8 a 21 RB)», en DE LA OLIVA SANTOS, A. (dir.), GASCÓN INCHAUSTI, F. (coord.). *Derecho Procesal civil europeo*, vol. I, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 175; IRIARTE ÁNGEL, J. L. «La precisión del lugar habitual de trabajo como foro de competencia y punto de conexión en los reglamentos europeos», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, n.º 2, 2018, p. 487 y ss.; CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho internacional privado*, vol. II, Ed. Comares, Granada, 2018, p. 1151.

VOCABLOS CONEXOS: Foros de competencia. Litigios transnacionales.

FORUM NON CONVENIENS

El *forum non conveniens* es un mecanismo técnico jurídico en cuya virtud los tribunales de un Estado pese a disponer en su legislación de un foro

de competencia judicial internacional para conocer de un litigio, rechazan entrar a conocer del mismo, por estimar que existe otra jurisdicción extranjera mejor situada o más apropiada para dirimir el asunto.

La doctrina del *forum non conveniens*, que tuvo su origen en el Derecho escocés, se desarrolla esencialmente, bajo diversas formas en los países del *common law*, en particular, en el Reino Unido, en Irlanda y en los Estados Unidos de América.

Mientras que, en la Unión Europea, concretamente en el Reglamento Bruselas I-bis (Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil) —en principio—, la doctrina del *forum non conveniens* no se contempla, en Estados Unidos esta doctrina ocupa un papel central en la litigación internacional. Sin embargo, el Reglamento Bruselas II-bis (Reglamento (CE) 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) 1347/2000) sí que incorpora dicha figura en su artículo 15, aunque adquiere contornos propios bajo esta normativa europea.

1. *Forum non conveniens en el Derecho anglosajón*

En Estados Unidos esta doctrina se desarrolló en un primer momento, de forma excepcional, como instrumento de corrección del uso abusivo de las normas de competencia por parte del demandante; mientras que posteriormente, se ha configurado como un mecanismo destinado a asegurar que el proceso tenga lugar ante los tribunales del Estado más apropiado.

Por lo tanto, si un demandante acude a los tribunales en virtud de las normas de competencia estadounidenses, puede que la elección de dicho

foro finalmente no prevalezca, como consecuencia el *forum non conveniens*. Así que el hecho de que en Estados Unidos la determinación de la competencia judicial quede bajo la discrecionalidad de los tribunales, más que con base en reglas claras como sucede en la Unión Europea, lleva a la paradoja de que se tenga que litigar sobre dónde litigar. Lo más habitual suele ser que si el demandante prefiere litigar en el foro estadounidense, es inevitable que el demandado quiera llevar el litigio ante los tribunales de un Estado extranjero. Por lo que, los tribunales federales y la mayoría de los tribunales estatales aplicarán la doctrina del *forum non conveniens* en el caso de que así lo consideren, desestimando la acción.

1.1. *Elementos de la doctrina del forum non conveniens*

Tal y como ha establecido la Corte Suprema de los Estados Unidos, la doctrina del *forum non conveniens* es solo una regla procesal, que se creó en respuesta a los problemas de los tribunales derivados de un mal uso por parte del demandante de la elección de la jurisdicción, de forma que no afecta a la conducta principal de los litigantes. Así, pues, los tribunales federales y estatales han definido esta doctrina de manera distinta, y por esta razón, los tribunales de diferentes Estados rechazan o limitan su aplicación de diversas formas. En algunos casos, un tribunal estatal puede ser un foro más atractivo para un demandante que un tribunal federal, porque es menos probable que el tribunal de un Estado deniegue su competencia por el *forum non conveniens* que un tribunal federal. Como consecuencia de esta diversidad de regímenes, deriva un comportamiento entre las partes conocido como el *forum shopping*, frecuente en la litigación transnacional en los Estados Unidos entre tribunales estatales y los tribunales federales, y a su vez, entre varios tribunales de los distintos Estados que forman parte de Estados Unidos.

Los tribunales federales, en general, están de acuerdo en que la elección inicial por parte del demandante de presentar la demanda ante los tribunales de un Estado debe tener un peso importante. Sin embargo, dicha elección por parte de un demandante que no es estadounidense normal-

mente se tiene menos en cuenta que si el demandante sí lo es, sobre todo si la transacción o el perjuicio ha ocurrido fuera. Ha sido precisamente el modelo federal de la sentencia Piper, el mecanismo adoptado por la mayoría de los Estados para la aplicación del *forum non conveniens* (Piper Aircraft Co. c. Reyno, 454 U.S. 235, 255-56 [1981]).

De la jurisprudencia estadounidense, se desprende que la doctrina del *forum non conveniens* consta de dos pasos. En primer lugar, los tribunales deben observar si existe un foro alternativo que sea válido, es decir, no solo que se trate de un tribunal competente para conocer del asunto, sino que dicho foro presente las suficientes garantías para que haya un proceso justo y equitativo.

En segundo lugar, se debe realizar un balance de los intereses públicos y privados de ambos foros, para determinar cuál de ellos es el más apropiado. Con respecto a los intereses privados, los tribunales recurren a: los costes de litigación de las respectivas partes basadas en sus residencias, la facilidad de obtener testigos y pruebas para el juicio, la necesidad de traducción de documentos, la habilidad para juntar o implicar a otras partes, así como las eventuales dificultades de ejecución de la sentencia. En cuanto a los intereses públicos, se tienen en cuenta las cargas y los intereses de los tribunales de llevar a cabo ese litigio, como, por ejemplo, se valora la carga económica que representa el proceso, especialmente asociado a los juicios con jurado popular; o en determinadas materias se deben valorar aspectos de política económica o social, siendo el caso de la responsabilidad por productos defectuosos; o la existencia de una regulación económica de orden público como las normas de Derecho *antitrust*.

Por otro lado, en el fallo del asunto Iraborri c. United Technologies Corp., surgió otra propuesta para valorar el *forum non conveniens*, que es la de analizar las motivaciones estratégicas de las partes para elegir un tribunal; de forma que se debe distinguir entre los demandantes que tienen razones válidas para elegir un determinado foro, de aquellos que quieren

obtener una ventaja táctica (Iragorri c. United Technologies Corp., 274 F. 3d 65, 73 [2d Cir. 2001]). Aquí el problema está en discernir las razones legítimas de las tácticas, que no solo son difíciles de delimitar, sino de probar, por lo que llevaría nuevamente a la litigación para saber dónde litigar. Algunas de las razones que podría encontrar un demandante para buscar en Estados Unidos un foro deseable serían: evitar el tener que pagar una fianza como requisito establecido por el tribunal; acogerse a las ventajas de las reglas procesales estadounidenses como son las demandas colectivas o los jurados; o bien buscar una determinada legislación favorable en Estados Unidos como pueden ser las indemnizaciones por daños y perjuicios.

Sin embargo, fue otra decisión posterior, Pollux Holding Ltd. c. Chase Manhattan Bank, la que estableció que la deferencia de la que se hablaba antes por parte de los tribunales federales a favor del foro elegido por el demandante, en realidad no puede ser igual si este es extranjero de si no lo es (Pollux Holding Ltd. c. Chase Manhattan Bank, 329 F. 3d 64, 71 [2d Cir. 2003]). Esto es así, porque el tribunal se dio cuenta de que el demandante no quería cambiar de foro por la conveniencia de la otra parte en su propio perjuicio, así que, si el litigio se llevaba ante el foro del domicilio del demandado, era bastante probable que lo hiciera motivado por la conveniencia del demandante, formando parte de su estrategia judicial.

Una situación en la que la elección del foro por parte del demandante estadounidense debe ser rechazable, es cuando dicha elección es realizada mediante juicios declarativos o de declaraciones negativas, para no litigar en el que sería el «foro natural» —domicilio del demandado—. En la decisión Hyatt International Corp. c. Coco se introdujo la preocupación por el *forum shopping*, pues al realizar el balance de los intereses públicos y privados, se constató que la acción ante un tribunal federal a través de un juicio declarativo tenía como objetivo que no se llevase el litigio ante el tribunal del Estado del domicilio, que debía ser el «foro

natural» (Hyatt International Corp. c. Coco, 302 F. 3d 707, 718 (7d Cir. 2002)).

Por lo tanto, a través del *forum non conveniens*, el tribunal estadounidense desestimará la demanda, si ninguna de las partes está domiciliada en Estados Unidos. Por el contrario, si el demandante tiene su residencia en Estados Unidos es menos probable que con base en el *forum non conveniens* la demanda sea desestimada. Sin embargo, esta regla general en el caso de que sean demandantes extranjeros no se cumple siempre y existe algún caso concreto en el que no se ha aplicado la doctrina del *forum non conveniens* cuando el demandante era extranjero y se ha declarado competente un tribunal de Estados Unidos (In re Ski Train Fire in Kaprun, Austria, 230 F. Supp. 2d 376, 380, 382-84 (S.D.N.Y. 2002)). Así, en los asuntos Honeywell y Spanair, como los demandantes no residían en Estados Unidos, el tribunal estadounidense aplicó la doctrina del *forum non conveniens*, aunque los demandados sí que estaban domiciliados en Estados Unidos; pero además tuvo en cuenta otras cuestiones que, de forma más acertada en el caso de Spanair que en el de Honeywell, llevaban a determinar que los tribunales españoles eran un foro de competencia más apropiado (Faat v. Honeywell Int'l, WL 2475701 [D.N.J. Oct. 5, 2005], In re Air Crash At Madrid, Spain, MDL 2135, August 20, 2008, Central District of California).

1.2. Efectos de la doctrina del *forum non conveniens*

Como la doctrina del *forum non conveniens* constituye una excepción, de forma que se plantea como oposición a la continuación del procedimiento ante el tribunal elegido por el demandante; es el demandado el que debe invocar dicha doctrina y, en principio, el que debe aportar la prueba de que todas las condiciones para el desestimiento se cumplen. También puede introducirse de oficio por el tribunal americano, alegando aspectos de orden público, si bien esto se produce muy pocas veces, son realmente casos marginales.

La denegación por parte del tribunal elegido por el demandante de ejercer su competencia, al acogerse a la doctrina del *forum non conveniens*, tiene efectos variados. Mientras que, en el Reino Unido este rechazo simplemente es un aplazamiento, de forma que el procedimiento es susceptible de ser reanudado en el caso de que el tribunal extranjero se declare incompetente para conocer del asunto, en Estados Unidos la solución es más radical. Así pues, el procedimiento finaliza, en principio, con la desestimación de la demanda por parte del juez. Sin embargo, este rechazo puede ser puro y simple, o bien, puede ser condicional.

En caso de rechazo puro y simple, se pone fin al proceso, en principio, de manera definitiva, con independencia de cuál sea la solución al procedimiento planteado ante el tribunal del Estado que se ha considerado más apropiado; por lo que el asunto no podrá ser llevado, normalmente, ante el tribunal que se presentó la demanda en primer lugar.

Pero en caso de rechazo condicional, la causa no podrá, en principio, ser de nuevo sometida al tribunal que rechazó dicha demanda, siempre y cuando no se hayan respetado las condiciones expresamente establecidas en su decisión de desistimiento.

Por lo tanto, el mecanismo americano del *forum non conveniens*, en comparación con el del Reino Unido, es criticable por el riesgo de que se produzca denegación de justicia en el caso de que el tribunal extranjero, *a priori* competente, decline su competencia o rechace ejercerla.

2. *Forum non conveniens en los reglamentos europeos*

Ninguno de los dos instrumentos más importantes de la Unión Europea en materia de competencia judicial internacional —el Reglamento Bruselas I-bis y el Reglamento Bruselas II-bis—, contempla la doctrina del *forum non conveniens*, tal y como ha sido explicada. Si bien, esta figura se recoge en ambos Reglamentos, aunque de forma más clara y evidente, pero con características propias, en el Reglamento Bruselas II-bis.

2.1. *Forum non conveniens en el Reglamento Bruselas II-bis*

El artículo 15 del Reglamento Bruselas II-bis permite que el órgano jurisdiccional al que se ha recurrido pueda renunciar a ejercer su competencia en beneficio de un órgano jurisdiccional mejor situado para resolver, dentro de la UE, siempre que el menor tenga una vinculación especial con ese Estado y responda al interés superior del menor. Su aplicación, sin embargo, debe ser excepcional; su activación puede hacerse tanto a instancia de parte como de oficio, pero en este último caso es necesario el consentimiento de al menos una de las partes; y, es preciso seguir el procedimiento de codecisión, es decir, debe existir una autoridad de otro Estado miembro que sea efectivamente competente y que esté dispuesta a asumir su competencia judicial internacional —como también se exige en el Reino Unido—.

Por lo que respecta a cuál debe ser la vinculación especial con el otro Estado miembro para que se active el *forum non conveniens*, en el apartado 3 del artículo 15 se establecen los criterios que deben observarse:

- a) dicho Estado miembro se ha convertido en el de residencia habitual del menor después de la presentación de la demanda ante el órgano jurisdiccional a que se refiere el apartado 1, o
- b) el menor ha residido de manera habitual en dicho Estado miembro, o
- c) el menor es nacional de dicho Estado miembro, o
- d) dicho Estado miembro es el de residencia habitual de un titular de la responsabilidad parental, o
- e) el asunto se refiere a las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de los bienes de este que se encuentran en el territorio de dicho Estado miembro.

No se trata de un *forum non conveniens* en estado puro anglosajón, pues establece unos requisitos muy específicos tales como: la existencia de

otra autoridad competente en un Estado miembro que esté dispuesto a asumir dicha competencia judicial internacional; cuál debe ser la vinculación especial con el otro Estado miembro; y el consentimiento de al menos una de las partes.

2.2. Forum non conveniens en el Reglamento Bruselas I-bis

El *forum non conveniens* está muy relacionado con la litispendencia en Estados Unidos, puesto que no existe en el Derecho anglosajón una regulación sobre la misma, lo cual genera muchos problemas e incrementa nuevamente la inseguridad jurídica.

En este sentido, algunos tribunales americanos consideran que los elementos que se tienen en cuenta en la doctrina del *forum non conveniens* son los mismos que se siguen para tomar la decisión de permanecer o no en una litigación paralela a la de un tribunal extranjero, es decir, en los casos de litispendencia. Por eso, se dice que la doctrina del *forum non conveniens* sirve para solucionar el problema de litispendencia en Estados Unidos, además de contar con la doctrina de la «abstención internacional» (*international abstention*). En suma, si existe un procedimiento paralelo en el extranjero, una de las partes puede contar con cualquiera de las dos doctrinas, no solo con la doctrina del *forum non conveniens*.

Pues bien, en el Reglamento Bruselas I-bis se recoge, en cierto modo, la doctrina del *forum non conveniens* en los casos de litispendencia con terceros Estados. Así, pues, tal y como se recoge en su artículo 33, se ofrece la posibilidad a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro que conoce del asunto, de suspender el procedimiento si se espera que el tribunal del tercer Estado vaya a dictar una resolución susceptible de ser reconocida, y en su caso ejecutada, y, además, se estime que la suspensión del procedimiento resulta necesaria en aras de la buena administración de justicia.

De conformidad con el Considerando (24), la apreciación de la buena administración de justicia debe llevar al tribunal del Estado miembro a valorar todas las circunstancias del caso, tales como las conexiones entre los hechos del asunto y las partes, y el tercer Estado; la fase del procedimiento en la que se encuentra en ese tercer Estado; y si cabe esperar que el tribunal de ese tercer Estado vaya a dictar sentencia en un plazo razonable. También se podrá tener en cuenta una posible competencia exclusiva del tribunal del tercer Estado en las mismas circunstancias en las que el tribunal europeo tendría competencia exclusiva.

Los efectos de esta norma son, en principio, positivos al permitir al tribunal suspender el procedimiento mediante un análisis del proceso y circunstancias. Asimismo, el criterio de la buena administración de justicia evita la decisión automática y mecánica de la norma de litispendencia intracomunitaria permitiendo cierta discreción y análisis por parte del juez del Estado miembro. Además, el mencionado criterio de la buena administración de justicia parece introducir un test similar al utilizado en el mecanismo del *forum non conveniens*.

En definitiva, el tribunal del Estado miembro debe evaluar si el foro de ese tercer Estado es más apropiado para conocer del asunto que el foro otorgado a un tribunal de un Estado miembro, como recoge en esencia la doctrina del *forum non conveniens*.

3. *Forum non conveniens* y LOPJ

En el sistema de la LOPJ no es admisible la doctrina del *forum non conveniens* entendido en sentido anglosajón puro. Los principios constitucionales de seguridad jurídica, acceso a la jurisdicción, tutela judicial efectiva y predeterminación legal de la competencia judicial internacional obligan, en principio, a que los tribunales españoles deban conocer de todos los casos en virtud de las normas de competencia judicial internacional, sin tener en cuenta si existe o no otra jurisdicción estatal mejor situada para decidir sobre el asunto. Así que, si los tribunales españoles poseen

competencia judicial internacional, deben conocer del asunto, y no pueden ceder su competencia a tribunales extranjeros, o declinar su competencia e invitar a las partes a que litiguen ante otros tribunales más apropiados para dirimir el litigio.

*Autor: M.^a José Castellanos Ruiz
(Profesora de Derecho Internacional Privado,
Universidad Carlos III de Madrid)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BORN, Gary B. y RUTLEDGE, Peter B. *International Civil Litigation in United States Courts*, Wolters Kluwer, Nueva York, 1996; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Tratado de Derecho internacional privado*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1-1332; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. «Protección de menores», en *Tratado de Derecho internacional privado*, tomo II, CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier (dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 2014-2210; CASTELLANOS RUIZ, M.^a José. *Compraventa internacional de grandes aeronaves civiles*, Dykinson, Madrid, 2016, 560 p.; GALLANT, Estelle. «Le *forum non conveniens* de l'article 15 du règlement Bruxelles II bis», *RCDIP*, 2017, n.º 3, pp. 464-471; HERRANZ BALLESTEROS, Mónica. «Conflicto de jurisdicciones y declinación de la competencia: los asuntos *Honeywell y Spanair*», *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, 2013, vol. 5, n.º 2, pp. 592-609; MAITREPIERRE, Agnès. «Convention de Montréal du 28 mai 1999 – Rapport Cour de cassation (1re Ch. civ), 7 décembre 2011», *RCDIP*, 2012, n.º 1, pp. 138-168; SANCHEZ LOPEZ, Bárbara. «Responsabilidad parental y la aplicación del *forum non conveniens* de carácter reglado del artículo 15 del Reglamento (CE) n.º 2201/2003. La STJUE de 27 de octubre de 2016», *CDT*, vol. 10, n.º 1, 2018, pp. 639-656; SILBERMAN, Linda J. «Developments in Jurisdiction and Forum Non Conveniens in International Litigation: Thoughts on Reform and a Proposal for a Uniform Standard», *Texas International Law Journal*, n.º 28, 1993, pp. 499-530; SILBERMAN, Linda J. «The impact of jurisdictional rules and recognition practice on international business transactions: the

U.S. regime», *Houston Journal of International Law*, n.º 26, issue 2, 2003-4, pp. 328-362; SUDEROW, Julia. «Nuevas normas de litispendencia y conexidad para Europa: ¿el ocaso del torpedo italiano? ¿Flexibilidad versus previsibilidad?», *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, 2013, vol. 5, n.º 1, pp. 184-198.

VOCABLOS CONEXOS: Competencia judicial internacional. *Forum shopping*. Litispendencia judicial internacional.

FORUM SHOPPING

El fenómeno conocido como *forum shopping* puede traducirse literalmente como «salir de compras en busca del tribunal que proporcionará la solución legal más favorable» a una situación jurídica privada internacional. El *forum shopping* se verifica cuando las partes plantean la situación privada internacional ante autoridades de un determinado Estado, porque con ello persiguen lograr la aplicación de una Ley sustantiva y/o procesal, que resulte favorable a la pretensión suscitada. Se produce precisamente el *forum shopping* porque los particulares son conscientes de que una situación privada internacional puede ser resuelta de manera distinta, según sea planteada ante los tribunales de un Estado u otro.

El *forum shopping* es consecuencia de dos de los caracteres del DIPr, concretamente de la exclusividad y de la relatividad del DIPr. Sin embargo, ya la expresión misma *forum shopping* tiene una connotación negativa o peyorativa, o incluso tiene un carácter vulgar, tal y como ha sido puesto de manifiesto, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia (*Atlantic Star v. Bona Spes*, (1974) A.C. 436, 471). Por ello, para combatir el *forum shopping* se han articulado mecanismos legales, que se explicarán a continuación.

Sin embargo, aunque existen instrumentos internacionales, sobre todo los Reglamentos europeos, que contienen herramientas dispuestas por

el legislador con el fin de impedir maniobras de *forum shopping*; otros instrumentos, especialmente ciertos convenios internacionales, ofrecen a los litigantes la posibilidad de realizar actuaciones de *forum shopping*. Por lo que parece más adecuado realizar una definición amplia de *forum shopping* desprovista de juicios de valor.

1. Consecuencias de la exclusividad y la relatividad del DIPr

La exclusividad y la relatividad del DIPr producen diversos resultados negativos, tal y como establece Pierre MAYER: a) como cada Estado posee un sistema de DIPr propio, los órganos jurisdiccionales de un Estado aplican exclusivamente un sistema y no otro —salvo indicación específica del DIPr del país cuyos tribunales conocen del asunto—; b) al aplicar cada Estado normas de DIPr diferente, como consecuencia de la relatividad del DIPr, la solución material a las cuestiones jurídicas derivadas de las situaciones privadas internacionales son distintas de Estado a Estado, con lo que la seguridad jurídica se debilita en gran medida; c) se pueden producir decisiones judiciales cuyo contenido sea contrario o incompatible con el DIPr de otros Estados. Así una filiación puede ser declarada en Francia mediante sentencia judicial, pero no en España, a pesar de tratarse del mismo supuesto y de los mismos sujetos. En casos como el señalado, la eficacia de tales soluciones de DIPr contrarias se circunscribe al territorio del Estado cuyos órganos jurisdiccionales la han pronunciado. Se generan, pues, situaciones claudicantes, válidas en un Estado, pero no en otro, que puede dar efectos o no a la decisión pública extranjera relativa a una situación privada internacional; d) por último, dichos caracteres de DIPr provocan que con relación a ciertos casos, surja la posibilidad para las partes de acudir a las autoridades de uno u otro Estado con el fin de que encuentre aplicación uno u otro sistema de DIPr, dando lugar a un verdadero *DIPr Shopping*, como ha puesto de relieve la doctrina desde hace tiempo.

En definitiva, el fenómeno conocido como *forum shopping* no es nada novedoso. Existen además países que constituyen verdaderos paraísos para

demandar, como es el caso de Estados Unidos, que se explica por varios motivos. En primer lugar, por razones de Derecho sustantivo, pues Estados Unidos posee ciertas normas de protección de determinados intereses, de las que carecen algunos Estados europeos, como las normas sobre indemnizaciones en casos de vulneración de los derechos humanos; o contempla normas sobre indemnizaciones a los sujetos perjudicados, por una cuantía mucho mayor que en otros Estados, como son los conocidos *punitive damages*. En segundo lugar, por razones de Derecho procesal, como son que Estados Unidos cuenta con un sistema de juicios por jurado popular, que son bastante sensibles a las víctimas por daños; o que las tasas judiciales y los honorarios de los abogados no son elevados.

En consecuencia, el legislador ha articulado una serie de mecanismos eficaces para acabar con las consecuencias negativas que derivan de la relatividad y la exclusividad del DIPr:

1.º Unificación de las normas de DIPr de varios Estados mediante instrumentos legales internacionales. De forma que el mismo caso se resuelve del mismo modo sin que sea relevante la autoridad o tribunal competente que decida la cuestión. Dicha unificación desincentiva a los litigantes a realizar maniobras del *forum shopping*.

2.º Formulación de criterios generosos de validez extraterritorial de decisiones. Así pues, si se construye un sistema que permita aceptar de manera muy amplia, en un Estado, las decisiones públicas dictadas por autoridades otro Estado, no se producirán decisiones claudicantes, pues estas podrán circular libremente por varios Estados. Si bien este mecanismo relativo a la eficacia de las resoluciones judiciales no tiene ningún impacto sobre el *forum shopping*.

2. Instrumentos internacionales y el *forum shopping*

Diversas políticas, especialmente en el ámbito europeo, han sido desarrolladas con el fin de desanimar a las actividades propias del *forum shopping*. No obstante, existen convenios internacionales en los que no se manifiesta una actitud *antiforum shopping*.

2.1. Instrumentos internacionales con una posición *antiforum shopping*

Precisamente, es a nivel europeo, donde una de las justificaciones del movimiento hacia la unificación del DIPr es la eliminación del *forum shopping*. En este sentido, en los preámbulos del Reglamento Roma I (Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales) y del Reglamento Roma II (Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales), se establece expresamente que: «El correcto funcionamiento del mercado interior exige, con el fin de favorecer la previsibilidad del resultado de los litigios, la seguridad en cuanto a la ley aplicable y la libre circulación de resoluciones judiciales, que las normas de conflicto de leyes vigentes en los Estados miembros designen la misma ley nacional con independencia del país del tribunal ante el que se haya planteado el litigio».

También el nuevo Reglamento de insolvencia (Reglamento (UE) 2015/848 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia) es también desfavorable al *forum shopping* como su antecesor, pero además refuerza los medios de lucha contra el riesgo de *forum shopping* que puedan existir en el ámbito de los procedimientos de insolvencia.

Entre las razones que justifican esta actitud *antiforum shopping* se encuentra la afirmación de que el *forum shopping* contradice el principio de unidad de ley o de la armonía de decisiones, que es un principio fundamental de

todo sistema jurídico. Además, el *forum shopping* implicaría una congestión de jurisdicciones, de gastos inútiles y una cierta ineficacia, puesto que las partes estarían buscando el foro más favorable y no el más accesible o el más cercano. En este sentido, al distorsionar el juego de la competencia, el *forum shopping* tendría una incidencia negativa sobre la percepción popular de la igualdad del sistema jurídico.

2.2. *Instrumentos internacionales a favor del forum shopping*

Sin embargo, en las últimas décadas, algunos autores han cuestionado la actitud negativa al considerar el *forum shopping*. Es más, los legisladores no la condenan. Así, aunque como se ha comentado, a nivel europeo se percibe una postura *antiforum shopping*, el Reglamento Bruselas I-bis (Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil) otorga oportunidades al *forum shopping*, en lugar de seguir la tendencia más general de oposición. Dicho instrumento, al igual que sus antecesores, prevé al mismo tiempo un foro de competencia general con base en el principio de *actor sequitur forum rei* y una serie de foros competencia especiales por razón de la materia, donde el demandante puede elegir entre el foro general y el foro especial, pues se trata de foros alternativos. Además, el órgano jurisdiccional no puede recurrir a la doctrina del *forum non conveniens*, para declararse incompetente.

Si bien, son sobre todo los Convenios internacionales los que no suelen tener una postura *antiforum shopping*, de forma que otorgan a los litigantes la posibilidad de realizar maniobras de *forum shopping*. Así, por ejemplo, el Convenio para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, hecho en Montreal el 28 de mayo de 1999, establece que, según la naturaleza del daño sufrido, la víctima puede ejercitar una acción en cinco foros alternativos y mutuamente excluyentes; dejando al demandante una gran capacidad de elección. En realidad, la posibilidad de elección del demandante es tan extensa, que los tribunales americanos

han intentado —de forma errónea—, limitar dicha elección y, por tanto, las posibilidades de *forum shopping*, aplicando la teoría del *forum non conveniens*, que está a disposición de aquellos sujetos que son demandados ante tribunales americanos.

También el Convenio relativo al Contrato de Transporte Internacional de Mercancías por Carretera (CMR), hecho en Ginebra el 19 de mayo de 1956, anima al demandante a practicar el *forum shopping*. Este Convenio prevé una lista exhaustiva de foros exclusivos, donde el demandante puede elegir para entablar una acción, lo cual favorece el *forum shopping* del demandante. Sin embargo, contrariamente al Convenio de Montreal, parece que ningún tribunal de un Estado parte del Convenio relativo al CMR pueda declinar su competencia, una vez que esta ya ha sido establecida, apoyándose en la doctrina del *forum non conveniens*, ya que dicha posibilidad es inconciliable con el derecho conferido al demandante de elegir iniciar un pleito ante la jurisdicción que estime conveniente.

3. *Definición amplia de forum shopping*

Por lo tanto, no existe una posición uniforme sobre el *forum shopping*. En cualquier caso, con independencia de cuál sea la tendencia en relación con el *forum shopping*, parece que no existe ninguna duda sobre el hecho de que este es una realidad, un hecho, una vía en la que participan todos los litigantes que emprenden acciones legales, por lo que es algo que es predecible. Es lógico que, si a un demandante se le ofrece la posibilidad de elegir entre varias jurisdicciones, escoja aquella donde piense que va a obtener un resultado más favorable, lo cual no puede ser objeto ni de sorpresa, ni de indignación. Cualquier abogado busca el mejor foro ante el que iniciar una acción o responder a una demanda. Además, analizar cuál será el foro que ofrezca más ventajas al demandante es indisoluble del trabajo de abogado y de una estrategia eficaz. Por lo tanto, los abogados están obligados, desde un punto de vista ético, a buscar el foro más favorable a los intereses de sus clientes. Así pues, no existe nada en

el *forum shopping*, que sea intrínsecamente malo, sino que se trata de un elemento inherente al sistema judicial.

Entre las razones que pueden motivar a las partes a elegir uno u otro foro están: un sistema procesal más apropiado, que contenga mejores medios de prueba; condiciones variables de eficacia y rapidez de procedimientos judiciales; la lengua del procedimiento; la reputación de imparcialidad —o de una cierta inclinación a favor de los demandantes— del tribunal; o las normas sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales. Todas estas motivaciones que justifican el *forum shopping*, cuando se trata de la elección de un tribunal estatal en una demanda contenciosa, también son factores que pueden ser utilizados por las partes para justificar su recurso al arbitraje. De forma que, si estos argumentos son utilizados en una demanda contenciosa ante un tribunal estatal, puede que no se acepte o admita el foro elegido, pero que sin embargo, sí son admitidos, cuando están detrás de la decisión de las partes de someterse al arbitraje.

En opinión de Franco FERRARI, si se adopta una definición amplia de *forum shopping*, se encontrarían también dentro de la misma, la elección de las partes de recurrir al arbitraje y no a una demanda judicial contenciosa, por una o varias de las razones arriba señaladas, incluso si dicha elección es consensual. Sin embargo, dicho pacto no garantiza que una vez que las partes se hayan decantado por el arbitraje como medio de resolución de controversias, una de las partes opte finalmente por el *forum shopping*. En este sentido, una de las partes puede decidir anular el convenio arbitral o retrasar el desarrollo del procedimiento arbitral mediante el ejercicio de acciones legales ante tribunales estatales.

Al igual que sucede con el arbitraje, la sumisión expresa de las partes a favor de un tribunal estatal, sería el resultado *mutatis mutandi* de un *forum shopping*, pudiendo ser superado igualmente por un *forum shopping* posterior. Esto era posible con el Reglamento Bruselas I, por la regla de litispendencia *prior tempor, potior iure*. Sin embargo, a partir de la entrada en

vigor del Reglamento Bruselas I-bis, en los casos de litispendencia entre Estados miembros, se confiere preferencia al tribunal del Estado a cuya jurisdicción se han sometido expresamente las partes, de conformidad con el artículo 25 del propio Reglamento (artículo 32.1 Reglamento Bruselas I-bis). Esta norma ha sido redactada precisamente para evitar el *forum shopping*, pues el tribunal del Estado al que se habían sometido las partes conservará su competencia mientras que correlativamente la de los otros tribunales quedará en suspenso, hasta que el Tribunal que ha sido designado por las partes se declare incompetente por razón del acuerdo referido. Sin embargo, en los casos de litispendencia con terceros Estados, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro que conoce del asunto tienen la posibilidad de suspender el procedimiento, pero esta facultad se caracteriza porque es meramente potestativa a diferencia de lo que sucede con el artículo 32.1 en el que la suspensión es de carácter imperativo (artículo 33 Reglamento Bruselas I-bis). Así pues, esta norma de litispendencia con terceros Estados deja abierta la posibilidad a que una de las partes opte por el *forum shopping* con posterioridad al pacto de sumisión expresa acordado por ambas partes.

En definitiva, siguiendo con esta interpretación amplia del *forum shopping* de Franco FERRARI, los resultados iniciales de un *forum shopping* consensual puede ser sobrepasado por un *forum shopping* unilateral. Por lo tanto, se debe destacar que el *forum shopping* no es una práctica ocasional, sino que más bien se extiende de manera progresiva, y que, en determinados casos, se puede producir más de una vez en función de diferentes objetivos. Sin embargo, el momento en el que ocurre el *forum shopping* no debería tener efecto sobre su definición amplia en la que no debe realizarse ningún juicio de valor.

Tras el análisis anterior, el *forum shopping* debe definirse en sentido amplio como: «la elección de un determinado foro, fundada en la convicción de que este foro es el que tiene más probabilidades de lograr un resultado concreto».

*Autor: M.^a José Castellanos Ruiz
(Profesor de Derecho Internacional Privado,
Universidad Carlos III de Madrid)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BORCHERS, Patrick J. «Punitive Damages, Forum Shopping, and the Conflict of Laws», *Louisiana Law Review*, 2010, vol. 70, n.º 2, pp. 529-555; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Tratado de Derecho internacional privado*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia 2020, pp. 1-1332; FERRARI, Franco. «*Forum shopping*: pour une définition ample dénuée de jugements de valeurs», *RCDIP*, 2016, n.º 1, pp. 85-105; JUENGER, Friedrich K. «Forum shopping, Domestic and International», *Tulane Law Review*, 1989, vol. 63, n.º 3, pp. 553-574; LOWENFELD, Andreas F. «Forum Shopping, Antisuit Injunctions, Negative Declarations, and Related Tools of International Litigation», *The American Journal of International Law*, 1997, vol. 91, n.º 2, pp. 314-324; MAYER, Pierre. «Forum non conveniens et Application Uniforme des Règles de Compétence», en *Forum shopping in the European Judicial Area* (editado por Pascal de Vareilles-Sommières), Hart Publishing, Oxford, 2008, pp. 137-144; NIBOYET, Marie-Laure. «La globalisation du procès civil international dans l'espace judiciaire eurooéen et Mondial», *JDI*, 2006, n.º 3, p. 937 y ss.; PETROSSIAN, Emil. «Pursuit of the Perfect Forum: Transnational Forum Shopping in the United States and England», *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 40, junio 2007, pp. 1257-1336.

VOCABLOS CONEXOS: Competencia judicial internacional. *Forum non conveniens*. Litispendencia judicial internacional.

FRANQUICIA INTERNACIONAL

1. Origen

La franquicia internacional es un modelo de negocio y una forma de expansión utilizada por las grandes y pequeñas y medianas empresas para acceder a otros mercados. Este contrato tiene su origen en Estados Unidos que hoy en día sigue siendo el líder en este ámbito por el número y la diversidad de franquicias. La primera franquicia comercial se inició en 1850 en Estados Unidos cuando la empresa Singer Sewing Machine Company, con sede en Stamford (Connecticut) otorgó una serie de franquicias a los comerciantes independientes para que estos pudieran comercializar los productos de esta marca. En 1898, la empresa General Motors es la que empieza a utilizarla franquicia como estrategia para expandir su red de distribuidores y un año más tarde en 1899 la empresa Coca Cola se convierte en la primera embotelladora del mundo en emplearla. No obstante, el verdadero desarrollo de la franquicia comercial como método de expansión de las empresas fue a principios del siglo XX.

Más tarde, este negocio ha sido acogido en Europa, aproximadamente en la década 1960 como una forma de expansión empresarial por parte de las empresas norteamericanas, siendo utilizada en Reino Unido, Francia, Alemania, Italia, Bélgica, Países Bajos, etc. (ROS, V.) La profesora CEBRIÁN SALVAT señala que el concepto de franquicia que pasa a Europa es más restringido que el de Estados Unidos, pues engloba solo la «franquicia de negocio» (*business format franchising*) y, por ello, es importante no confundir la franquicia con otras formas de distribución comunes en la Unión Europea, como la concesión (CEBRIÁN SALVAT, M. A. *Contratos Internacionales de Franquicia: Competencia Judicial Internacional y Ley Aplicable en la Unión Europea*, tesis de doctorado).

El verdadero auge de este modelo de negocio fue la adopción de este sistema por parte de McDonalds como medio para expandir su cadena

de comidas de servicio rápido. Hoy en día encontramos diversas franquicias internacionales muy conocidas, como Burger King, KFC, Mango, Neck&Neck o KA Internacional, etc.

2. Normativa y concepto

En el plano internacional no existen convenios que regulen el contrato de franquicia internacional, tal como si sucede por ejemplo en los contratos de transporte y de compraventa.

La regulación de este contrato a nivel europeo es muy limitada: se concreta en aspectos del Derecho de la competencia (*Reglamento UE 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del TFUE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas*). Un papel importante ha jugado el TJUE que examinó la franquicia en el caso de *Pronuptia de París GmbH* (Frankfurt am Main) y *Pronuptia de París IrmgardSchillgalis* (Hamburgo) (STJUE de 28 de enero de 1986, asunto C-161/84, ECLI:EU:C:1986:41). En esta sentencia, el tribunal de Luxemburgo define la franquicia de esta manera: «[...] más que de un modo de distribución, se trata de una manera de explotar económicamente, sin comprometer capitales propios, un conjunto de conocimientos». Este concepto ha servido como motivo de adopción del Reglamento CEE 4087/1988 relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 TCE a categorías de acuerdos de franquicia (actualmente derogado). El Reglamento CEE 4087/88 en su artículo 1.3 b) definía el contrato de franquicia como

el contrato en virtud del cual una empresa, el franquiciador, cede a la otra, el franquiciado, a cambio de una contraprestación financiera directa o indirecta, el derecho a la explotación de una franquicia para comercializar determinados tipos de productos y/o servicios y que comprende por lo menos:

- el uso de una denominación o rótulo común y una presentación uniforme de los locales y/o de los medios de transporte objeto del contrato,
- la comunicación por el franquiciador al franquiciado de un «know-how», y
- la prestación continua por el franquiciador al franquiciado de asistencia comercial o técnica durante la vigencia del acuerdo.

Sin embargo, unos años más tarde, en 1999 con la adopción del Reglamento (CE) 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, el legislador europeo cambia de criterio y define la franquicia como un contrato de distribución.

En la mayoría de los países europeos, el contrato de franquicia carece de regulación específica, y solamente algunos cuentan con normas al respecto que regulan este contrato. Dichas regulaciones difieren de un país a otro, porque no siempre abarcan todos los aspectos de contrato de franquicia. Francia ha sido el primer país europeo en regular este contrato con la adopción de la conocida *Loi Doubin* por el ministro que la presentó (Loi n.º 89-1008 du 31 décembre 1989 relative au développement des entreprises commerciales et artisanales et à l'amélioration de leur environnement économique, juridique et social, JO du 2 janvier de 1990) y ha sido seguida por Rumania (Ordonanța Guvernului n.º 52/1997 privind regimul juridic al francizei, republicată în MO al României, Partea I, n.º 180 din 14 mai 1998, modificada por Legea n.º 179/2019), Lituania (artículos 6.766-6.779 (FRANŠIZĖ) Código Civil de Lituania (Lietuvos Respublikos Civilinis Codeskas), n.º VIII/1864, DO 18 julio 2000), Italia (Legge n.º 129 del 6 maggio 2004 «Norme per la disciplina dell' affiliazione commerciale», Gazzetta Ufficiale n.º 120 del 24 maggio 2004), Bélgica (Loi du 2 avril 2014 portant insertion du livre X «Contrats d'agence commerciale, contrats de coopération commer-

ciale et concessions de vente» dans le Code de droit économique, et portant insertion des définitions propres au livre X, dans le livre Ier du Code de droit économique, MB 28 avril 2014, p. 35053), etc.

Por ejemplo, en el ordenamiento jurídico español, la franquicia apenas aparece regulada en dos normas: Real Decreto 201/2010, de 26 de febrero, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores (BOE n.º 63 de 13 de marzo de 2010), que desarrolla el artículo 62 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (BOE n.º 15 de 17 de enero de 1996). Dicha Ley recoge que la actividad comercial en régimen de franquicia es la que se lleva a efecto en virtud de un acuerdo o contrato por el que una empresa, denominada franquiciadora, cede a otra, denominada franquiciada, el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios.

En cuanto a la influencia de *soft law* en los contratos de franquicia internacional, podemos señalar la labor del Instituto UNIDROIT que elaboró una Guía para los acuerdos de franquicia principal internacional y la Ley modelo sobre la divulgación de la información en materia de franquicia. También podemos señalar el Código Deontológico Europeo sobre la Franquicia (EFF), los Principios de Derecho europeo de los contratos, etc. La acción *soft law* se caracteriza como un instrumento jurídicamente no vinculante y dispone de cierta relevancia jurídica, pero ejerce una influencia en la voluntad de los operadores jurídicos.

En la misma línea, es de mencionar la definición prevista en el Código Deontológico Europeo de la Franquicia que establece: «la franquicia es un sistema de comercialización de bienes y/o servicios y/o tecnología, que se basa en una colaboración estrecha y continua entre empresas financieramente separadas e independientes —el franquiciador y sus franquiciados—, mediante el cual el franquiciador concede al franquiciado el derecho, pero también le impone la obligación, de llevar a cabo un

negocio conforme al concepto del franquiciador. Este derecho faculta y obliga al franquiciado —a cambio de una contraprestación financiera directa o indirecta—, a utilizar el nombre comercial del franquiciador, y/o la marca registrada y/o marca de servicio, el *know-how*, los métodos técnicos y de negocio, el procedimiento y otros derechos de propiedad industrial y/o intelectual; sobre la base de una prestación continua de asistencia comercial y técnica, dentro del marco del contrato de franquicia (escrito) celebrado entre las partes para este fin».

En la doctrina, resalta la definición aportada por la profesora A. DURÁN AYAGO (CALVO y CARRASCOSA) que dice que es el contrato mediante el cual una parte (franquiciador/*franchisor*) —titular de una determinada marca, patente, método o técnica de fabricación o actividad industrial y comercial, con notable prestigio mercantil— concede a la otra parte (franquiciado/*franchisee/franchisedperson*) el derecho a explotar tales bienes inmateriales relativos a productos o servicios (la franquicia) por un tiempo y en un área espacial delimitados y bajo ciertas condiciones de control, a cambio de una prestación económica. Dicha prestación suele consistir en una cantidad o canon inicial (pago directo o *entry free*), al que se añaden pagos sucesivos cuyo importe se determina según las ventas realizadas (*royalties* o regalías).

Tras examinar varias definiciones, podemos destacar las siguientes características del contrato de franquicia internacional: es un contrato bilateral, oneroso, consensual, conmutativo, de adhesión, de ejecución sucesiva y de colaboración empresarial. Además, es un contrato atípico en varios países, así como en España.

Como elementos personales del contrato de franquicia internacional señalamos al franquiciador y franquiciado. Es un contrato de colaboración entre las partes, en el que el franquiciador presta su marca o su nombre comercial y transmite el *know-how*, pero el franquiciado es quien paga mensualmente un porcentaje de sus ventas (regalías) e inicialmente

abona un canon por el derecho de desarrollar una actividad comercial empleando el nombre y el sistema del franquiciador.

Los elementos reales del contrato son la transmisión del franquiciador al franquiciado del *know-how* y de los signos distintivos. El *know-how* se define como conjunto de informaciones prácticas, no patentadas, derivadas de experimentaciones y experiencias del franquiciador, que es secreta, sustancial y determinada (Código Deontológico Europeo de la Franquicia).

3. Tipos de franquicias

En la práctica existen varios tipos de franquicia:

Franquicia máster o principal: es una modalidad en la que el franquiciador otorga al franquiciador principal, el derecho de explotar una franquicia normalmente en un territorio amplio (un país, por ejemplo) con el fin de que este celebre más tarde, acuerdos de franquicias con otros franquiciados individuales.

Franquicia de producción: es el propio franquiciador quién fabrica los productos que los franquiciados venden. La marca de fabricación y distribución es la misma. Este tipo de franquicia es adecuado para la comercialización de confección, zapatos, muebles, etc. (Levi's Center, Camper, Roche Bobois).

Franquicia de distribución: el franquiciador actúa como distribuidor de sus productos fabricados por otras empresas, es como una central de compras, se negocian las mejores condiciones con proveedores, transmitiendo el *know-how*, el uso de marca y sellos distintivos, etc. al franquiciado (BROSETA y MARTÍNEZ) (ejemplo: Computerland).

Franquicia de servicios: es un tipo de franquicia más dinámica y con más proyección. Se transmite el *know-how* propio del servicio de que se trate

no habiendo un producto físico (GUARDIONA). (Por ejemplo, cadenas de hoteles Hilton, Holiday Inn, Novotel, alquiler de coches Avis, Hertz y franquicias de escuelas de idiomas, etc.).

Franquicia mixta: son franquicias en las que su negocio se une un producto y servicio.

Franquicia industrial: es una forma de colaboración empresarial entre fabricantes, tanto el franquiciador, como el franquiciado son industriales. Exige fuertes niveles de inversión (Coca Cola y Yoplait son dos ejemplos).

Franquicia corner: un comerciante acepta la franquicia de una parte de su local, ofreciendo en esa zona los productos o servicios del franquiciador. Esta modalidad de franquicia viene dada en función del lugar mismo donde se desarrolla el negocio franquiciado (GUARDIONA).

Franquicia Shop-in the Shop: generalmente dentro de un gran almacén se contiene una tienda franquiciada que vende una gama de productos (Godiva en el Corte Inglés).

En definitiva, el contrato de franquicia es utilizado por muchas empresas para una expansión rápida en el exterior, ya que ofrece más control que los contratos de licencia y requiere una baja inversión de capital. Además, los riesgos financieros y de inversión no son altos y, por el contrario, supone un rápido posicionamiento de la empresa y su marca en los mercados internacionales.

4. *Competencia judicial internacional y ley aplicable al contrato de franquicia internacional*

Para determinar la competencia judicial internacional con relación a los litigios surgidos de un contrato de franquicia internacional, nos encontramos con varios regímenes legales. En primer lugar, habrá que acudir

a los foros previstos en el Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I bis). Los foros previstos en el Reglamento Bruselas I bis se aplican si el demandado tiene el domicilio en la UE u operen los artículos 24 (competencias exclusivas) o 25 y 26 (prórroga de la competencia).

La profesora CEBRIÁN SALVAT señala que en una operación de franquicia se puede distinguir entre varias cuestiones relacionadas con la celebración del contrato: las relativas a los derechos reales (foros exclusivos), a los derechos de propiedad intelectual (foros exclusivos) y a las obligaciones derivadas del contrato, ya sean contractuales o extracontractuales. De esta forma, según la materia reclamada podemos distinguir entre los foros exclusivos (derechos reales inmobiliarios; inscripción y validez de patentes, marcas y demás derechos análogos sometidos a depósito o registro en un Estado miembro) los foros de sumisión tácita y expresa, el foro general del domicilio del demandado y los foros especiales por razón de materia, fundamentalmente los previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 7. Cuando no opere el Reglamento Bruselas I bis y tampoco el Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil de 2007 (Convenio de Lugano II), habrá que acudir a los foros previstos en la Ley Orgánica 6/1985, del 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ).

Si la controversia tiene como objeto una cuestión contractual, entonces el instrumento aplicable para determinar la ley aplicable es el Reglamento Roma I, pero si es de índole extracontractual, se aplicará el Reglamento Roma II. La regla general de determinación de la ley aplicable al contrato de franquicia se establece con base en el artículo 3 del Reglamento Roma I. Existe libertad de pacto, de modo que las partes pueden elegir libremente la ley aplicable al contrato de franquicia. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes

podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato.

A falta de elección, la ley aplicable será la prevista en el artículo 4.1 e) del Reglamento Roma I que señala: «el contrato de franquicia se regirá por la ley del país donde el franquiciado tenga su residencia habitual». Es una regla específica establecida por el Reglamento Roma I.

Y por último, pudiera operar el artículo 4.3 del Reglamento Roma I que establece «Si del conjunto de circunstancias se desprende claramente que el contrato presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país». Tal y como se desprende de la lectura de este artículo, para que se active esta excepción, los vínculos deben ser manifiestamente más estrechos con otro país y además deben apreciarse claramente.

Autora: Diana Glubaia

(Profesora de Derecho Internacional Privado, UNIR)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ROS, Viorel. (2001). *Dreptul proprietății intelectuale (curs universitar)*. Editura Global Lex, București, p. 774; CEBRIÁN SALVAT, M. A. (2017). *Contratos internacionales de franquicia: competencia judicial internacional y ley aplicable en la Unión Europea*, tesis de doctorado Universidad de Murcia, p. 95; CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2017). *Derecho internacional privado*, vol. II, Ed. Comares, p. 1132; CEBRIÁN SALVAT, M. A. (2018). *El contrato de franquicia internacional en Derecho internacional privado*, Marcial Pons, Madrid, p. 64; GUARDIONA, E. (1998). *Contratos de colaboración en el comercio internacional*, Bosh, Barcelona, p. 244; BROSETA PONT, M. y MARTÍNEZ SANZ, F. (2011). *Manual de Derecho mercantil*, vol. 2, Madrid, Tecnos, p. 135.

FRAUDE A LA LEY

1. Concepto

La norma de conflicto o norma indirecta, remite al Derecho aplicable. Este puede ser el del Estado del juez que interviene en la cuestión, o un Derecho extranjero. La pauta a tener en cuenta para determinar la ley material aplicable será dónde se produzca el punto de conexión o punto de contacto. Sin embargo, puede ocurrir que esta indicación normativa de la normativa aplicable resulte alterada por la voluntad de las partes y, por lo tanto, tal conducta perturbe el normal funcionamiento del sistema conflictual.

Fraude a la ley, conexión fraudulenta o *fraus legis facta*, son las denominaciones que recibe este instituto del Derecho internacional privado. Resaltamos que es el resultado de un acto voluntario y consciente. Su finalidad consiste en alcanzar un beneficio (MANSILLA MEJÍA, 2019).

Para DREYZIN DE KLOR (2015), radica en la variación maliciosa e intencionada del punto de conexión diseñado por la norma de remisión, con el objeto de evitar el Derecho imperativo previsto por el legislador. Como describen FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO (2015), se utilizan medios lícitos para lograr un resultado ilícito: la aplicación de una ley distinta a la que correspondía. En otras palabras, debe existir una modificación efectiva del punto de contacto y que, como resultado, esquivase la aplicación de un Derecho no deseado por las partes.

El fraude a la ley en nuestra materia afecta el sentido de la norma conflictual, transgrede el propósito dispuesto por el legislador y constituye una excepción a la aplicación del Derecho extranjero. Si las partes utilizan maniobras artificiosas o ardidés a los fines que resulte aplicable un Derecho foráneo en reemplazo a la ley «natural», que debía regir la relación jurídica, tal acto será catalogado como fraudulento (HOOFT, 2015).

En resumen, el fraude a la ley en el DIPr reside en la modificación deliberada del punto de conexión con el objeto de evitar la aplicación de una norma imperativa. Lo que se pretende, es que el acto jurídico quede amparado por un Derecho extranjero que, para las partes, resulta más afín a sus intereses. Constituyen ejemplos de fraude a la ley la variación del domicilio, nacionalidad, residencia habitual, entre otros.

Es conveniente recalcar, que solo nos encontramos frente a supuestos de fraude a la ley en aquellos casos que se intente modificar la aplicación de normas imperativas, es decir, aquellas que regulan materias no disponibles por las partes. De este modo, la figura no funciona cuando se trata de normas dispositivas, susceptibles de modificación, a razón del principio de autonomía de la voluntad de las partes.

2. *Elementos*

Algunos autores distinguen dos elementos en el fraude a la ley. Un elemento intencional, subjetivo o intelectual (*animus*), que envuelve el designio de escapar de la norma normalmente aplicable. En definitiva, se procura que una relación jurídica se regule bajo la ley seleccionada por quien ejecuta la maniobra fraudulenta. Ahora bien, la prueba del elemento subjetivo no resulta tarea sencilla, y en muchas ocasiones se basará en meros indicios. Como enumera DELGADO BARRETO (2013), si se adquiere una nueva nacionalidad o domicilio, jamás se reside en ese Estado, e inmediatamente después se divorcia en tal país, se exterioriza la voluntad fraudulenta.

Así, para GOLDSCHMIDT (1982) existen dos claros indicios: la expansión espacial de las actuaciones y la contracción temporal. La primera, implica que las partes llevan a cabo actos en un país foráneo que nada tiene que ver con sus orígenes o ámbito de contratación. La segunda, hace referencia a que las partes obran de manera muy acelerada. De esta manera, divorciarse con posterioridad a la adquisición de una nueva nacionalidad

o domicilio, y no residir en tal nación, revela la intención fraudulenta (DELGADO BARRETO, 2013).

En este marco, el juez debe valorar la excepción del fraude a la ley en cada caso en concreto, teniendo en cuenta los criterios que se trazan en la jurisprudencia (FERNÁNDEZ ARROYO, 2003).

El segundo elemento, denominado objetivo o material (*corpus*), refiere a la alteración efectiva del punto de conexión. Es decir, las partes cambian su domicilio, nacionalidad, etc., de manera artificiosa (FERNÁNDEZ ARROYO, 2003).

Entre los factores de conexión usualmente manipulados debemos referirnos a la nacionalidad. Un claro ejemplo constituye el conocido caso de la princesa de Bauffremont, resuelto en 1879 por la Corte de Casación Francesa.

Otro fallo célebre es *Plasse y Chopin* de 1845, de la Chambre de Requetes de Francia. En este proceso, el cónyuge francés, quien se separó de su esposa por motivos a él imputables, se trasladó con su amante a Basilea. Una vez allí, se nacionalizó, divorció y contrajo matrimonio con su amante. Seguidamente, retornó a su país de origen y, fallecida la segunda mujer, se mudó a Suiza para contraer nupcias por tercera vez, para posteriormente, trasladarse nuevamente a Francia. Finalmente, el Tribunal decidió no reconocer el divorcio suizo.

Igualmente debemos recordar el caso de Transilvania, en que los matrimonios católicos de austriacos, húngaros y franceses, como no se les permitía divorciarse de acuerdo las leyes de sus países de origen, adquirirían la nacionalidad de Transilvania, adoptando la religión protestante que admitía la disolución conyugal. Lo mismo ocurrió en Italia, país que no permitía el divorcio de sus nacionales (HOOFT, 2015).

Por otro lado, el cambio de domicilio también configura un ejemplo. En un caso señalado por Niboyet, reseñado por DELGADO BARRETO (2013), el tutor para eludir ciertas obligaciones mudó su domicilio, y el del sujeto tutelado. En efecto, logró modificar los deberes a su cargo a partir de la modificación de su domicilio.

En materia inmobiliaria, en los autos Leslie y Aimery Caron (1987), correspondiente a la Corte de Casación Francesa, se modificó el lugar de situación del bien y, en consecuencia, se mutó la naturaleza del inmueble a bien mueble.

Por otra parte, algunos autores también mencionan la religión como punto de conexión susceptible de alteración. Es así que un hombre de religión maronista-cristiano se convirtió al islam a los fines de evitar el pago de la pensión alimentaria a su esposa, ya que para esa religión no era obligatorio. Pese a ello, el Tribunal Interconfesional de Siria hizo caso omiso al cambio de credo y amparó a la mujer (DELGADO BARRETO, 2013).

3. Sanción

Si se confirma el fraude a la ley, deviene aplicable la sanción, que implica nada más y nada menos, que el restablecimiento del Derecho que se pretendía evadir. Es decir, no se aplicará la ley escogida de manera artificiosa, sino el Derecho que originariamente correspondía (DREYZIN DE KLOR, 2015).

Por consiguiente, con miras a respetar la ley local imperativa de un Estado, el DIPr sostiene el axioma: las normas de Derecho interno que reglamentan materias no disponibles por las partes deben mantenerse con el mismo poder de imperio en otros Estados (MANSILLA MEJÍA, 2019).

4. *Fraude a la ley en la fuente convencional*

En los Tratados de Montevideo (TM) de 1889 y 1940 no se incluyó de manera expresa una noción de la excepción de fraude a la ley. No obstante, se puede extraer este correctivo de los artículos 41 y 42 del TM 1889. En estas normas se somete el régimen matrimonial patrimonial a la ley del domicilio conyugal fijado de común acuerdo con anterioridad a la celebración del matrimonio. En su defecto, a la ley del domicilio del esposo al momento de contraer nupcias.

Por su parte, el TM 1940, en su artículo 16, dispone como aplicable la ley del primer domicilio de los cónyuges, siempre que, en materia real, no esté vedado por la ley del lugar de situación de los bienes.

En el ámbito interamericano, la Convención Interamericana sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado —CIDIP II— de 1979, en su artículo 6 recoge el fraude a la ley, y alcanza sus dos elementos. El tenor de la norma prevé como sanción la no aplicación del Derecho extranjero de un Estado parte, cuando de manera artificiosa se haya escapado a los principios fundamentales de la ley de otro Estado firmante. Un dato no menor, es que la República Oriental del Uruguay hizo reserva a esta norma.

En el espacio europeo, no existen instrumentos supraestatales que reglamenten esta figura.

5. *Derecho comparado*

En general, las diversas legislaciones autónomas no poseen un único criterio al momento de regular el fraude a la ley. Algunos Estados han optado por localizar en el tiempo el punto de conexión que determina la ley aplicable a la situación *iusprivatista* internacional. Otras regulaciones, aspiran a prevenir el fraude a partir de la imposición de exigencias adi-

cionales al normal funcionamiento de los puntos de conexión previsto por la norma indirecta (DREYZIN DE KLOR, 2015).

Cabe mencionar, que la mayoría de los legisladores de los países de Europa occidental han optado por no incluir la excepción de fraude a la ley en los códigos locales. No siguen esta regla Francia, Portugal, España y Bélgica (DÁVALOS FERNÁNDEZ, 2012).

5.1. *Regulación en América*

El derogado Código Civil argentino no regulaba de manera específica el fraude a la ley, aunque contenía reglas atinentes a las cuestiones contractuales. En los artículos 1207 y 1208 se prohibían la celebración de contratos destinados a violar las leyes foráneas o locales.

Asimismo, en el artículo 159 se autorizaba a los cónyuges a modificar de domicilio para eludir las leyes que en él rigen.

En la actualidad, el artículo 2598 del Código Civil y Comercial de la Nación prevé el instituto y establece: «para la determinación del Derecho aplicable en materias que involucran derechos no disponibles para las partes no se tienen en cuenta los hechos o actos realizados con el solo fin de eludir la aplicación del Derecho designado por las normas de conflicto». La fuente deviene del Código de Derecho Internacional Privado de Bélgica (artículo 18).

Otra normativa que incorpora la figura del fraude a la ley es la nueva Ley General de Derecho Internacional Privado de Uruguay, promulgada el 27/11/2020. El artículo 7 reza: «no se aplicará el Derecho designado por una norma de conflicto cuando artificiosemente se hubieren evadido los principios fundamentales del orden jurídico de la República».

A su vez, el artículo 15 del Código Civil Federal de México y del Distrito Federal (en la actualidad Ciudad de México) disponen: «no se aplicará el

Derecho extranjero: cuando artificioosamente se hayan evadido principios fundamentales del Derecho mexicano, debiendo el juez determinar la intención fraudulenta de tal evasión». Como se observa, la intención de transgredir la ley debe ser valorada por el juez interviniente.

En igual sentido, se enmarca el artículo 6 del proyecto de ley de Derecho internacional privado de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado. Paralelamente, se incorporan en el proyecto algunas menciones sobre los efectos de los beneficios obtenidos por la alteración artificiosa del punto de conexión al regular la emancipación (artículo 14), reconocimiento del matrimonio extranjero (artículo 45), convenios patrimoniales entre los cónyuges (artículo 50), divorcio (artículo 57), nulidad del matrimonio (artículo 59), contratos internacionales (artículo 96) y ejecución de resoluciones extranjeras (artículo 213, inciso h).

En lo que respecta a la Ley de Derecho Internacional Privado de 1998 (Venezuela) —pionera en materia DIPr autónomo en la región— no se contempla la excepción de fraude a la ley. Al momento de elaborar el Proyecto, se consideró atinado adaptarlo a lo dispuesto por la CIDIP II sobre Normas Generales de Derecho Internacional Privado, sobre todo en aquellas cuestiones que el Proyecto no contemplaba: la cuestión incidental, la adaptación, la institución desconocida y el fraude a la ley. Pese a ello, la Ley no acoge la institución que describimos (PÉREZ PACHECO, 2014).

A su vez, se consideró que la aplicación de la institución presenta ciertos obstáculos relacionados con la prueba de la intención fraudulenta, la similitud con otras instituciones como la excepción del orden público y la clara voluntad de reducir las excepciones a la aplicación del Derecho foráneo (MAEKELT, 2000).

En esta misma línea se inscribe la Ley 554-14 sobre Derecho Internacional Privado de la República Dominicana la cual no prevé la figura de fraude a la ley.

De igual modo ocurre en la República del Perú. El Código Civil peruano de 1984 no incluye normas concernientes al fraude a la ley. Empero, para un sector de la doctrina los aplicadores del Derecho pueden recurrir al artículo 2047 del Código Civil: «[...] Además son aplicables, supletoriamente, los principios y criterios consagrados por la doctrina del Derecho internacional privado». Se añade a esta interpretación, que al ser Perú Estado parte de la CIDIP II sobre Normas Generales, se puede admitir la figura del fraude a la ley (DELGADO BARRETO, 2013).

En el caso de la República Federativa de Brasil, la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño (1942) no hace referencia al fraude a la ley. Como menciona FERNÁNDEZ ARROYO (2003), el interés respecto al fraude a la ley se redujo a partir de 1977, año en el que se introdujo el divorcio en la legislación interna.

5.2. *Regulación en España*

En la legislación interna española, el artículo 12.4 del Código Civil (CC) prescribe: «se considerará como fraude de ley la utilización de una norma de conflicto con el fin de eludir la ley imperativa española». Esta norma es objeto de fuertes críticas. La primera, tiene que ver con que no incluye la sanción correspondiente en caso de detectarse el fraude. La segunda, refiere a que la normativa citada hace estricta alusión a la ley imperativa local y olvida el fraude que pudiera realizarse a la ley extranjera.

Para RODRÍGUEZ BENOT y CAMPUZANO DÍAZ (2018), estas lagunas podrían ser superadas mediante una aplicación análoga del artículo 6.4 del CC: «los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida apli-

cación de la norma que hubiere tratado de eludir». En consonancia, la conjugación de ambos preceptos presupone el castigo, que radica en aplicar el ordenamiento material indicado por la norma de remisión, sin tener en cuenta la modificación del punto de conexión. Lo mismo ocurre frente al fraude a la ley extranjera. Ante este supuesto, corresponde hacer una aplicación analógica del artículo 6.4 CC a las situaciones no reguladas por el artículo 12.4 CC.

Ahora bien, conforme observan FERNÁNDEZ ROZAS y SÁNCHEZ LORENZO (2015), la excepción de orden público desplazó la excepción de fraude a la ley. Tanto es así, que no existen antecedentes ostensibles en los cuales esta categoría haya operado separada de la excepción de orden público internacional. Pese a ello, destacan cierta jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo (Sent. TS, Sala 1.ª, de 5 de julio de 1965) y el criterio sostenido por la doctrina regional en la cual se admite el fraude a la ley en las relaciones jurídico privadas internacionales. Esta perspectiva, ha tenido mayor acogida en la esfera del Derecho interregional. Más específicamente, en materia sucesoria (Sent. TS, Sala de lo Civil, sección 1.ª, n.º 588/2009, de 14 de septiembre, Sent. Aud. Prov. De Madrid (sección 14) n.º 3/2012, de 16 de diciembre de 2011).

*Autora: Laura Martina Jeifetz
(Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: DÁVALOS FERNÁNDEZ, Rodolfo. *Derecho internacional privado: parte general*. Editorial Universitaria; DELGADO BARRETO, César. *Introducción: Derecho internacional privado: conflicto de leyes*, tomo I. Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2013; FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara Lidia. *Guía de Estudio: Internacional Privado: programa desarrollado de la materia*. Buenos Aires, Editorial Estudio, 2009; FERNÁNDEZ ARROYO, Diego (coord.). *Derecho internacional privado de los Estados del Mercosur: Argentina, Brasil, Paraguay, Uruguay*, Buenos Aires, Zavalía, 2003; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. *Derecho internacional privado*, 8.ª ed., Ma-

drid, Civitas Ediciones, 2015; GOLDSCHMIDT, Werner. *Derecho internacional privado*, 4.^a ed. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1982; HOOFT, Eduardo. *Derecho internacional privado al alcance de todos*. Mar del Plata: UDEM, 2015; MAEKELT, Tatiana. «Ley de Derecho Internacional Privado venezolano. Comentarios generales». *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, n.º 117, Universidad Central de Venezuela Caracas, 2000; MANSILLA MEJÍA, M. E. *Derecho internacional privado*, 2.^a ed. Iure Editores, 2019; PÉREZ PACHECO, Yaritza. «Aportes de la ley de Derecho internacional privado venezolano a la codificación *ius* internacional privatista», *Ars Boni Et Aequi*, año 10, n.º 2, 2014; RODRÍGUEZ BENOT, Andrés (dir.) y CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz. *Manual de Derecho internacional privado*, 5.^a ed., Madrid, Tecnos, 2018.

VOCABLOS CONEXOS: Conflicto de leyes. Derecho internacional privado autónomo. Ley aplicable. Norma de conflicto. Normas imperativas.

FUENTES DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Se entiende por fuentes del DIPriv a dos acepciones que desambiguaremos a continuación. Por un lado, como es sabido, en el Derecho existen fuentes de *producción normativa* y, por otro lado, existen también *fuentes materiales* en los distintos sectores del Derecho. El DIPriv no escapa de esta afirmación y explicaremos a continuación ambas acepciones en dos ítems separados, a fin de evitar confusiones.

1. Fuentes de producción normativa

Identificando las fuentes de producción normativa como centros generadores del Derecho, el DIPriv presenta una amplia gama de fuentes. Al respecto, resulta ilustrativo la descripción del profesor Antonio Carlos Wolkmer acerca de que:

Los centros generadores de Derecho no se reducen a, de manera alguna, a las instituciones y a los órganos representativos del monopolio del Estado, pues el Derecho, por estar incerto en ellas y ser fruto de las prácticas sociales, emerge de varios y diversos centros de producción normativa, tanto de esfera supraestatal (organizaciones internacionales) como en el nivel infraestatal (grupos, organizaciones comunitarias [...]) (WOLMER, p. 128).

El DIPriv confirma esta descripción en tanto que sus fuentes de producción normativa son diversas: el Estado (quien emite normas y negocia y celebra acuerdos bilaterales, e incluso emite normas que regulan situaciones jurídicas internacionalizadas), las organizaciones internacionales (como la Conferencia de La Haya o la Unión Europea); o, incluso, el sector privado (como es el caso de los comerciantes que actúan e interactúan a través de transacciones dando lugar a la *lex mercatoria*) o los sectores sociales (como los sindicatos y patronales, quienes pueden recurrir a la negociación colectiva internacional favorecida por el «dinamismo de las partes» (UGAZ, p. 36) implicadas en la negociación y la cual puede conducir a un convenio colectivo internacional).

En el marco de la globalización, la Conferencia de La Haya emerge como el paradigma entre las fuentes de producción normativa del DIPriv en la medida que, por un lado, los tratados que de ella emergen están pensados en para tener un alcance mundial (o casi mundial) y, por otro lado, estos tratados cubren una diversidad de temas tales como, por ejemplo, la supresión de legalizaciones, el estado civil, la adopción, la notificación y el traslado de documentos, la obtención de pruebas en el extranjero, la sustracción internacional de menores, la herencia, etc. Téngase presente que, como se señala en la web de la Conferencia de La Haya «Desde 1893 hasta 1904, la Conferencia adoptó siete Convenios internacionales, todos ellos sustituidos posteriormente por instrumentos más modernos»; es decir que esta representa una fuente de producción normativa que perdura en el tiempo y que se adapta a la realidad, abordando también las nuevas cuestiones que aparecen en la vida cotidiana de la humanidad como, por ejemplo, la maternidad subrogada.

En el contexto de las fuentes de producción normativa, especial consideración merecen los espacios de integración regional como la Unión Europea, la cual es miembro de la Conferencia de La Haya y la cual ha irrumpido en entre las fuentes de producción normativa en tanto que emite normativa de obligatorio cumplimiento en el territorio de los Estados como es el caso de los reglamentos, como veremos más adelante.

Asimismo, entre los ámbitos de integración subregional, el Mercosur aparece también como una fuente de producción normativa en la medida en que genera normas para situaciones jurídicas internacionalizadas entre los Estados miembros en determinadas materias, como bien queda patente en el Protocolo de Cooperación y Asistencia Jurisdiccional en Materia Civil, Comercial, Laboral y Administrativa de 27 de mayo de 1992.

En el marco de las organizaciones internacionales, también especial mención merece la Organización de Estados Americanos (OEA), la cual no es un espacio de integración regional. Sin embargo, esta organización internacional no puede ser omitida entre las fuentes de producción normativa en la medida que ha generado normas de especial interés para los Estados de la región, tal como queda reflejado en el desarrollo de las Conferencias Interamericanas de Derecho internacional privado, en el marco de las cuales, como reporta la web de la OEA, se han:

producido 26 instrumentos interamericanos que caen en siguientes categorías generales de Derecho internacional privado: arbitraje, capacidad, cartas rogatorias, cheques, contratos, Derecho aplicable, Derecho familiar, domicilio [de] personas físicas, ejecución de sentencias, garantías mobiliarias, letras de Cambio, medidas cautelares, pruebas, régimen legal de Poderes, sociedades mercantiles.

<http://www.oas.org/es/sla/ddi/derecho_internacional_privado_tem.as.asp>.

Evidentemente, las fuentes institucionalizadas de producción normativa dan lugar a las fuentes en sentido material, pero no todas las fuentes en

sentido material provienen de las fuentes de producción normativa institucionalizadas, como veremos.

2. *Fuentes en el sentido material*

El término *fuentes* en sentido material es aquel conjunto de normas y principios aplicados por los tribunales u órganos resolutorios, y dentro del cual se puede también incluir a la jurisprudencia y los usos mercantiles.

Se dice que el DIPriv se caracteriza por su «*complejidad e incertidumbre*» (BUCHER, p. 279).

En materia de fuentes, el DIPriv es complejo en tanto que esta disciplina comprende no solamente los tratados y la normativa de la UE, sino también el Derecho estatal, incluyendo sus normas de conflicto, reenvíos y normas relativas a la calificación de cada Estado.

Por otro lado, la incertidumbre antes referenciada es patente a la luz de la constante evolución de la disciplina y las novedades normativas. Si bien esto es propio de toda disciplina jurídica, en el DIPriv esta incertidumbre es más acentuada. El ámbito académico es fiel reflejo de esta realidad en tanto que basta con comparar los índices de los manuales de los últimos diez años editados en la Unión Europea para comprender que lo que hoy es válido, no sabemos si mañana lo será. En la práctica, la complejidad de las fuentes en el marco de la evolución de disciplina demanda una constante actualización de los operadores jurídicos.

2.1. *Los tratados internacionales*

Como es sabido, *ratione personae*, se puede distinguir entre tratados internacionales bilaterales y multilaterales. Y cabe anotar que estos se rigen por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 23 de mayo de 1969.

2.1.1. *Los tratados multilaterales*

Por contraposición al bilateralismo, los tratados multilaterales conciernen a varios Estados y, en materia de DIPriv aparecen normalmente en el seno de organizaciones internacionales como, por ejemplo, la Conferencia de La Haya, de la OEA o del Mercosur, como ya hemos aludido.

Asimismo, en el ámbito de Naciones Unidas, también existen fuentes convencionales de especial relevancia en el DIPriv como, por ejemplo, la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989 (cuyo artículo 3.1 reconoce el interés del menor antes aludido), la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961 (en tanto que reconoce la inmunidad de los agentes diplomáticos), la Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de 1958 (cuya raíz está en la Resolución 604 (XXI) del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas de 3 de mayo de 1956), la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1980, etc.

En el marco de la multilateralidad, no es posible olvidar los tratados internacionales en materia de derechos humanos, toda vez que estos textos reconocen derechos fundamentales (por ejemplo, el derecho a contraer matrimonio, el derecho al honor, el derecho a la propiedad) que han sido y son objeto de tratamiento jurisprudencial.

2.1.2. *Los tratados bilaterales*

Los tratados bilaterales, los que conciernen a dos Estados, suelen tratar temas relativos a la cooperación internacional. A título de ejemplo, se puede citar el Convenio de cooperación jurídica en materia civil entre España y Brasil de 1989, el Convenio entre España y la República Dominicana sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil de 2003, etc.

Asimismo, estos tratados pueden abordar temas de ley aplicable y de jurisdicción competente además de la cooperación internacional, tal como se puede apreciar, por ejemplo, en el Tratado entre España y El Salvador sobre *competencia judicial internacional*, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil de 2000, o en el Convenio entre España y Uruguay sobre *conflictos de leyes* en materia de alimentos para menores y reconocimiento y ejecución de decisiones y transacciones judiciales relativas a alimentos de 1987.

2.2. *El Derecho internacional privado autónomo*

Como resume la profesora Martina JEIFETZ en este diccionario, el DI-Priv autónomo «de fuente interna o de fuente estatal, es aquel que emerge dentro de un Estado determinado y, en consecuencia, difiere según la legislación» nacional de la que se trate.

El DIPriv, puede reflejar muchas veces una codificación nacional como ocurre por ejemplo, con Uruguay o Suiza, Estados que tienen una ley específica de DIPriv; o con Estados como Perú que tiene un Título específico del Código Civil destinada a la materia. Sin embargo, muchas veces el DIPriv autónomo está desperdigado y recogido en normativa de fuente diversa en el marco de una legislación estatal. En España, por ejemplo, las fuentes del DIPriv no solamente están en el Código Civil (las cuales han ido perdiendo aplicabilidad en razón de la normativa de la UE y de los tratados internacionales), sino también en otra legislación como, por ejemplo, la Ley 29/2015 de Cooperación jurídica internacional, la Ley 1/2000 de enjuiciamiento civil o la Ley orgánica 7/2015 del Poder Judicial; esta última Ley orgánica, en lo que concierne a la competencia de los tribunales españoles, permite ver cómo el Derecho interno puede quedar reducido por el efecto y la primacía los tratados internacionales y de la normativa de la UE. Lo importante aquí es señalar que un ordenamiento interno, incluyendo sus normas relativas a la competencia y las normas de conflicto, pueden ser desplazadas por la entrada en vigor de normas de mayor rango.

2.3. *La irrupción del Derecho de los espacios de integración regional. El Derecho internacional privado de la UE*

Si bien años atrás se diferenciaba entre fuentes convencionales y de DI-Priv autónomo, esta distinción ha quedado desfasada en tanto el protagonismo de la UE como fuente de producción normativa, donde un elenco de normas secundarias irrumpe en la disciplina, lo cual es razonable en el marco de una mayor movilidad de personas en un espacio de libertad y seguridad y en el marco de un mercado interior.

Las fuentes del DIPriv de la UE aparecen en el presente siglo y lo hacen básicamente a través de reglamentos que, vistos en macroperspectiva, abordan los tres ámbitos básicos diferenciados de la disciplina: competencia, ley aplicable y cooperación judicial internacional.

Bien sea en el ámbito de la competencia, del Derecho aplicable o de la cooperación, las materias que aborda el Derecho de la UE son diversas (familia, herencia, notificación, prueba); pero, más allá de esta normativa (que *ratione materiae* se va ampliando poco a poco), hay una cuestión que no debería pasar inadvertida: la pertenencia de la UE a la Conferencia de La Haya, lo cual implica un desarrollo armónico de la disciplina que reduce el riesgo de contradicción normativa y, consecuentemente, facilita la seguridad jurídica para los operadores del Derecho, los ciudadanos y las sociedades mercantiles.

La irrupción de los reglamentos de la UE es perceptible desde principios del presente milenio y constituye un cambio de paradigma en lo que a fuentes se refiere, toda vez que, por un lado, por primera vez una organización de integración regional emite normas comunitarias (que no son ni tratados ni Derecho interno, pero sí normas supranacionales) y, por otro lado, porque el DIPriv de la UE puede constituir también un material imprescindible para el Derecho comunitario comparado en la medida que otros espacios de integración regional desarrollen normas sobre materias ya abordadas por los reglamentos de la UE.

2.4. *Principios generales del Derecho y ordenamientos no estatales*

El término *principios generales del Derecho* demanda tacto para ser abordado. Los profesores Dominique Carreau y Fabrizio Marrella advierten que este término es «susceptible de revestir significados extremadamente numerosos y variados. La consulta del « Dictionnaire de la terminologie du droit international » es sobre este punto esclarecedora: hay no menos de cinco direcciones principales posibles» (CARREAU/MARRELA, p. 326). En lo que a las fuentes del DIPriv concierne, los principios generales del Derecho incumben en la medida que pueden ser aplicados en circunstancias jurídicas internacionalizadas.

Aunque estos principios son identificados como una «fuente no estatal» (BUCHER, p. 86), también estos pueden ser descritos como una suerte de *elemento común* entre las tradiciones jurídicas y los ordenamientos estatales, en la medida que en ellos convergen aspectos o ideales de justicia que desconocen la noción de frontera como, por ejemplo, la buena fe.

Descritos algunas veces como *Derecho no estatal*, estos principios son también asumidos por el legislador. Por ejemplo, el Código Civil español precisa: «Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho» (artículo 1.1).

En la actualidad, no es raro ver que las partes de un contrato internacional decidan someterse a los principios generales del Derecho, como tampoco es raro la aplicabilidad de los *Principios Unidroit sobre los contratos mercantiles internacionales*, los cuales no son ni Derecho estatal ni Derecho internacional convencional, pero los cuales son aplicables «cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del Derecho, la “lex mercatoria” o expresiones semejantes».

En la práctica, estos principios pueden ser aplicados por los jueces y los árbitros, bien porque forman parte de un ordenamiento interno, por vo-

luntad de las partes o por iniciativa ante lagunas o defectos de la norma escrita.

2.5. *Lex mercatoria*

Por su parte, la *lex mercatoria*, como expresión normativa de los actores del comercio, amerita ser considerada entre las fuentes no estatales y, en tanto fuente no estatal, no es raro encontrarnos con un criterio según el cual la *lex mercatoria* es identificada como *soft law*.

2.6. *La jurisprudencia*

Como es sabido, el valor de la jurisprudencia como precedente en la tradición continental no es el mismo que en el *common law*. En esta línea, como el profesor Erik JAYME anotó en una de sus cinco intervenciones en la Academia de Derecho Internacional de La Haya:

Si nos fijamos en las fuentes del Derecho internacional privado, encontraremos codificaciones en el mundo del Derecho civil y reglas hechas por jueces en los países del *common law* que se han convertido en «reglas de letra negra» en los libros de texto en inglés o en el Restatement del American Law Institute. (JAYME, p. 25)

Sin duda que el precedente judicial es una fuente importante para el DI-PRiv. Sin embargo, como bien advierte el profesor Michael Bogdan, hay que tener presente que «a pesar de sus innegables particulares características, las normas de Derecho internacional privado del país del foro son, en principio, parte de su ordenamiento jurídico y, por lo tanto, están sujetas a su jerarquía de fuentes jurídicas». En este sentido, es interesante retener precisamente que la ley «del país del foro también decide si las decisiones judiciales sobre cuestiones de Derecho internacional privado crean precedentes vinculantes para los tribunales en casos futuros» (BOGDAN, p. 31). Y, en consecuencia, en macroperpectiva, es decir pensando en los más de doscientos Estados de nuestra Comunidad interna-

cional, el valor de la jurisprudencia puede estar limitado por un Derecho interno

Por otro lado, cabe citar la jurisprudencia que aparece en el marco de los tribunales internacionales. La jurisprudencia de los tribunales internacionales puede reflejar la evolución de los temas pertinentes en el marco del DIPriv en tanto que la disciplina aborda cada vez más temas y temas cada vez más complejos. En este sentido, resulta interesante la descripción que hace el profesor Yves Lequette en tanto que:

[...] la jurisprudencia ha cobrado nueva vitalidad debido a la importancia que han adquirido algunas jurisdicciones supranacionales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con sede en Estrasburgo y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con sede en Luxemburgo. (LEQUETE, p. 27).

Esta afirmación queda patente, por ejemplo, en materia de familia con la conocida sentencia del TEDH de 16 de junio de 1979 sobre el asunto *Marckx c. Bélgica*, en tanto que este tribunal El Tribunal indicó que, en el marco del artículo 8 del Convenio de Roma de 1950, no cabe distinguir entre la familia legítima y la familia ilegítima, dado que «tal distinción no estaría en consonancia con la palabra “todos”» del artículo 14 que prohíbe, «en el disfrute de los derechos y libertades consagrados en la Convención, la discriminación basada en el “nacimiento”».

3. Las fuentes del Derecho internacional privado como una materia de constante preocupación

Cabe decir que el estudio de las fuentes del DIPriv ha sido y es una cuestión que llama la atención desde antaño. Simplemente como ejemplo, en 1931, en uno de sus tres cursos en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, el profesor Alexandre Nikolaevitch Makarov resumía lo siguiente: «Les efforts tentés de nos jours en vue de fonder le droit international privé sur des sources vraiment internationales sont considérables» (MAKAROV, p. 477).

Autor: Jorge Luis Collantes
(Doctor en Derecho, UPVF, Francia.
Miembro del ICAB, Barcelona)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BOGDAN, Michael. «Private International Law As Component of the Law of the Forum», *The Pocket Books of the Hague Academy of International Law*, 2012; BUCHER, Andreas. «La dimension sociale du droit international privé», *RCADI*, vol. 341, 2009, pp. 9-526; CARREAU, Dominique y MARRELA, Frabrizio. *Droit international*, París, Pedone, 2012; JAYME, Erik. «Narrative Norms in Private International Law. The Example of Art Law», *RCADI*, vol. 375, 2015, pp. 9-52; LEQUETTE, Yves. «Les mutations du droit international privé: vers un changement de paradigme? Cours général de droit international privé», *RCADI*, vol. 387, 2018, pp. 9-644; MAKAROV, A. «Conception du droit international privé d'après la doctrine et la pratique russes (U.R.S.S.)», *RCADI*, vol. 35, 1931, pp. 473-604; SCOTTI, Luciana. «Diálogo de fuentes las normas regionales del Mercosur y las nuevas disposiciones del Derecho internacional privado argentino», *Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão*, vol. 4, n.º 7, 2016, pp. 152-184; UGAZ, Mauro. «Negociación colectiva internacional», *Foro Jurídico*, 2006, pp. 29-40; WOLMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*, Dykinson, Madrid, 2018.

G

GÉNERO (CUESTIONES DE, EN EL DIPRIV.)

1. Concepto

La disciplina de DIPr. se caracteriza por notas de peculiaridad (internacionalidad de uno de sus componentes) y, sin embargo, se configura

como profundamente conservadora a la hora de modificar sus disposiciones con una visión de género, salvo ciertas excepciones, como ocurrió con la modificación del ahora derogado artículo 107.2 del Código Civil. La finalidad de aquella reforma se sustentó en solventar los problemas que encontraban ciertas mujeres extranjeras, fundamentalmente de origen musulmán, que solicitaban la separación o el divorcio (ADAM MUÑOZ, p. 79).

El recelo del legislador a descomponer los principios que tantos años ha tardado en consensuar, por el posible temor a que se pueda tambalear todo el sistema, dificulta la construcción de la perspectiva de género en DIPr. Ello no ocurre de manera aislada propiamente en esta disciplina, sino que como apunta un sector de la doctrina internacionalista *sucede en todas las capas del Derecho Internacional, en sus normas o en sus estructuras retóricas* (FORCADA BARONA, p. 253).

A partir de la Conferencia Mundial sobre las Mujeres (Beijing, 1995) es cuando se introduce el principio de transversalidad de género, que significó que debía ser considerada con el objetivo que hombres y mujeres se beneficien por igual y la desigualdad no se perpetúe. Ello obliga a aplicar la metodología de género como *corriente trascendental en todos los sectores del sistema jurídico* (LOUSADA AROCHENA, p. 1821). Tal y como demanda las diferentes normativas internacionales al respecto, es necesaria la incorporación del principio de la transversalidad de género en el DIPr., para analizar la realidad, diagnosticarla y buscar alternativas inclusivas de todos los seres humanos. En consecuencia, las técnicas del DIPr. no deben escapar a este principio, *que pone en tela de juicio la racionalidad, objetividad y neutralidad del método* (GIL RUIZ, p. 1441; RUBIO CASTRO, p. 44; SMART, p. 167).

La incorporación de la perspectiva de género debe penetrar a todas las estructuras jurídicas y a la mentalidad de los operadores e invitar a un compromiso efectivo por parte de los poderes estatales de ámbito nacional e internacional. Por muy correctos que sean los esfuerzos legisla-

tivos están abocados al fracaso si no se revisan categorías jurídico-científicas para incorporar el principio de transversalidad de género. Y esta revisión compele a las categorías dogmáticas de la doctrina científica del DIPr.

La aplicación de la perspectiva de género en la regulación del DIPr. puede resultar novedosa, sin embargo, lo que supone es un compromiso con la igualdad efectiva para intentar corregir los desequilibrios aun persistentes. Esta visión debe remover los principios que informan las soluciones de DIPr., por lo que se requiere un «caleidoscopio de género» (RUIZ SUTIL, p. 247) para detectar las distintas formas de operar que tiene la discriminación de género y la interseccionalidad de factores estructurales y sistémicos propios de la mezcla de culturas, países, religiones, junto al pluralismo legislativo que rodea las situaciones privadas internacionales.

Existe un convencimiento firme de que la disciplina del DIPr. no puede quedar inmutable al principio de *gender mainstreaming*, como *otra forma de hacer Derecho, de hacer política y también otro modelo de ciudadanía, inclusivo de todos los seres humanos en sus diferencias* (FACIO MONTEJO, p.125) y *superando la visión moderna excluyente del sujeto de Derecho* (GIL RUIZ, p. 12).

2. *Transversalidad de género en el DIPr.*

La disciplina del DIPr. no puede quedar aislada de la astuta lente de la teoría feminista, ya que está necesitada de repensar las situaciones transnacionales, donde la transversalidad de género sirva para *potenciar la igualdad y para corregir las desigualdades y hacerlas visibles a los ojos de una sociedad poco acostumbrada a reconocerlas* (GIL RUIZ). Pese al desarrollo de estándares internacionales y académicos en la materia, aún no se entiende la trascendencia de esta perspectiva que enriquecería la disciplina del DIPr. y contribuiría a la lucha contra la discriminación por razón de sexo. Una parte minoritaria de la doctrina internacional española viene visibilizando la problemática que encuentran las mujeres en determinadas si-

tuaciones privadas con elemento de extranjero (RUIZ SUTIL, ADAM MUÑOZ). A tal fin, existe una propuesta doctrinal basada en articular un *sistema de DIPr. de la mujer que, a semejanza del DIPr. de los menores, se preocupe por salvaguardar su «mejor interés», consistente en que su dignidad sea respetada en todos los ámbitos de su vida privada y familiar* (VAQUERO LÓPEZ, p. 440).

En el ámbito del DIPr. español se han producido importantes avances en el desarrollo del principio de no discriminación por razón de sexo, lo que permitió superar las tradicionales discriminaciones que colocaban a las mujeres en una situación de subordinación y de dependencia. Sobre la base de este mandato, se suprimieron puntos de conexión improcedentes que llevaban a aplicar la ley nacional del marido o del padre; se reconoció una autonomía conflictual limitada en materia de Derecho de familia y sucesiones, favoreciendo el libre desarrollo de la personalidad de hombres y de mujeres o, incluso, se concibió soluciones a los divorcios de mujeres extranjeras que quedaban sometidas a sistemas que desconocen el principio de igualdad. Y es que nuestras propias normas de DIPr. pueden conducir a la aplicación de un Derecho foráneo que sea discriminatorio por razón de género. Ejemplo de ello pueden ser las instituciones o normas emanadas de los diferentes sistemas jurídicos musulmanes, como el impedimento religioso para contraer matrimonio, que implica que la mujer musulmana únicamente pueda casarse con un musulmán o ciertos tipos de repudio, como el *Khol*, que discriminan a la cónyuge. Pese que la igualdad es un valor supremo de nuestro ordenamiento jurídico y protegido en el ámbito de las relaciones privadas internacionales, en situaciones en las que la mujer suele ser la gran perjudicada se requiere un análisis *in casu* de los intereses en juego que garantice la consecución de la justicia material. Por ello, consideramos obligatorio que el principio del *gender mainstreaming* transgreda a las relaciones privadas internacionales, con la finalidad de *tomar en consideración las necesidades reales de la mujer y tener en consideración su libertad personal* (VALPUESTA FERNÁNDEZ, p. 341).

Debemos tener presente que el DIPr. podría emprender la tarea de incorporar la violencia contra las mujeres, tanto en sus técnicas como en sus respuestas. Nos enfrentamos con uno de los mayores problemas que afectan nuestras sociedades, el de la violencia de género, que constituye una grave violación a los derechos humanos reconocida por Naciones Unidas, por la UE o por el Consejo de Europa. Precisamente, esta última organización regional ha dado alcance al Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (en adelante, Convenio de Estambul), texto que establece las normas más importantes a nivel internacional en materia de violencia contra las mujeres.

Por otra parte, nos llama la atención que en los textos de DIPr. de familia emanados por la UE no se haga alusión a la violencia de género, lo que contrasta con la larga historia europea que aborda la discriminación contra las mujeres. Esta falta de adaptación del sistema de DIPr. al principio del *gender mainstreaming* se advierte, por ejemplo, en la determinación del tribunal internacionalmente competente para conocer de las demandas de divorcio originadas por situaciones de violencia de género y que tienen a una mujer como protagonista. El artículo 3 del Reglamento (UE) 2019/1111 del consejo de 25 de junio de 2019, con idéntica redacción del vigente Reglamento (CE) 2201/2003, contempla una distribución de competencias entre los jueces de distintos Estados miembros para conocer de los referidos litigios. Sin embargo, en el contexto de la violencia machista, estos foros alternativos proporcionan al demandante maltratador un poder para la elección de la autoridad judicial acorde con sus intereses, lo que puede llevar a un resultado inextricable en escenarios de violencia de género. A la luz de lo contenido en el Convenio de Estambul, y en pro de la igualdad de género, se podrían propugnar diferentes soluciones que las recogidas en la actualidad (RUIZ SUTIL, pp. 9-10).

Otra cuestión de DIPr. necesitada de la incorporación de la perspectiva de género es la sustracción internacional de menores originada por mujeres que abandonan el país en el que reside con su descendencia, fuga motivada por la violencia machista sufrida. El reto del principio del *gender mainstreaming* exige dar un paso definitivo para su integración en de los textos existentes sobre sustracción internacional de los y las menores, ya que no ha recibido encaje adecuado cuando se vive un contexto de violencia de género. Sin embargo, este debate solo ha alcanzado interés en la interpretación de la excepción de riesgo grave del artículo 13 CLH 1980 para fundamentar la causa de oposición al retorno o, en su caso, un regreso más seguro (CUARTERO RUBIO, ESPINOSA CALABUIG; MARTÍNEZ CALVO y SÁNCHEZ CANO; MORENO CORDERO, REIG FABADO; REQUEJO ISIDRO), esquivando la reforma ineludible que incluya *la transversalidad del género en los textos internacionales referidos a la sustracción internacional de menores* (RUIZ SUTIL, 615).

Por último, se está abriendo el debate para apreciar reglas de DIPr. y resultados diferentes en decisiones judiciales que afecten a menores y responsabilidad parental, al advertir que es frecuente que abuelos se impliquen en el cuidado de sus nietos, convirtiéndose en verdaderos cuidadores temporales de aquellos. En tales circunstancias, su ejercicio peligra particularmente, sobre todo, en los supuestos donde el menor vive inmerso en la violencia de género. A menudo, las abuelas o abuelos son «criminalizados» por las actuaciones llevadas a cabo por su hijo en el entorno de la violencia machista, negándoles el derecho a ver y a relacionarse con sus nietos. Por ello, resultará significativo que tanto en los litigios transnacionales de responsabilidad parental como en el ámbito del reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales dictadas en Estados miembros de la UE se tenga en cuenta el interés supremo del menor en contextos de violencia de género (MARCHAL ESCALONA).

3. *Enfoque de género en las migraciones voluntarias y forzadas*

Las mujeres tradicionalmente han representado en los movimientos migratorios y de refugiados un papel relevante, lo que ha provocado que se denomine como la «feminización de la migración internacional». Precisamente, *Naciones Unidas afirma que tanto en la movilidad humana en general, como en las experiencias migratorias y de refugio en particular, se muestra un incremento de los flujos de mujeres y niñas* (PAIEWONSKY, p. 4). Sin embargo, la falta de incorporación de la mirada de género en los estudios de los movimientos migratorios de las mujeres como sujetos activos y de los factores específicos que las obligan a migrar o desplazarse forzosamente, se traduce en *la elaboración de teorías migratorias incorrectas, al dejar atrás a la otra mitad de la humanidad, las mujeres, que también es sujeto activo en estas migraciones* (COLLANTES SÁNCHEZ, p. 99).

Tanto en la legislación de protección internacional, como la de extranjería, incluso la normativa de nacionalidad española (LARA AGUADO, pp. 377-278), quedan necesitadas de la incorporación de la visión de género. Precisamente, el derecho de extranjería español se ha ocupado de las situaciones de discriminación de las mujeres inmigrantes víctimas de la violencia de género, que, independientemente de su situación administrativa, se han reconocido los derechos de LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género y las medidas de protección y seguridad establecidas para esta víctimas en la legislación vigente. A la extranjera víctima de violencia de género en situación irregular en España se le otorga una residencia legal (artículo 31 bis de la Ley de extranjería), una vez que denuncia y obtiene una sentencia condenatoria del delito. Sin embargo, los efectos de la autorización de residencia legal alcanzan únicamente al territorio español. En consecuencia, sería *necesario forjar un estatuto jurídico en el marco de la UE que garantice el ejercicio de la movilidad intraeuropea de dichas víctimas, en conexión con respuestas otorgadas en instrumentos europeos de reconocimiento mutuo de resoluciones penales (Orden Europea de Protección o Certificado civil) y en consonancia con otras*

categorías especiales que reglamentan la residencia y el trabajo en otro Estado miembro de ciertos trabajadores extracomunitarios (RUIZ SUTIL, p. 5).

Otro de los ejemplos que ilustran la falta de incorporación de la perspectiva de género es en la validez de la *kafala* planteada en los procesos migratorios de la persona extranjera menor de edad. Llama la atención el *protagonismo adquirido por la mujer kafala residente en nuestro país, en especial la tía o hermana del kafalado, a la que se fuerza a iniciar un procedimiento de protección de un menor extranjero para superar las férreas medidas de control de los flujos migratorios. Y es que el Islam asigna a las mujeres la primordial misión de cuidar a sus familias, aunque, en esta ocasión, se convierten en indispensables para que la kafala despliegue sus efectos en España* (RUIZ SUTIL, p. 154). La falta de prisma de género hace que pase inadvertido *el fenómeno denominado como «les petites bonnes»* (DIAGO DIAGO, p. 147), donde las niñas menores *fakaladas* que llegan a España acaban trabajando como empleadas del hogar (BARRAO, p. 154).

La lucha contra la violencia contra la mujer no puede dejar atrás al colectivo de extranjeras víctimas tratadas y explotadas con violencia sexual, otra manifestación más de la violencia sobre la mujer. La trata de personas es un crimen que no es neutral en términos de género: afecta a las mujeres de manera desproporcionada, no solo por registrar la mayor parte de las víctimas, sino porque las formas de explotación a las que son sometidas suelen ser las más severas, especialmente la trata con fines de explotación sexual. A fin de conseguir la mayor eficacia en la aplicación de normativa dedicada a la protección de estas víctimas y que tienen una situación administrativa irregular (artículo 59 bis de la Ley de extranjería), se aprobó el Protocolo Marco de Protección de las Víctimas de Trata de Seres Humanos, que implican a las diferentes administraciones y establece mecanismos de coordinación con organizaciones de experiencia acreditada en la asistencia a estas víctimas (LARA AGUADO, p. 133). En estos momentos, el Ministerio de Igualdad acaba de iniciar sus trabajos para la elaboración de una Ley Integral Contra la Trata, norma-

tiva esperada en España para intentar aunar esfuerzos en la supresión de esta forma cruel de violencia de género.

Asimismo, existen un grupo importante de mujeres extranjeras víctimas de las diferentes formas de violencia de género que tienen derecho a solicitar el reconocimiento de protección internacional, gracias al artículo 7.1.e) párrafo segundo de la Ley 12/2009 reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. Si estas víctimas que salieron huyendo de su país de origen por motivos de género y tienen un temor fundado a sufrir persecución si allí regresaran, pueden ser amparadas por el sistema español de protección internacional. Dicha cuestión, desde nuestro punto de vista, se convierte en uno de los principales retos que afronta la UE y a España, consistente en regular la institución del asilo de manera eficaz y sensible al género. *La presencia de las mujeres en las migraciones forzadas, la sobrerrepresentación de la mujer en el pobreza, las múltiples formas de violencia que afectan mayoritariamente a mujeres en todos los ámbitos de la vida y la persecución a que pueden ser sometidas por su condición de mujer, nos lleva a requerir la incorporación de la perspectiva de género en los procedimientos de asilo y refugio en los que se vean implicadas* (RUIZ SUTIL, p. 320).

En definitiva, en la legislación española restan reformas por acometer a la luz del Convenio de Estambul, pues en el capítulo VII y bajo el epígrafe «Migración y asilo», se debe garantizar los derechos de las mujeres extranjeras víctimas de las violencias de género en todas sus formas.

*Autora: Carmen Ruiz Sutil
(Profesora titular de Derecho Internacional Privado,
Universidad de Granada)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ADAM MUÑOZ, M.^a Dolores. «La modificación del artículo 107 del Código Civil y su incidencia en cuanto a la protección del derecho a la no discriminación por razón del sexo», *Revista de Estudios de Ciencias Sociales y Humanidades*, 2004, n.º 11, 2004, pp. 79-87; ID. *La mutilación genital femenina y sus posibles soluciones desde*

la perspectiva del Derecho internacional privado, Córdoba, Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2004; *ID. La protección de los derechos de las mujeres en una sociedad multicultural*, Córdoba, Publicaciones de la Universidad de Córdoba, 2001; AZCÁRRAGA MONZONÍS, Carmen. «La mujer inmigrante en la extranjería y el asilo», en VERDERA IZQUIERDO, Beatriz. (dir.). *El principio de igualdad ante el Derecho privado: una visión multidisciplinar*, Madrid, Dykinson, 2013, pp. 237-262; BANU, Roxana. «A relational feminist approach to conflict of laws», *Michigan Journal of Gender and Law*, 2017, vol. 24, issue 1, pp. 1-52; BARRAUD, Émilie. «L'adoption au prisme du genre: l'exemple du Maghreb», *Revue Clio. Femmes, Genre, Histoire, Liens familiaux*, 2011, n.º 34, pp. 153-165; COLLANTES SANCHEZ, Beatriz. «La invisibilización de las mujeres en los estudios de los procesos migratorios», *Trocadero*, 2018, n.º 30, pp. 94-101, en <https://doi.org/10.25267/Trocadero.2018.i30.06>; CUARTERO RUBIO, M.ª Victoria. «La protección internacional de los derechos de las mujeres», en SUÁREZ OJEDA, Magdalena (coord.). *Género y mujer desde una perspectiva multidisciplinar*, Madrid, Edit. Fundamentos, 2012, pp. 443-448; *ID.* «La alegación de violencia doméstica en el proceso de restitución internacional de menores», en MARTÍN LÓPEZ, M.ª Teresa y VELASCO RETAMOSAS, José Manuel (coords.). *La igualdad de género desde la perspectiva social, jurídica y económica*, 2014, Pamplona, Civitas, pp. 74-101; DIAGO DIAGO, M.ª Pilar. «La kafala islámica en España», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, vol. 2, n.º 1, pp. 140-16; FACIO MONTEJO, Alda. *Cuando el Género suena, cambios trae. (Una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*, San José (Costa Rica), Ilanud, 1999; ESPINOSA CALABUIG, Rosario. «La (olvidada) perspectiva de género en el Derecho internacional privado», *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, 2019, n.º 3, pp. 36-57; FERNÁNDEZ PÉREZ, Ana. «La inclusión de la perspectiva de género en el Derecho internacional privado», en MARTÍN LÓPEZ, M.ª Teresa (coord.). *La igualdad de género desde la perspectiva social, jurídica y económica*, Madrid, Civitas, 2014, pp. 365-38; FORCADA BARONA, Ignacio. «¿Está contribuyendo la teoría jurídica feminista al desarrollo de un Derecho internacional democrático y participativo?», en GALLEGO DURÁN, Mar (coord.). *Género, ciudadanía y globalización*, vol. I, 2009, Alfar, Sevilla,

pp. 253-288; GIL RUIZ, Juana María. *Las nuevas técnicas legislativas en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 12-13; ID. «Los Informes de Evaluación de Impacto de Género (IEIG) como garantía del *gender mainstreaming* y su incidencia en la normativa y jurisprudencia española», *Revista Vasca de Administración Pública (RVAP)*, 2012, vol. 92, pp. 17-55; ID. «Nuevos instrumentos vinculantes para una ciencia de la legislación renovada: impacto normativo y de género», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2013, n.º 47, pp. 15-42; ID. «La filosofía del Derecho: entre un nuevo Derecho amenazado y una ciencia jurídica desfasada», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 2014, tomo XXX, pp. 241-270; ID. «La violencia institucional de género», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 2014, n.º 48, pp. 9-16; ID. «La mujer del discurso jurídico: una aportación desde la teoría crítica del Derecho», *Quaestio Iuris*, 2015, vol. 8, n.º 3, pp. 1441-1480; LARA AGUADO, Ángeles. «Adquisición por mujeres marroquíes de la nacionalidad española por residencia», en RUIZ SUTIL, Carmen y RUEDA VALDIVIA, Ricardo (coords.). *La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España*, Sevilla, Instituto Andaluz de la Mujer, 2008, pp. 365-392; ID. «Violencia contra la mujer extranjera y trata desde la perspectiva de género», en GIL RUIZ, Juana María (ed.). *El Convenio de Estambul como marco de Derecho antidisriminatorio*, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 101-133; LOUSADA AROCHENA, José Fernando. «El informe sobre el impacto de género en la elaboración de la normativa», *La Ley*, n.º 6092, 23 de septiembre de 2004, pp. 1821-1826; MANTILLA FALCÓN, Julissa. «Derecho y perspectiva de género: un encuentro necesario», *Vox Iuris*, n.º 2, vol. 32, 2016, pp. 117-125; MARCHAL ESCALONA, «La *kafala*, ciudadanía de la unión y los derechos fundamentales del menor de Estrasburgo a Luxemburgo», *La Ley Unión Europea*, 2019, n.º 71, 2019; ID. «Retos de la Unión Europea en la regulación del derecho de los abuelos a relacionarse con sus nietos y nietas en un contexto de violencia de género», *Migraciones y pandemia global: infancia, juventud migrante y otras personas vulnerables*, Aranzadi, (en prensa); MARTÍNEZ CALVO, Javier y SÁNCHEZ CANO, M.ª Jesús. «Estudio jurídico del caso de Juana Rivas y Francesco Arcuri desde la perspectiva del Derecho internacional privado y del Derecho civil», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, n.º 1, marzo 2020,

pp. 728-765; MORENO CORDERO, Gisela. «La violencia machista en el secuestro internacional de menores intracomunitario: su tratamiento en la jurisprudencia española», *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*, 2018, n.º 8, pp. 1-15; *ID.* «Las medidas de protección como garantía para un retorno seguro del menor sustraído o retenido ilícitamente: tensiones entre el grave riesgo y el interés superior del menor», en GARCÍA GARNICA, María del Carmen y MARCHAL ESCALONA, Nuria (dirs.). *Aproximación interdisciplinar a los retos actuales de protección de la infancia dentro y fuera de la familia*, Cizur Menor, Thomson-Reuters, Aranzadi, 2019, pp. 607-632; AIEWONSKY, Denise. *Feminización de la migración*, Santo Domingo, Instituto Internacional de Investigaciones y Capacitación de las Naciones Unidas para la Promoción de la Mujer (Instraw), 2007; REQUEJO ISIDRO, Marta. «Secuestro de menores y violencia de género en la Unión Europea», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2006, tomo VI, pp. 179-194; REIG FABADO, Isabel. «El traslado ilícito de menores en la Unión Europea: retorno *vs* violencia familiar o doméstica», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2018, vol. 10, n.º 1, pp. 610-619; RUBIO CASTRO, Ana. «Los efectos jurídicos del *soft law* en materia de igualdad efectiva. La experiencia española», *AFD*, 2014 (XXX), pp. 37-68; RUIZ SUTIL, Carmen. «La movilidad intra-europea de las mujeres extranjeras irregulares víctimas de la violencia intrafamiliar: carencia de igualdad de género en la normativa de la Unión Europea». *La Ley Unión Europea*, n.º 83, 2020, pp. 1-29; *ID.* «Implementación del Convenio de Estambul en la refundición del Reglamento Bruselas II Bis y su repercusión en la sustracción internacional de menores», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, n.º 2, 2018, pp. 615-641; *ID.* «El enfoque de género en las sustracción internacional de menores», *El Convenio de Estambul como marco de Derecho antidisriminatorio*, GIL RUIZ, Juana María (ed.), Madrid, Dykinson, 2018, pp. 247-278; *ID.* «La técnica legal del “Hilo de Ariadna” en la protección internacional para la esclava de la trata», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2015, vol. 7, n.º 2, 2015, pp. 320-344; *ID.* «Comentario al artículo 31bis de la Ley de Extranjería y su Reglamento», en CAVAS MARTÍNEZ, Faustino (dir.). *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento*, Cizur Menor, Aranzadi, 2011, pp.

517-529; *ID.* «La disolución del vínculo familiar de la extranjería musulmana y la posible pérdida de su estatus jurídico desde el Derecho de extranjería», *Islam: pasado, presente y futuro ¿Hacia una sociedad intercultural*, Madrid, Dykinson, 2016, pp. 147-164; *ID.* «La mujer *kafala* y la recepción de la *kafala* marroquí en el ordenamiento jurídico español», *Clepsydra: Revista de Estudios de Género y Teoría Feminista*, 2017, n.º 16, pp. 145-166; RUIZ SUTIL, Carmen y RUEDA VALDIVIA, Ricardo (coords.). *La situación jurídico-familiar de la mujer marroquí en España*, Sevilla, Junta de Andalucía, 2008; SALES PALLARÉS, Lorena y MARULLO, Chiara. «Una trilogía inacabada: menores, violencia de género y secuestro interparental», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2019-2020, tomo XIX-XX, pp. 163-185; TOLEDO LARREA, Juana y ADAM MUÑOZ, M.^a Dolores. «La relevancia del Derecho internacional privado en relación con las mujeres extranjeras víctimas de violencia doméstica», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 41, 2016, pp. 81-134; SMART, Carol. «La mujer del discurso jurídico», en LARRAURI, Elena (coord.). *Mujeres, Derecho Penal y criminología*, Madrid, Siglo XXI, 1994, pp. 167-189; VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario. «El derecho de familia desde una perspectiva de género», *Iguals y diferentes ante el Derecho privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 321-357.

VOCABLOS CONEXOS: Conflicto de leyes. Derecho aplicable. Derecho extranjero. Derecho internacional privado. Divorcio. Filiación. Herencia. *Kafala*. Ley aplicable. Ley personal. Matrimonio. Nacionalidad. Normas de conflicto. Orden público internacional. Patria potestad. Sus-tracción internacional de menores.

GEOBLOCKING

1. Definición de geoblocking

En el escenario global de un mundo digitalizado en el que operan las nuevas tecnologías adquiere una especial importancia la denominada

geoeconómica, concepto complejo en el que la supervivencia del Estado y su integridad territorial está condicionada más que por factores externos, por la cohesión social y la capacidad para mantener su competencia económica. La geoeconomía se diferencia de la geopolítica en que esta se centra en la incidencia en la política de aspectos geográficos y de seguridad, mientras que la geoeconomía pone su centro en el impacto de las actividades económicas de los Estados desde una perspectiva territorial.

Dicho de otro modo, la geoeconomía es una parte de la geopolítica que nos permite analizar el sistema internacional y el comportamiento de los actores (públicos y privados) desde la perspectiva de los intereses económicos. El actor principal en la geopolítica es el Estado-nación, mientras que en la perspectiva geoeconómica comparte escenario con los actores privados con quien se disputa el protagonismo.

Ante el escenario que nos muestra la geoeconomía han surgido respuestas por parte de los Estados a través de herramientas que permiten preservar los intereses de las empresas que actúan a nivel global minimizando el impacto sobre los derechos de los consumidores que han calificado estas barreras de atentado contra el mercado único digital.

Uno de estos mecanismos es el denominado *geoblocking* entendido como la acción de bloquear el acceso a los servicios y/o la oferta de productos en función del origen geográfico del usuario/cliente, ya sea redirigiendo a los usuarios a webs locales o, simplemente, restringiendo el acceso a su catálogo de productos y/o condicionando el precio de venta.

El *geoblocking* supone por tanto una restricción del acceso al contenido en Internet en función de la ubicación física del usuario en un territorio (geolocalización) bien a través de la identificación de la conexión a Internet (Protocolo IPv4 v. IPv6), la identificación del dispositivo (por ejemplo la huella digital EFF) o la vinculación de actos particulares en Internet a un usuario concreto (basado en direcciones IP v. en una

combinación de información que incluye, por ejemplo, señales wifi y GPS). Esto provoca automáticamente la segmentación del mercado y por tanto un grave atentado contra la liberalización del comercio y los servicios que se ofrecen a nivel global.

Su carácter limitativo ha sido objeto de críticas dado que el control territorial que propone es por naturaleza contraria al mercado liberalizado que propugna Internet. Al mismo tiempo son cada vez más los usuarios que intentan esquivar su aplicación, por lo que son mayores los costes que suponen la creación de mecanismos que aseguran el cumplimiento normativo por parte de las unidades territoriales. Es por esta razón que los Estados intentan minimizar las normas restrictivas que consideran inútiles o fáciles de esquivar por parte de los usuarios. Un ejemplo se dio en el litigio planteado ante los tribunales de Nueva Zelanda sobre el producto Bypass GlobalMode, como «solución de desbloqueo geográfico» para los ISP, que se resolvió en junio de 2015. A pesar de que no se obtuvo una guía sobre los límites del *geoblocking* en Nueva Zelanda, el resultado práctico fue la promesa de retirar la herramienta para evitar este tipo de medidas en el mercado de Nueva Zelanda.

Sin embargo el *geoblocking* es defendido por aquellos que consideran que su existencia anima a los operadores económicos a diversificar la oferta en Internet en la seguridad de que sus derechos están protegidos, dicho de otro modo, el *geoblocking* permite que el contenido esté disponible donde sea legal a través de un sistema de licencias con alcance territorial. Por ejemplo los juegos de apuestas en líneas o los derechos de autor, son áreas sensibles de regulación que necesitan este tipo de protección territorial para poder operar.

En definitiva, la única manera de que el *geoblocking* sea aceptado por los operadores económicos es justificando su utilidad, demostrando que en el momento actual es necesario controlar el mercado dada la existencia de normas territoriales que obligan a limitar determinadas compraventas y servicios.

2. *Sistemas de aceptación del geoblocking*

Los criterios que permiten aceptar el *geoblocking* y por tanto a ser admitido dentro de las unidades territoriales se pueden clasificar de la siguiente forma.

2.1. *Normativas territoriales para controlar el geoblocking*

En este caso el *geoblocking* surge como una herramienta que permite legalizar la segmentación del espacio económico digitalizado justificando su actuación a través de normativas que bloquean el acceso libre a determinadas actividades con base en criterios razonables. Por ello para que el *geoblocking* sea aceptado por los operadores económicos se tienen que dar las siguientes condiciones:

2.1.1. *Que sea aceptado como una herramienta de regulación y cumplimiento de las normas imperativas establecidas por los Estados*

Por ejemplo, nadie va a cuestionar la prohibición de la compra de armas por parte de una persona residente en España a través de una web de una empresa sita en Estados Unidos, país donde la venta de armas es legal.

Aunque se intenta cumplir con estas condiciones, existe una protesta generalizada que critica la aplicación del *geoblocking* por considerar que este mecanismo es utilizado para personalizar la localización de servicios y de publicidad utilizando un idioma concreto o diferenciando la política de precios de forma discriminatoria dependiendo del espacio geográfico al que se dirija el empresario.

2.1.2. *Que sea considerado como un medio válido para cumplir con las leyes que crean derechos y responsabilidades con límites territoriales*

Por ejemplo, los reguladores del juego en línea en algunas jurisdicciones requieren que sus licenciarios utilicen herramientas de *geoblocking* para permitir a los usuarios acceder al contenido solo dentro de las jurisdicciones donde el juego en línea es legal. En este sentido los tribunales alemanes de pronunciaron a favor del *geoblocking* como una herramienta lo suficientemente fiable para cumplir con las limitaciones territoriales establecidas por la ley para el juego en línea (ver la Oberlandesgericht Münster, 13 B 775/09, 3 December 2009; Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen, 13 B 646/10, 2 July 2010; Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen, 13 B 676/10, 13, July 2010).

Tal como sugieren estas decisiones judiciales, el *geoblocking* puede ser reconocido por los tribunales como la herramienta de cumplimiento indispensable para respetar las normas territoriales impuestas por los Estados. Esta interpretación jurisprudencial es importante ya que puede ser considerada una práctica estándar invocada por los actores que actúan en el mercado digital para justificar la restricción territorial en el acceso a los contenidos en internet.

2.1.3. *Que existan cláusulas contractuales que contengan limitaciones territoriales aceptadas por los operadores económicos*

En este sentido el *geoblocking* no obliga a establecer fronteras de carácter estatal, es decir que las partes pueden definir otros límites territoriales completamente diferentes si así lo desean, así por ejemplo en Europa existen normas de carácter regional que afectan al mercado único europeo. Por otro lado las partes pueden incluir cláusulas de *geoblocking* en sus contratos para cumplir con las obligaciones relacionadas con limitaciones territoriales derivadas de la ley. Por ejemplo, cuando un proveedor de contenido posee derechos de autor en algunos países y licencias que solo contengan contenidos para algunos de los países en el que po-

see esos derechos, la licencia puede requerir que el licenciatarario «geobloque» a los usuarios que quieran conectarse desde fuera de los países para los que se expide la licencia. Por ejemplo, si la cadena Antena 3 obtiene una licencia de la RAI para emitir la serie *Tuto puo succedere* podría limitar la licencia al territorio español con el resultado de que Antena 3 evitaría que los usuarios que se conectasen desde fuera de España pudieran ver el programa en su plataforma.

En conclusión por lo general, los Estados esperan que tanto los empresarios como los consumidores respeten las medidas razonables de *geoblocking* que tienen como misión establecer limitaciones territoriales necesarias para el buen funcionamiento del mercado. El ejemplo de una distribución de un libro es ilustrativo: cuando un distribuidor obtiene una licencia para vender copias de un libro en un país, la ley exige que el distribuidor tome medidas razonables para cumplir con la limitación territorial de la licencia. El distribuidor puede comprobar en este sentido la dirección del comprador antes de que se le envíe una copia del libro. La ley no requiere que el distribuidor adjunte datos con relación al transporte, la emisión de una etiqueta de identificación de radiofrecuencia en cada copia o instalar un sistema de vigilancia para controlar el movimiento de cada copia para evitar que estas salgan del territorio del Estado. Si bien el contrato podría en teoría obligar al editor a emplear tales medidas, de incorporarse en la ley, los operadores económicos considerarían todas estas medidas excesivas lo que desmotivaría este tipo de operaciones extraterritoriales. En definitiva las medidas adoptadas deben ser razonables y justificables para ambas partes.

3. *Establecimiento de estándares mínimos aceptados a nivel global*

Otra solución aceptable para justificar el *geoblocking* es la que considera la creación de estándares mínimos aplicados de forma extraterritorial y aceptados por toda la comunidad internacional). La dificultad en este caso consiste en establecer estándares legales mínimos lo suficientemente precisos y adaptados a las necesidades tecnológicas de cada mo-

mento que respete el denominado «principio de neutralidad tecnológica».

El principio de neutralidad tecnológica tiene varias connotaciones dependiendo del contexto en el que se utilice, así, se utiliza para describir la actitud de la Administración Pública en relación con sus proveedores, especialmente proveedores de bienes y servicios informáticos. También se entiende la neutralidad tecnológica como la igualdad de los proveedores frente a la Administración Pública, o a la actitud que debe tomar la Administración Pública respecto de un proveedor, que en el transcurso del tiempo ha adquirido respecto de la Administración Pública una situación privilegiada, y de cuyos productos no podría prescindir sin incurrir en grandes costes. Desde el punto de vista del usuario, o del administrado, y especialmente en el ámbito de la Administración electrónica, la neutralidad tecnológica implica que dicho administrado debe poder dirigirse a la Administración Pública por vías telemáticas sin que le sea impuesta, de facto o explícitamente, ningún tipo de tecnología específica.

En el contexto del *geoblocking* es un término que fue acuñado por la Ley Modelo de la CNUDMI (UNICTRAL) de 1996 al establecer que:

Al incorporar a su Derecho interno los procedimientos prescritos por la Ley Modelo para todo supuesto en el que las partes opten por emplear medios electrónicos de comunicación, un Estado estará creando un entorno legal neutro para todo medio técnicamente viable de comunicación comercial.

Posteriormente, también fue incorporado en el preámbulo de la Directiva Marco 21/2002/CE que regula un marco común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, así como en el articulado de la Directiva 2009/140/CE que lo ha incorporado como un principio básico de regulación de las comunicaciones electrónicas.

Los estándares mínimos deben inspirarse en este principio para evitar efectos discriminatorios en la aplicación de las tecnologías empleadas, así como para favorecer el desarrollo de las TIC. Para C. MARCH, el principio regulador de neutralidad tecnológica debe cumplir cuatro criterios: Discriminación, sostenibilidad, eficiencia y seguridad para el consumidor.

- a) La no discriminación sirve para asegurar una regulación igualitaria y permanente que evite cambios en el marco jurídico en función de la tecnología utilizada para la prestación del servicio. Con ello se evita que se apliquen regímenes reguladores diferentes en función de la tecnología aplicada.
- b) La sostenibilidad se refiere a que la tecnología evoluciona más rápidamente que la regulación. Por ello, las normas empleadas deben ser sostenibles y flexibles para evitar revisiones legales periódicas con el objetivo de adecuarla a los desarrollos tecnológicos constante o a las condiciones del mercado. En definitiva, las normas no tienen que ser estáticas sino lo suficientemente flexibles y dinámicas para evolucionar a la par con el desarrollo tecnológico sin necesidad de continuas revisiones normativas.
- c) A diferencia de la sostenibilidad, la eficiencia de las normas reguladoras no solo requiere la adaptación al desarrollo tecnológico constante, sino que, además, debe hacerlo de forma satisfactoria según se produzcan cambios estructurales en el mercado.
- d) Por último, la exigencia de una regulación tecnológicamente fiable está relacionada con la garantía de certeza y seguridad para el consumidor, independientemente de la tecnología que se utilice para el consumo de servicios o productos.

En definitiva el principio de neutralidad tecnológica está ligado a la obligación de prestar un servicio universal extensible a todas las tecnologías utilizables, dicho de otro modo, el servicio universal estaría garantizado con independencia de la tecnología empleada.

Por ejemplo, en un acuerdo de licencia celebrado entre Sony y Netflix, las partes acordaron un lenguaje muy general según el cual Netflix utilizaría un servicio de geolocalización estándar y un lenguaje que especificara que el servicio de geolocalización empleado debía proporcionar información de la ubicación geográfica basado en registros DNS, bases de datos WHOIS y mapeo de subred de Internet, proporcionando tecnología de detección de geolocalización diseñada para detectar direcciones IP ubicadas en el territorio utilizada por los usuarios registrados fuera del territorio.

No obstante esta solución adolece de elementos que aseguren el cumplimiento de los controles generados por el *geoblocking* debido a que se permite que los usuarios tengan acceso a herramientas fácilmente disponibles para eludir el *geoblocking*.

Por ejemplo, los usuarios utilizan VPN, *Chameleon*, *MyExpatriateNetwork*, o herramientas más complicadas, como Tor, para eludir los controles y acceder a contenido en Internet que de otro modo sería inaccesible para ellos debido a su ubicación.

En este sentido los Estados son conscientes de que hay usuarios que saltan las fronteras aceptando estas fugas digitales como parte del juego. Por ejemplo, los países reconocen una excepción a la ley de propiedad intelectual para pequeñas cantidades de materiales protegidos por derechos de propiedad intelectual que los viajeros llevan en su equipaje para uso personal, de la misma manera que se permiten estas fugas a través de las fronteras nacionales en Internet siendo la pregunta que nos hacemos cuál es el volumen aceptable de fugas que los Estados están dispuestos admitir. La respuesta la dan generalmente los tribunales nacionales en función del caso concreto planteado.

4. Normas para evitar el incumplimiento del geoblocking

A pesar de la excepcionalidad que se ha querido dar al intento de los usuarios para eludir el *geoblocking*, la realidad es que cada vez es más generalizada la manipulación y fácil disponibilidad de VPN, *proxies* y otras herramientas para esquivar el *geoblocking* (lo que sugiere que las evasiones continuas ya no se pueden considerar como una fuga insignificante haciendo que tanto los proveedores de contenido como los Estados cada vez incluyan más disposiciones que prohíban a los usuarios de Internet evadir los controles digitales.

Por ejemplo, la estación de televisión alemana Sat. 1 en sus cláusulas de servicio para el uso de su portal de video en línea incluye una disposición que prohíbe a los usuarios «alterar, evadir o ignorar» las medidas técnicas que usa la estación para limitar territorialmente el acceso al contenido en el portal. Estas medidas van desde la rescisión del contrato hasta la presentación de una demanda contra el usuario por incumplimiento del contrato.

Sin embargo, en ausencia de disposiciones contractuales como la citada, en la actualidad los Estados no tienen medidas lo suficientemente coercitivas para sancionar a los operadores que no respetan el *geoblocking* salvo aquellas que quedan cubiertas con las normas de derechos de autor o las disposiciones sobre medidas tecnológicas de protección o retransmisión de medios audiovisuales.

La cuestión es si los Estados deben apoyar este tipo de legislaciones que segmentan el mercado o si por el contrario deben buscar espacios de armonización normativa para evitar la compartimentación de los mercados internacionales. En esta línea se debe interpretar las denominadas «cláusulas de comercio durmiente» utilizadas en Estados Unidos desde que el gobierno federal tiene el poder y la autoridad para regular el comercio interestatal. Según esta cláusula un Estado no puede promulgar una ley que contradiga, interfiera o sustituya una reglamentación del co-

mercio federal. Su implantación es el resultado de las opiniones judiciales emitidas en varios casos presentados ante la Corte Suprema de Justicia según la cual un Estado no puede impedir el flujo del comercio interestatal admitiendo restricciones o derechos discriminatorios sobre los bienes que circulan entre los Estados. En esta misma dirección se sitúa el «mercado único digital» que defiende la Unión Europea.

En cualquier caso el desarrollo de herramientas legislativas y jurisprudenciales que intentan evitar el *geoblocking* deben ser utilizadas de forma prudente ya que en ocasiones estas herramientas digitales han sido creadas con el propósito de proteger la privacidad y los datos personales así como para garantizar la libertad de expresión y el derecho para acceder a la información que tienen los usuarios.

*Autora: Carmen Parra Rodríguez
(Profesora titular de Derecho Internacional Privado,
Universidad Abat Oliba CEU, Barcelona)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CULLEL MARCH, C. «El principio de neutralidad tecnológica y de servicios en la UE: la liberalización del espectro radioeléctrico», *Revista d' Internet, Dret i Política* (artículo en línea), 2011 (consultado: 5 de jun. 2019); MUIR, J.A. y Oorschot, P. C. (2006). «Internet Geolocation: Evasion and Counterevasion», *ACM Computing Surveys*, pp. 1-23, 2009; GEIST, M. «Nobody's Perfect: Leaked Contract Reveals Sony Requires Netflix to Geo-Block But Acknowledges Technology is Imperfect», 2015, *Michael Geist's blog*, 17 April (en línea). Disponible: <http://www.michaelgeist.ca/2015/04/nobodys-perfect-leaked-contract-reveals-sony-requires-netflix-to-geo-block-butacknowledges-technology-is-imperfect/>. (consultado: 3 de junio de 2019); HILLIARD, C. «Evaluating the Legitimacy of Geo-Location Circumvention in the Context of Technical Protection Measures», *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, vol. 5, n.º 2, pp. 157-182. 2015; KIRK, J. «Geoblocking Question Unresolved After New Zealand Lawsuit Ends», *PCWorld*, 2015, 23 June (en línea). Disponible

<http://www.pcworld.com/article/2939972/geoblocking-question-unresolved-after-new-zealandlawsuit-ends.html> (consultado: 15 may 2019); MENZOTTI, G. «Is geoblocking a real cause for concern in Europe?», *EUI Working Papers, Law* n.º 43, pp.1-23, 2015 (en línea) Disponible: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2728675 (consultado: 5 de jul de 2018); SVANTESSON, D. y JERKER, B. (2004). «Geolocation technologies and other means of placing borders on the 'borderless' Internet», *John Marshall Journal of Computer & Information Law*, vol. XXIII, n.º 1, pp. 101-139; TRIMBLE, M. «The Future of Cybertravel: Legal Implications of the Evasion of Geolocation», *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, vol. 22.3, pp. 567-657, 2012, TRIMBLE, M. «Geoblocking, Technical Standards and the Law», *Scholarly Works*. Paper 947, 2016, pp. 54-63. (en línea). Disponible: <http://scholars.law.unlv.edu/facpub/947> (consultado: 8 de jul. 2019). VAN DER HAAR, I. *Technological Neutrality: What does it entail?*, 2007 (artículo en línea), Universidad de Tilburg, 2007, (en línea). Disponible: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=985260 (consultado: 3 de jun de 2019).

GESTIÓN DE BIENES CULTURALES (EL DIPRIV EN LA)

La gestión de bienes culturales es un ámbito multidisciplinar. En el mercado internacional, cabe distinguir entre los aspectos relativos al tráfico legal de bienes culturales —dado que pueden ser objeto de diversos contratos—, y los mecanismos de restitución de los bienes culturales que han sido objeto de robo y/o exportación ilegal.

1. La gestión de bienes culturales en el mercado internacional

En el ámbito de los contratos que tienen por objeto bienes culturales, surgen relaciones entre vendedores, compradores, intermediarios y ar-

tistas; así como entre quienes prestan obras de arte y quienes las reciben para realizar una exposición de las mismas.

Una segunda vertiente de la gestión de bienes culturales se refiere a la compleja situación que se produce cuando un tercero adquiere un bien cultural sin conocer que se trata de un bien robado o ilegalmente exportado, siendo dicho bien reclamado por el propietario originario y/o por el país de origen del bien.

2. Contratos internacionales que tienen por objeto bienes culturales

Dentro de los diversos contratos que pueden tener por objeto bienes culturales, cabe destacar, por sus peculiaridades, las compraventas a través de casas de subastas. En caso de que los compradores sean profesionales, resulta habitual que en las condiciones de venta se incluya una cláusula de sumisión expresa a los tribunales del lugar de celebración de la subasta. En el ámbito de la Unión Europea, dicha cláusula resulta amparada por el artículo 25 del *Reglamento (CE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*.

También constituye una práctica habitual que las compraventas en subasta se rijan por la Ley del país de celebración de la subasta, incluyéndose en las condiciones de venta la correspondiente cláusula. Esta elección de Ley aplicable encaja en el artículo 3 del *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)*. A ello se añade que, en defecto de elección, el artículo 4.1.g) de dicho Reglamento establece que será aplicable la Ley del país en el que tenga lugar la subasta, en caso de que pueda determinarse tal país.

Si el comprador encaja en el concepto de «consumidor», cabe tener presente que, en el ámbito de la Unión Europea, el Reglamento 1215/2012 permite al consumidor demandar ante los tribunales del lugar de su do-

micilio al profesional (artículo 18.1). A ello se añade que, si se cumplen las condiciones del artículo 6.1 del Reglamento Roma I, la elección de Ley que consta en las condiciones de venta no puede privar al consumidor de la protección que le brindan las normas imperativas de la Ley del país de su residencia habitual (artículo 6.2).

Además de las obligaciones y derechos de los vendedores, compradores y de las casas de subastas, cabe referirse a la figura del derecho de participación de los artistas en la reventa de sus obras de arte gráficas o plásticas, conocido como *droit de suite*. En la Unión Europea, este derecho se encuentra previsto en la *Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de septiembre de 2001, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original* (entre otros, *vid.* BELLANI, CASAS VALLÉS, DÍEZ SOTO, JIMÉNEZ BLANCO, VICENTE DOMINGO; STJUE de 15 abril 2010, asunto C-518/08, ECLI:EU:C:2010:191; STJUE de 26 febrero 2015, asunto C-41/14, ECLI:EU:C:2015:119). Conforme a la Directiva, los artistas tienen derecho a percibir un porcentaje del precio de reventa de sus obras de arte gráficas o plásticas, si se cumplen determinados requisitos, como el relativo a que en el acto de reventa participe un profesional del mercado del arte como vendedor, comprador o intermediario.

En el caso de los préstamos internacionales de bienes culturales, también resulta de interés incluir una cláusula de sumisión expresa y de Ley aplicable (de nuevo, amparadas por el artículo 25 del Reglamento 12125/2012 y por el artículo 3 del Reglamento Roma I). Siendo esencial la protección del bien cultural prestado, cabe destacar el protagonismo que en estas operaciones tienen los seguros, sean públicos o privados (entre otros, *vid.* BENNASAR CABRERA, BURGOS BARRANTES, DE PRADA LÓPEZ, VEGUE RODRÍGUEZ). El término seguro público se emplea para referirse al mecanismo de la denominada *garantía del Estado* o *Government Indemnity Scheme*, conforme al que el país de la institución que recibe la obra en préstamo puede comprometerse al pago de la indemnización al prestamista si se produce un determinado siniestro, como puede ser la

destrucción, pérdida, deterioro o daño de la obra. Este mecanismo se encuentra regulado por la legislación de cada concreto país.

3. *La restitución y/o devolución de bienes culturales robados y/o ilegalmente exportados*

Una segunda vertiente de la gestión de bienes culturales se refiere a las reclamaciones de bienes robados o ilegalmente exportados, cuando estos han sido adquiridos por terceros que desconocían su origen ilícito.

Al respecto, existen unos mecanismos específicos, tanto en la Unión Europea como a nivel internacional, cuya aplicación se encuentra especialmente condicionada por los Estados implicados y por la fecha en la que se produjo el robo y/o exportación ilegal —dado el carácter irretroactivo de tales mecanismos—.

A la hora de tratar de recuperar un bien ilegalmente exportado, cabe tener presente la distinción entre el *internacionalismo cultural* —que considera que existe un patrimonio cultural de la humanidad— y el *nacionalismo cultural* —que entiende que existe un patrimonio cultural de cada país y, por lo tanto, un país al que han de ser devueltos los bienes ilegalmente exportados— (entre otros, MERRYMAN, MASTALIR).

En el ámbito de la Unión Europea, cabe acudir a la *Directiva 2014/60/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio de un Estado miembro, y por la que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1024/2012 (refundición)* (al respecto, *vid.*, entre otros, CARRASCOSA GONZÁLEZ, ELVIRA BENAYAS, FUENTES CAMACHO, RAMÓN FERNÁNDEZ, RODRÍGUEZ PINEAU/MARTÍNEZ CAPDEVILLA, VELÁZQUEZ SÁNCHEZ).

La Directiva permite que el Estado miembro del que un bien cultural ha sido ilegalmente exportado, solicite su restitución al tercero que se en-

cuentra en posesión del mismo. La Directiva considera «bien cultural» aquel que se encuentra clasificado o definido por un Estado miembro como «patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional» (artículo 2.1). Para que se haya producido una «exportación ilegal», es preciso que la salida o no devolución del bien constituya una infracción de las normas de exportación nacionales o de la Unión Europea (artículo 2.2). Se establecen unos plazos para ejercicio de la acción de restitución, existiendo, con carácter general, un plazo relativo de tres años desde que el Estado miembro de origen tuvo conocimiento de la ubicación del bien cultural y de la identidad del tercero; y un plazo absoluto de treinta años desde la exportación ilegal (artículo 8.1). Dicho tercero, a cambio de restituir el bien cultural, tendrá derecho a percibir una indemnización equitativa en caso de desconocer la procedencia ilícita y haber actuado con la diligencia debida en la adquisición del mismo (artículo 10). Además, la Directiva establece que la propiedad del bien cultural restituido se regirá por la Ley interna del Estado miembro requirente (artículo 13).

Un segundo instrumento es el *Convenio de UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente*, hecho en Roma el 24 de junio de 1995 (al respecto, *vid.*, entre otros, CALVO CARAVACA, DROZ, LAGARDE, PROTT, RODRÍGUEZ PINEAU, SCHNEIDER, SIEHR). El Convenio contempla un mecanismo de «restitución» cuando se trata de bienes culturales robados y un mecanismo de «devolución» si se trata de bienes ilegalmente exportados. En el caso de bienes ilegalmente exportados, los Estados miembros de la Unión Europea han declarado que entre ellos resulta de aplicación la Directiva, conforme al artículo 13.3 del Convenio.

Para el Convenio de Unidroit de 1995, son bienes culturales aquellos que revisten importancia para ciertas disciplinas (historia, arte, literatura, etc.) por motivos religiosos o seculares, y siempre que, cumulativamente, se incluyan en una de las categorías de su Anexo (artículo 2). En el caso de robo —supuesto que también incluye el robo arqueológico—, el propietario originario puede solicitar la restitución al tercero poseedor (ar-

título 3.1 y 3.2). Para ello, el Convenio contempla un plazo relativo de tres años y, con carácter general, un plazo absoluto de cincuenta años (artículo 3.3 y sus excepciones del artículo 3.4 y 3.5). El tercero tendrá que restituir el bien cultural robado (artículo 3.1), teniendo derecho a percibir una indemnización justa y razonable si consigue acreditar la diligencia debida en la adquisición del bien, para lo cual cabe tomar en consideración, entre otros aspectos, su condición, el precio pagado y las gestiones que realizó para tratar de averiguar el origen de la obra —por ejemplo, mediante la consulta de registros— (artículos 4.1 y 4.4).

En el supuesto de exportación ilegal —caso en el que, como se ha indicado, prevalecerá la aplicación de la Directiva 2014/60 si ambos países son Estados miembros de la Unión Europea—, el Convenio establece que el país de origen podrá solicitar la devolución del bien al tercero poseedor (artículo 5.1). Para ello, el país solicitante no solo ha de acreditar que se han vulnerado sus normas de exportación, sino también que se han menoscabado ciertos intereses o que se trata de un bien de importancia cultural significativa (artículo 5.2 y 5.3). Existen excepciones a la obligación de devolución, como la que afecta a los bienes exportados en vida del artista o en los cincuenta años posteriores a su fallecimiento (artículo 7.1). Los plazos para el ejercicio de la acción devolución son los mismos que en el caso de la acción de restitución y también cabe que el tercero perciba una indemnización a cambio de la devolución (artículo 5.5). Al igual que en el caso de restitución, puede que sea el solicitante de la devolución —y, por lo tanto, el país de origen del bien cultural— quien haya de pagar la indemnización (artículo 6.1). Por ello, existen unas alternativas al pago de la indemnización (artículo 7.1). Tales alternativas no afectan al caso de bienes de comunidades tribales o autóctonas, que han de ser devueltos en todo caso (artículo 7.2).

El éxito de las reclamaciones de bienes culturales robados o ilegalmente exportados, se encuentra condicionado así por diversos factores, como son su encaje o no en los mecanismos mencionados, la división que existe entre países partidarios del nacionalismo o del internacionalismo

cultural, la fecha del robo y/o exportación ilegal, así como el tiempo transcurrido desde entonces. Si no encajan en tales instrumentos, sus reclamaciones tendrán que plantearse con frecuencia mediante los procedimientos que tradicionalmente permiten reclamar derechos reales, cuya complejidad y duración será generalmente mayor.

*Autora: Celia M. Caamiña Domínguez
(Profesora titular de Derecho Internacional Privado,
Universidad Carlos III de Madrid)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BELLANI, Valeria. «Diritto de autore su vendita successiva di opera d'arte. Vendita in paese diverso da quello dell'autore. Diritti degli eredi o dei legatari. Corte di Giustizia delle Comunità Europee. II Sezione. 15 aprile 2010. Fundacion Gala S. Dalí e Vegap c. Adagp», *Il diritto di autore. Rivista trimestrale della Società Italiana degli Autori ed Editori*, julio-septiembre 2010, n.º 3, pp. 314-321; BENNASAR CABRERA, Isabel. «El seguro de la obra de arte», *En-Mus-A. Revista de museos de Andalucía*, 2009, n.º 11, pp. 85-89; BURGOS BARRANTES, Benito. «La garantía del Estado: marco teórico y jurídico», *Museos.es: Revista de la Subdirección General de Museos Estatales*, 2006, n.º 2, pp. 62-73; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis. «Private international law and the Unidroit convention of 24th June 1995 on stolen or illegally exported cultural objects», *Festschrift für Erik Jayme*, Munich, Sellier-European Law Publishers, 2004, pp. 87-104 (también en CALVO CARAVACA, Alfonso Luis. «Derecho internacional privado y Convenio Unidroit, de 24 de junio de 1995, sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente», *La Ley*, 7 julio 2004, pp. 1-7); CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. «Derechos reales», en *Derecho internacional privado*, vol. II, 18.ª ed. (dirigido por Alfonso Luis CALVO CARAVACA/Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ), Granada, Comares, 2018, pp. 1173-1229; CASAS VALLÉS, Ramón. «La Directiva sobre el derecho de participación de los artistas plásticos (Directiva 2001/84/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original)», *ADI*, 2001, vol. 22, pp. 217-254; DÍEZ SOTO, Carlos Manuel. «Al-

gunas cuestiones a propósito del derecho de participación del autor de una obra de arte original sobre el precio de reventa (*droit de suite*), *CDT*, 2017, vol. 9, n.º 2, pp. 209-254; DROZ, Georges A. L. «La convention d'UNIDROIT sur le retour international des biens culturels volés ou illicitement exportés (Rome, 24 juin 1995)», *RCDIP*, 1997, vol. 86, pp. 239-281; ELVIRA BENAYAS, María Jesús. «Transposición al ordenamiento español de la Directiva 2014/60/UE sobre restitución de bienes que hayan salido de forma ilegal de un Estado miembro mediante la Ley 1/2017», *REDI*, 2018, vol. 70, n.º 1, pp. 181-200; ESPINOSA CALABUIG, Rosario. *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2007; FUENTES CAMACHO, Víctor. «Por fin una nueva ley sobre restitución de bienes culturales (1)», *La Ley Unión Europea*, 2017, n.º 50; JIMÉNEZ BLANCO, Pilar. «La sucesión de Dalí: ¿quién puede reclamar los derechos de participación de su obra? (Comentario a la STJUE de 15 de abril de 2010, As. C-518/08)», *Noticias de la Unión Europea*, septiembre 2011, n.º 320, pp. 123-132; KREUZER, Karl. «La propriété mobilière en droit international privé», *RCADI*, 1996, vol. 259, pp. 9-317; LAGARDE, Paul. «La restitution internationale des biens culturels en dehors de la Convention de l'UNESCO de 1970 et la Convention d'UNIDROIT de 1995», *RDU*, 2006, vol. 1, pp. 83-91; MASTALIR, Roger W. «A Proposal for Protecting the “Cultural” and “Property” Aspects of Cultural Property under International Law», *Fordham Int'l L. J.*, vol. 16, 1993, pp. 1033-1050; MERRYMAN, John Henry. «Two Ways of Thinking About Cultural Property», en *Thinking About the Elgin Marbles. Critical Essays on Cultural Property*, Londres, Art and Law, 2000, pp. 66-91 (Originariamente publicado en *AJIL*, 1986, vol. 80, pp. 831-853); DE PRADA LÓPEZ, María. «Incrementando la movilidad de las colecciones», *RdM. Revista de Museología*, 2008, pp. 114-119; PROTT, Lyndel V. *Commentary on the Unidroit Convention on Stolen and Illegally Exported Cultural Objects 1995*, Leicester, 1997; RODRÍGUEZ PINEAU, Elena y MARTÍNEZ CAPDEVILLA, Carmen. «La protección de los bienes culturales en la UE: un régimen puesto a prueba», en *El tráfico de bienes culturales* (coordinado por Luis PÉREZ-PRAT DURBÁN y Antonio LAZARI), Valencia, tirant lo Blanch, 2015, pp. 227-269; RODRÍGUEZ PINEAU, Elena. «Adhesión de España

al Convenio de UNIDROIT sobre bienes culturales robados o exportados ilegalmente de 1995», *REDI*, 2003, vol. 55, pp. 573-577; SCHNEIDER, Marina. «UNIDROIT Convention on Stolen or Illegally Exported Cultural Objects: Explanatory Report», *RDU*, 2001, vol. 3, pp. 476-564; SIEHR, Kurt, «The Protection of Cultural Property: the UNIDROIT Convention and the ECC instruments of 1992/93 Compared», *RDU*, 1998, pp. 671-683; VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, María del Mar. «Ley 1/2017, de 18 de abril, sobre restitución de bienes culturales que hayan salido de forma ilegal del territorio español o de otro Estado miembro de la Unión Europea, por la que se incorpora al ordenamiento español la Directiva 2014/60/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014», *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 5, n.º 2, 2017, pp. 171-174; VEGUE RODRÍGUEZ, Alberto. «El seguro de las obras de arte», *Trébol*, 1-2009, n.º 50; VICENTE DOMINGO, Elena. *El Droit de Suite de los artistas plásticos*, Madrid, Ed. Reus, 2007.

VOCABLOS CONEXOS: Competencia judicial internacional. Derecho aplicable. Contrato internacional. Seguros (en el DIPriv).

H

HONOR

1. *Delimitación conceptual: naturaleza, características y función*

1.1. *Concepto y función del derecho al honor*

El derecho al honor es uno de los derechos humanos referidos a la personalidad, dentro de los derechos relativos a la esfera privada de la persona. El derecho al honor se vincula con otros derechos fundamentales referidos a la esfera privada de la persona, como son el derecho a la

intimidad y a la propia imagen. Estos derechos son generalmente reconocidos como derechos fundamentales, tanto a nivel nacional —legislativa o jurisprudencialmente—, en España en el artículo 18 CE, como en el ámbito internacional: en el contexto europeo por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (de 4 de noviembre de 1950, adoptado en el seno del Consejo de Europa, CEDH) y por los artículos 7-8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión europea (CDFUE).

La delimitación del concepto y contenido de cada uno de estos derechos es difícil dado que ni las Constituciones estatales ni los textos internacionales brindan una definición o caracterización suficiente de la que puedan deducirse de manera clara. En cualquier caso, estos derechos difícilmente pueden conceptuarse de forma exacta o definitiva por su condicionamiento por el contexto histórico, social, cultural y jurídico en el que se encuadren. Es por ello por lo que los ordenamientos nacionales huyen de dar una definición de los mismos, limitándose a otorgarles una mayor o menor protección en función de su carácter fundamental. Todo ello se ha traducido en una labor jurisprudencial intensa en los distintos países —en caso de España en manos del TS y el TC— a la hora de perfilar qué es lo que se protege en abstracto con estos derechos, esto es, el fin de la tutela.

Ahora bien, ese desarrollo jurisprudencial por parte de los tribunales estatales correspondiente siempre deberá respetar los límites que el TEDH ha sentado con su jurisprudencia sobre el alcance e interpretación de los derechos garantizados en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) , cuando se trate de Estados miembros de dicho Convenio.

El problema de su delimitación se ve potenciado por el hecho de que todas las legislaciones nacionales utilizan distintas expresiones lingüísticas para referirse a estos derechos destinados a la protección de la esfera privada, lo que hace en un principio difícil la acotación uniforme de los

bienes jurídicos que se pretenden proteger. Por ejemplo, el término o noción intimidad tiene distintas denominaciones según los países: la *privacy* anglosajona, la *vie privée* francesa, la *riservatezza* italiana y la *inimsphäre* o *geheimsphäre* alemana (por poner algunos ejemplos). Así mismo, la intimidad y vida privada no son expresiones sinónimas en los sistemas jurídicos nacionales o internacionales, ya que en términos generales lo íntimo se percibe como un núcleo más interno que lo privado. De esta forma, la intimidad se refiere a lo que está en el interior de la persona, y la privacidad es la condición o estado de quien o quienes están apartados de la compañía o del examen de los demás. Esta distinción se ve claramente en el lenguaje anglosajón (diferenciando entre *intimacy* y *privacy*), ahora bien entre la doctrina nacional se suele utilizar la expresión intimidad y, consecuentemente, se habla del derecho a la intimidad. En este sentido, se ha referido la existencia de dos importantes posiciones para abordar el debate en torno al derecho a la intimidad, y en función de la que se refiera esto condicionará en gran parte las consecuencias que de este derecho se deriven. Por un lado, se encuentra aquella aproximación que aboga por una intimidad en sentido estricto, que hace referencia a lo interior, a lo más reservado del ser humano y, por otra parte, aquella que opta por una intimidad en sentido amplio, que equivaldría a la vida privada o *privacy* —en los términos establecidos por la doctrina y jurisprudencia anglosajonas—. En definitiva, los límites entre lo privado, lo público y la intimidad son cambiantes y dinámicos, toda vez que se transforman en función de las circunstancias particulares, pero lo que resulta común a todas estas aproximaciones es que su fundamentación se encuentra en la dignidad humana.

Existe uniformidad en todos los ordenamientos jurídicos nacionales en que la intimidad o privacidad, como valor, es inherente al ser humano, pues resulta imprescindible para su desarrollo personal y de identidad, y para ello, es necesario que el hombre goce de un espacio o área que abarque distintos aspectos de su vida individual y familiar que esté libre de cualquier intromisión no deseada por terceros. En definitiva, esto es lo que debe constituir el objeto de protección de estos derechos de la

personalidad: la «esfera privada», cualquiera que sea la denominación utilizada. Ahora bien, lo que va a cambiar de un ordenamiento jurídico a otro es el alcance que se le reconoce y ampara a dicha esfera —así como los mecanismos y técnicas para su tutela—.

El honor, la intimidad y la propia imagen buscan conjuntamente la protección de las distintas manifestaciones de la privacidad o de la vida privada. La concreción de la noción «vida privada/privacidad», como el objeto de tutela, determinará qué aspectos de la vida están vetados a los demás por estar destinados a no trascender a lo público —y con ello los derechos previstos para su protección—. Es aquí precisamente donde se encuentran las mayores diferencias entre los sistemas jurídicos nacionales. Aunque sí pueden destacarse rasgos comunes en el tratamiento jurídico de esta noción en determinados grupos de países, como por ejemplo, los sistemas pertenecientes a las denominadas civilizaciones occidentales. En líneas generales los sistemas jurídicos nacionales de estos países parecen tener en común la inclusión dentro de esta esfera de vida privada de aspectos tales como las relaciones personales y familiares, afectivas y de filiación, creencias y preferencias religiosas, ideologías políticas, condiciones personales de salud, convicciones personales, identidad o inclinaciones sexuales, personalidad psicológica, comunicaciones personales privadas por cualquier medio, incluso por algunos se incluyen la situación financiera personal y familiar.

1.2. *Características comunes de los derechos referidos a la personalidad*

Son varias las razones que justifican el tratamiento conjunto de los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen. En primer lugar, este tratamiento respondería a su doble condición de derechos fundamentales y derechos de la personalidad. En segundo lugar, porque su evolución necesariamente debe ir pareja por varios motivos. Por un lado, en atención al condicionamiento de su ámbito de protección por los factores sociales y tecnológicos concurrentes en cada momento y, por otro, por sus constantes conflictos con otros derechos y libertades igualmente

fundamentales —básicamente el derecho a la libertad de expresión e información—. Todo ello permite agrupar conjuntamente la problemática que surge en torno a estos derechos —de una manera coherente— en lo que respecta a la configuración de su contenido y régimen jurídico. La interrelación entre estos derechos de la personalidad puede apreciarse igualmente en el Derecho comparado, e incluso en algunos ordenamientos jurídicos se entiende como relación de interdependencia o subordinación. En este sentido, en aquellos países en los que específicamente no se reconoce un derecho a la propia imagen —de forma individualizada—, habitualmente este se deriva por la jurisprudencia como parte del derecho general de cada individuo a su propio desarrollo como ocurre en el Derecho alemán. Por lo que en estos casos la protección del derecho de imagen estará fundada en la protección de la personalidad.

Su carácter común de derechos fundamentales supone que de los mismos se predicen tres de las características que se vinculan a los derechos de la personalidad: su irrenunciabilidad, su inalienabilidad y su imprescriptibilidad. Estos derechos están, de igual manera, dotados de otros dos caracteres básicos íntimamente unidos a los anteriores. Se trata de su «inherencia» a la condición de ser humano y la «esencialidad» de los derechos de la persona. Tradicionalmente a los derechos de la personalidad se les reconoce los caracteres de indisponibilidad, inalienabilidad, irrenunciabilidad, imprescriptibilidad, la no patrimonialidad, y con ello su extinción con la muerte del titular y consecuentemente su intransmisibilidad a los herederos (si bien con ciertas excepciones establecidas por ejemplo en relación con el denominado *right of publicity*).

Existe un acuerdo general para admitir que los derechos de la personalidad son «inherentes a la condición de ser humano». Esto supone que todo ser humano, por el mero hecho de serlo, disfruta de los derechos de la personalidad. Esta inherencia se encuentra íntimamente ligada a la idea de dignidad humana, y, en consecuencia, al recaer sobre la persona, como tal, cabe afirmar que son extrapatrimoniales (dejando al margen la posibilidad de «patrimonializar» algunos aspectos del derecho a la propia

imagen y la posibilidad de constituir negocios jurídicos de disposición de ciertos aspectos de la intimidad). Unido a esto se encuentra su consideración de esenciales para lograr el libre desarrollo de la personalidad (tal y como preconiza el artículo 10.1 CE). Todo ello permite afirmar que los derechos de la personalidad son derechos «absolutos» —o *erga omnes*—, entendido como oponibles frente a todos. Pero esto no debe entenderse en el sentido de ilimitados, puesto que pueden entrar en conflicto con otros derechos igualmente fundamentales (y consecuentemente, de igual manera legitimados), debiéndose en estos casos de ponderar los derechos (bienes jurídicos) en conflicto para establecer cuál debe prevalecer en cada caso concreto —lo que ocurre típicamente entre estos derechos y las libertades de expresión e información—.

Los caracteres de inherencia y esencialidad de estos derechos determinan su reglamentación en el ordenamiento jurídico, lo que obliga a que el régimen jurídico previsto no pueda permitir que estos derechos queden vacíos de contenido por actuaciones propias de sus titulares (o acciones de terceros cuando medie consentimiento) por esa irrenunciabilidad e indisponibilidad. Por lo tanto, en términos generales no serán admitidas aquellas conductas tendentes a renunciar a los derechos de la personalidad o actos de disposición que tengan como resultado despojar al sujeto de tales derechos. Esta afirmación no está reñida con las posibilidades de disposición de ciertas facetas integradoras de estos derechos de la personalidad mediante diversos negocios jurídicos (por ejemplo vía contrato la venta de exclusivas sobre la vida privada, posados, «robados», a través de la prestación del consentimiento para el tratamiento de datos personales, etc.), ya sea de manera temporal, o bien de circunstancias o aspectos concretos en función del ordenamiento jurídico aplicable. Las principales diferencias que pueden observarse en Derecho comparado (no solo en relación con los países de Derecho anglosajón y el Derecho español, sino también con los países de su entorno), es la dejación que el legislador nacional ha realizado a la hora de regular cualquier aspecto de los posibles negocios jurídicos de disposición sobre los bienes jurídicos de la personalidad, con independencia de que se trate del derecho a

la intimidad o a la propia imagen. En los países de Derecho anglosajón —al igual que en la mayoría de los países europeos— se reconoce sin ningún tipo de reserva, y en este sentido se reglamenta, la existencia de un derecho patrimonial a la imagen, que legitima a su titular a la explotación exclusiva de su «imagen» —entendida referida a cualesquiera de sus signos distintivos o característicos— con fines publicitarios o comerciales (que se concreta particularmente en el denominado *right of publicity*). En el caso español, al margen de la posible explotación económica de la imagen (expresamente prevista en el artículo 7.6 LO1/82) no puede hablarse del reconocimiento de un derecho patrimonial general sobre bienes de la personalidad tal y como se encuentra actualmente la normativa aplicable —ni de la imagen ni de la intimidad—, si bien, esto no impide que en la práctica se pueda disponer de estos bienes mediante contrato con pleno fundamento legal (artículo 2 LO1/82), pero con los problemas interpretativos que esto supone, debiendo ser suplida por la constante actividad integradora por la jurisprudencia en este sentido. En definitiva, lo que la indisponibilidad y la irrenunciabilidad obligan es a impedir que el titular del derecho pueda deshacerse completamente y para siempre de él.

Respecto de la imprescriptibilidad de estos derechos de la personalidad, esta se deriva lógicamente del carácter inherente de los mismos, que los hace irrenunciables y, por ende, su dejación no puede suponer su pérdida. Únicamente podrá darse la extinción de los derechos de la personalidad con la muerte de la persona titular. No obstante, hay supuestos en los es posible la transmisibilidad *mortis causa* de los derechos de la personalidad, como por ejemplo el caso del *right of publicity*.

Otro elemento de unión entre estos derechos, si bien de carácter interpretativo, se encuentra en la noción de dignidad. La dignidad de la persona va a actuar como criterio de interpretación de los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen. Por lo tanto, la dignidad va a ser utilizada como el elemento esencial para determinar el alcance estos derechos. El contenido de estos derechos remite, por sí mismo, al valor

dignidad, de manera tal que la determinación de su alcance lleva siempre a precisar qué conductas pueden ser consideradas como contrarias este valor desde la perspectiva del bien que tutelan. Este procedimiento es el seguido por el TC, el cuál apela al valor dignidad de la persona a efectos de determinar el alcance de estos derechos —ahora bien, como criterio interpretativo del derecho no como *ratio decidendi*—. Esto mismo ocurre en el Derecho comparado —más allá del contexto europeo—, como por ejemplo en el Derecho de EE. UU. (ejemplo paradigmático de tutela máxima de la libertad de expresión en detrimento del resto de derechos, en especial, de los referidos a la personalidad). Esta aproximación se deriva de la propia práctica jurisprudencial en los Estados Unidos, pues el Tribunal Supremo con independencia de qué instrumento legal utiliza como fundamento legal para resolver (la *Tort Act*, la Cuarta Enmienda, la Primera Enmienda o cualesquiera otra relativa a la protección de los derechos fundamentales), la obligación común en todas ellas es la dignidad. En todos los casos planteados ante el Tribunal Supremo de EE. UU. este no ha sido capaz de hablar de privacidad sin referirse a la dignidad —o alguno de sus sinónimos: respeto, valor, autovaloración, amor propio, etc.—. Todo ello permite sugerir que el Tribunal Supremo americano realmente protege la dignidad humana como el valor subyacente de la privacidad. Aunque se justifique la existencia de limitaciones —para un correcto funcionamiento de la sociedad—, el interés en mantener una nación abierta y libre exige que las legislaciones y los tribunales protejan este valor principal. Es tal la interacción existente entre estas dos nociones (privacidad-dignidad), que incluso se ha llegado a sugerir la conveniencia de sustituir el derecho a la privacidad por la dignidad.

Como consecuencia de la indisoluble relación de estos derechos de la personalidad con la dignidad se ha llegado a argumentar que el bien jurídico protegido por aquellos —en última instancia—, es el mismo: la intimidad de la persona —fruto de la dignidad reconocida en el artículo 10 CE—. Pero la identidad de objeto en estos derechos (del bien jurídico protegido), no es compartida por toda la doctrina, recurriéndose a posturas que consideran que los derechos al honor, a la intimidad y a la

propia imagen se encuentran dotados de una sustantividad propia, específica —siendo distinto, por tanto, el bien jurídico que tutelan—. A este respecto, hay quienes afirman que en el caso del derecho a la intimidad el bien jurídico protegido es una libertad fortalecida o preeminente que la persona reclama para sí en el ámbito de lo íntimo; mientras que en el derecho al honor lo que se protege no es la libertad, sino el patrimonio moral de las personas. De manera similar, se ha mantenido que si bien el derecho a la imagen no es más que una manifestación concreta del derecho a la intimidad, no ocurre siempre así en lo referente al derecho al honor, razón por la cual el artículo 18.1 CE gira en torno a dos bienes jurídicos únicamente: la intimidad y el honor.

En cualquier caso, que estos derechos fundamentales tengan tanto un mismo contenido esencial o fundamento común —la dignidad de la persona—, como un mismo objeto —la salvaguarda de la persona—, no permite concluir que se exija su reglamentación conjunta, ni mucho menos que se esté en presencia de un único derecho fundamental, toda vez que, a pesar de las íntimas relaciones que entre estos existen, se han de considerar como autónomos e independientes por el simple hecho de que circunscriben circunstancias específicas diversas entre sí. De la misma forma, no puede interpretarse como un impedimento al reconocimiento de la autonomía e independencia de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, el hecho de que el TC al calificar ciertas conductas, de forma más o menos reiterada, las declare como infractoras de estos derechos considerados de forma conjunta —especialmente tratándose del derecho al honor en relación con el de la intimidad—.

Concluyendo, sin perjuicio de sus evidentes identidades, el honor, la intimidad y la propia imagen son derechos distintos, independientes, aunque presenten características similares. No obstante, de los textos legales no se deriva claramente esta conclusión. El tenor literal de los artículos 18.1, CE y 1.1 de la LO 1/1982, al proclamar en singular el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, llevó a la doctrina a plantearse si se trataba de un derecho tricéfalo, es decir, un mismo derecho, pero

con tres manifestaciones distintas, o de tres derechos distintos como ha concluido la jurisprudencia —si bien, pueden encontrarse sentencias que son excepción a esta regla—. Esta autonomía supone que la lesión de uno de estos derechos no conlleva, de manera automática, la conculcación de los demás, pero lo que sí puede encontrarse son supuestos en los que una misma acción puede suponer la violación de dos o tres derechos del artículo 18.1 CE. Esto es, las identidades en los caracteres de estos derechos y su pertenencia —dentro de los derechos de la personalidad— a la esfera privada irreducible, ha supuesto reiteradamente en la práctica un tratamiento jurídico conjunto frente a su vulneración. Por poner un ejemplo ilustrativo —estudiado por la doctrina y con precedentes en la jurisprudencia nacional y extranjera— puede hablarse de la vulneración del derecho al honor a través de la imagen en un supuesto de una imagen con un pie de foto que se considere difamatorio.

En definitiva, con independencia de la denominación que se le dé a esos derechos configuradores de la «vida privada», la cuestión más relevante es el distinto tratamiento jurídico que cada Estado les otorga, lo que determinará su ámbito de protección, sus límites y relación con otros derechos, las medidas de protección y procedimientos, los sujetos protegidos (legitimación activa), la determinación de responsabilidades (lo que incide en la legitimación pasiva), así como, las consecuencias económicas previstas en caso de lesión de estos derechos. Todo ello pone de manifiesto la importancia de la concreción de la jurisdicción competente para conocer y el Derecho que resultará de aplicación en caso de litigios por su conculcación.

1.3. Configuración como derechos fundamentales y su incidencia en el Derecho privado

La caracterización de estos derechos como fundamentales resulta esencial para el sistema DIPr (institucional y de fuente interna) porque va a permitir que se introduzca un elemento esencial que matiza su aplicación: el orden público. No obstante su consideración como fundamen-

tales, esto no garantiza un tratamiento uniforme en los sistemas jurídicos nacionales —ni si quiera entre los Estados contratantes de los mismos instrumentos internacionales—, ya que será cada país el que decida la técnica legislativa para el reconocimiento y tutela, lo que se puede traducir en distintos derechos referidos a la personalidad y en diversos mecanismos de garantía y presupuestos para su aplicación (así como en diversos niveles de protección vinculados al diferente equilibrio entre derechos fundamentales, que se corresponde con el margen de apreciación que los instrumentos internacionales atribuyen a los Estados en la interpretación de estos derechos). Ahora bien, su reconocimiento como derechos fundamentales en el ámbito internacional y nacional en un principio no tendría por qué incidir en el DIPr —toda vez que su objeto lo configuran las relaciones privadas—, salvo que el tratamiento nacional de estos derechos tenga como destinatarios los particulares y reglamente las relaciones entre ellos (relaciones horizontales). En definitiva, la clave está en determinar si la reglamentación de estos derechos fundamentales tiene eficacia *inter privatos*.

Los derechos al honor, la intimidad y propia imagen tienen reconocido —y como tal deben tutelarse— su carácter fundamental por su vinculación con los textos constitucionales nacionales, así como su previsión en los textos, Declaraciones y Convenios internacionales más relevantes en materia de derechos del hombre. En este sentido están proclamados en España en el artículo 18 CE, y desarrollados legalmente mediante la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de 1982, sobre el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, con carácter general (y en la LO 1/96, Ley Orgánica de 15 de enero de 1996, sobre Protección Jurídica del Menor, para los supuestos en los que los titulares de tales derechos sean menores de edad). Como ya se anticipó, el artículo 18.1 CE se limita a enunciar estos derechos como fundamentales y en su virtud están garantizados por el texto constitucional, pero no define lo que debe entenderse por honor, por intimidad o por propia imagen, por lo que esta tarea ha tenido que ser asumida por la jurisprudencia constitucional y la del Tribunal Supremo —teniendo en consideración

las precisiones que al respecto ha establecido el TEDH como límite infranqueable—.

En el Derecho comparado puede observarse la configuración como fundamentales de estos derechos mediante su consagración en las Constituciones nacionales, pero de manera muy distinta tanto en lo que se refiere a la concreción de aquellos derechos de la personalidad que integran la esfera íntima de la persona (vida privada) como en la forma en la que se prevén. Entre los países del entorno pueden encontrarse ordenamientos que, al igual que el español, consagran algunos de estos derechos positivamente, por ejemplo el artículo 10.1 de la Constitución Finlandesa al disponer que: «Se garantiza la intimidad, el derecho al honor y la inviolabilidad del domicilio. La ley regulará la protección de los datos personales». Aunque a diferencia del Derecho español aquí se observa la ausencia de previsión alguna respecto a la propia imagen. Esta laguna se integra mediante una interpretación extensiva del término o noción «intimidad». Por otro lado, pueden agruparse aquellos Estados donde la consagración constitucional de estos derechos se realiza de forma negativa, es decir, como límites a otros derechos igualmente fundamentales. En este sentido puede hablarse del Derecho alemán, pues el artículo 5 de la Constitución de 1949 manifiesta que los derechos de libertad de expresión, de prensa y de información no tendrán más límites que los preceptos de las leyes generales y las disposiciones legales para los menores y el derecho al honor personal. El sistema español se encuentra entre ambas posturas ya que consagra estos derechos de la personalidad tanto como derechos positivos como negativos —al establecerse como límites expresos de las libertades de expresión e información garantizadas en el artículo 20 CE—.

Es preciso partir de una premisa esencial que va a afectar a los bienes jurídicos que resultan protegidos por estos derechos y, en consecuencia, condiciona su relación con otros derechos fundamentales. Cada uno de los conceptos que se manejan cuando se hace referencia a estos derechos personales son coyunturales, es decir, de naturaleza cambiante según los

valores e ideas sociales vigentes en cada momento histórico. Consecuentemente, la valoración de cualquier intromisión en estos derechos debe verificarse al margen de cualquier subjetivismo del perjudicado, porque toda esta materia se localiza en el terreno de los demás que —como ha afirmado el TC—, no son sino la gente, cuya opinión como colectivo es la que marca en cualquier momento y lugar el nivel de tolerancia o de rechazo. Y es precisamente por la necesidad de valorar las intromisiones a estos derechos de la personalidad desde criterios objetivos, por lo que los órganos judiciales deben gozar de un margen de apreciación para concretar en cada caso cuándo se debe entender una actuación como lesiva del derecho fundamental que se protege. Esto tiene particular importancia a la hora de delimitar el ámbito de protección de estos derechos en relación con otros igualmente de carácter fundamental, como son principalmente la libertad de expresión e información. A esto ha de añadirse que la ausencia de definición en la CE de estos derechos de la personalidad —y por lo general, en todos los textos constitucionales nacionales e internacionales— conlleva una falta de previsión a priori a la hora de determinar su ámbito de tutela y, en particular, sus límites cuando interactúan con los demás derechos fundamentales. Lo mismo ocurre en otros sistemas jurídicos, incluso de forma más manifiesta, como por ejemplo los problemas que en este sentido plantea el Derecho norteamericano, ya que la positivización de estos derechos de la personalidad no se ha realizado vía constitucional —ni por norma de rango inferior— sino que su reconocimiento y alcance viene determinado por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo norteamericano, mediante el reconocimiento expreso de ciertos ámbitos o espacios íntimos de la persona que deben tutelarse como un derecho fundamental (el denominado *right of privacy*, pero sin facilitar definición o delimitación alguna de ese derecho o de los espacios íntimos que deben garantizarse).

En cualquier caso, los derechos fundamentales no son categorías constitucionales «autosuficientes» que con su mera enunciación constitucional se satisfagan todas las necesidades y vicisitudes. Para ello es necesario el desarrollo legislativo oportuno, respetando los límites señalados por

la jurisdicción —nacional e internacional marcada fundamentalmente por el TEDH—. Resulta evidente que la previsión constitucional de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen garantiza su protección frente a cualquier acto que provenga de autoridad pública (relaciones verticales). Pero la cuestión que se plantea en relación con estos derechos, en tanto que fundamentales, es su eficacia en las relaciones entre particulares o relaciones horizontales (la denominada *Drittwirkung* por la doctrina alemana). Para poder abordar la posible eficacia *inter privatos* de estos derechos resulta necesario previamente distinguir ciertos conceptos. Ha de diferenciarse entre los derechos fundamentales y los derechos de la personalidad, que tienen ámbitos distintos (sin perjuicio que el objeto de ambos pueda coincidir) y sus consecuencias y mecanismos de tutela difieren. Mientras que los derechos fundamentales se insertan dentro de ámbito de las relaciones entre individuo y Estado; las relaciones entre individuos y la protección de la persona están relacionadas con las doctrinas de la personalidad, del derecho subjetivo y, en particular, con la doctrina de daños, y es ahí donde se encuentra inserta la teoría de los derechos de la personalidad.

De la jurisprudencia del TEDH no se deriva una respuesta definitiva a la cuestión de si la CEDH obliga a los Estados parte a proveer un remedio o mecanismo para proteger la privacidad frente a actores privados (*inter privatos*). Esto se traduce en que habrá que estar a la práctica particular de cada Estado parte a la hora de concretar e implementar sus obligaciones con la CEDH en su ordenamiento interno para dar respuesta a esta pregunta. Estos derechos en el ordenamiento español son fundamentales (artículo 18 CE), por lo que los bienes de la personalidad son considerados como elementos básicos y preeminentes del ordenamiento, en contraposición con el carácter ordinario del resto de derechos subjetivos. Esto permite a todo ciudadano pedir su protección ante de los tribunales ordinarios mediante el ejercicio de su acción en juicio sumario. Pero la eficacia que atribuye el texto constitucional a los derechos fundamentales no es la misma cuando se está ante los poderes públicos que ante otros particulares. Son dos los posibles planteamientos

a la hora de explicar las relaciones entre los derechos fundamentales y las relaciones entre particulares: a) la defensa de la eficacia inmediata interprivatos (*Drittwirkung*) y, b) la garantía de los derechos fundamentales a través del Estado, o eficacia mediata.

La *Drittwirkung* tiene especial interés respecto de algunos derechos fundamentales y libertades públicas, como es el caso de los derechos la personalidad en su dimensión moral. Esta relevancia es consecuencia directa de la propia redacción constitucional y de las distintas tesis que ante ella pueden adoptarse. Con anterioridad a la CE (según la concepción «clásica») los derechos y libertades públicas eran concebidos originariamente como derechos frente al Estado: oponibles frente a este, pero se dudaba si oponibles ante particulares. Esta tesis no se ha superado tras la CE ya que no aclara nada en este aspecto, a diferencia de lo que ocurre con otras normas fundamentales de Estados del entorno que expresamente refieren esta cuestión. En relación con tales derechos y libertades las posturas están encontradas, aunque de forma común parece que se admite aquella parte de la *Drittwirkung* que consiste en el recurso de amparo contra sentencia dictada por juez ordinario que no tutele el derecho fundamental lesionado por un particular (mediante la interpretación flexible de los artículos 41 y 44 de la LOTC); o también la consistente en estimar nulas, por causa ilícita u otras razones, aquellas cláusulas contractuales o estatutarias que sean inmotivadas o vejatoriamente discriminatorias —aunque sea imposible impedir que un particular contrate o no con quien quiera—. Lo que sí que puede afirmarse es que no existe en el texto constitucional —ni en el resto del ordenamiento jurídico español— una base inequívoca que permita sustentar, con alcance general, la llamada «concepción clásica» (garantía únicamente frente al Estado). El fundamento principal para esta postura clásica se encuentra en el artículo 53.2 CE; si bien este precepto no se refiere exclusivamente a las violaciones de los derechos por obra de los poderes públicos. Este problema interpretativo se ha eliminado en otros países, como por ejemplo en el Derecho alemán donde el artículo 19.4 de la Ley Fundamental de Bonn sí contiene esta limitación.

Respecto de los derechos fundamentales al honor, la propia imagen y la intimidad la *Drittwirkung* podría resultar predicable ya que cabe interponer recurso de amparo frente a sentencia dictada por juez ordinario que no tutele el derecho lesionado por un particular; y de igual forma cabe acudir al procedimiento preferente y sumario ante juez ordinario tanto si la violación del aquel derecho tiene lugar por parte de la Administración como por un particular. Ahora bien, la jurisprudencia del TC en interpretación del texto constitucional no es clara, ya que es posible encontrar resoluciones que se muestran tanto a favor como en contra de la eficacia entre particulares. No obstante, sí cabe derivar implícitamente una postura favorable del TC, toda vez que la interpretación que realiza el Tribunal de los límites a su competencia en amparo frente a resoluciones judiciales cumple también la función de permitirle el control de estas en materia de derechos fundamentales. Y esta interpretación ni admite ni parte de la idea de que los particulares no pueden violar derechos fundamentales. En esta última postura la afirmación de la *Drittwirkung* es explícita, toda vez que la previsión legal en el Derecho español de un cauce procesal para proteger las violaciones de derechos fundamentales causadas por particulares sustenta tal afirmación. Y ello porque el sistema jurídico recoge una vía preferente y sumaria para la protección de estos derechos (como es el amparo judicial) que no puede entenderse limitada por razón de los sujetos —pues en la CE explícitamente no hay base para ello—, y existe una inequívoca interpretación legislativa de la CE en el sentido de no impedir el amparo por razón de la fuente de la violación (de la lesión del derecho). Consecuentemente, todo ello se conjuga para reconocer estos derechos fundamentales de la personalidad como derechos subjetivos también frente a los particulares y en las relaciones jurídico privadas. En este sentido, en el Derecho comparado puede observarse que hay países en los que no se regula un medio específico para la protección de los derechos fundamentales conculcados por particulares, deben en estos casos utilizarse distintos cauces para garantizar los objetivos de la *Drittwirkung*. Por poner un ejemplo cercano, en el ordenamiento jurídico italiano los intereses de la *Drittwirkung* se en-

tienden suficientemente protegidos mediante una interpretación de normas objetivas de conformidad con la Constitución.

En definitiva, parece que para dar solución al problema de la efectividad de los derechos fundamentales en las relaciones horizontales ha de reconducirse la cuestión al ámbito de las competencias de los jueces, del legislador y del TC, así como al nivel de tutela constitucionalmente exigido. Respecto del legislador esta posición se fundamenta en que no puede calificarse, sin más, como indirecta la eficacia de los derechos fundamentales sobre el Derecho privado (puesto que el Derecho privado no es identificable como una regulación autónomo-privada). Esto es, hay ciertos derechos fundamentales que exigen una regulación de Derecho privado porque necesariamente inciden en este ámbito. Es el caso del derecho a la libertad de expresión (artículo 20.4 CE) que se prevé constitucionalmente limitado por el respeto a la intimidad, el honor y la propia imagen, lo que condiciona al legislador a la hora de reglamentar estos derechos. La regulación debe compatibilizar todos los derechos en juego, valorando de forma equilibrada los intereses en conflicto de tal manera que la limitación del primero únicamente resulte en la medida que lo requiera la protección de los segundo (es decir, lo estrictamente necesario y proporcional al fin perseguido). Consecuentemente, en esta operación el legislador delimita derechos fundamentales entre particulares (resultando vinculado directamente por aquellos).

1.4. *Incidencia en el Derecho internacional privado*

Partiendo de la eficacia entre particulares que deriva de la reglamentación de los derechos fundamentales referidos a la personalidad, esa condición de fundamentales va a incidir directamente en el sistema de DIPr (no solo de fuente interna sino también es posible de carácter institucional) cuando se trate de supuestos de difamación internacional, o en general de cualquier lesión transfronteriza de los derechos vinculados a la personalidad. Esta repercusión puede manifestarse tanto en las normas relativas al sector del Derecho aplicable —en particular, en los posibles

correctivos del Derecho material extranjero localizado por la norma de conflicto del foro—, como a aquellas referidas al sector de reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras. En ambos casos, la justificación para ello se encuentra en la condición de fundamentales de los derechos a los que afecta (derechos de la personalidad y libertades de expresión e información) y su garantía constitucional, por lo que va a integrar —típicamente— el orden público internacional (valores y principios esenciales del ordenamiento jurídico del foro).

En el sector de la competencia judicial internacional aunque generalmente no se prevea en el sistema de DIPr un recurso que permita excluir la competencia del tribunal designado por la norma, el carácter fundamental del derecho cuya tutela se solicita sí que indirectamente pudiera incidir en este sector normativo a través de la garantía del derecho de acceso a la justicia. En este sentido, la repercusión vendría en el propio diseño del sistema de fueros, toda vez que al tratarse de derechos fundamentales el acceso a la justicia debería estar garantizado en todo caso. Esto debería traducirse en el establecimiento de un sistema normativo de competencia judicial internacional lo suficientemente amplio para permitirle al foro conocer de todos los supuestos en los que un derecho fundamental como este se encuentre en peligro. Se trata de consagrar normas atributivas de competencia que aseguren al foro el conocimiento del asunto cuando exista un nexo suficiente entre el ordenamiento del foro y el supuesto en cuestión.

Desde el punto de vista del Derecho aplicable, el carácter fundamental de este tipo de derechos puede suponer el recurso al orden público por parte del tribunal del foro para impedir la aplicación del ordenamiento jurídico extranjero, cuando este no dé el mismo tratamiento que se da en el foro al derecho en cuestión —o derechos en conflicto, como típicamente ocurre en este tipo de litigios—. Y esto es así porque cada ordenamiento nacional tiene su particular aproximación de los derechos en juego en este tipo de supuestos, por un lado los derechos referidos a la personalidad y, por otro, las libertades fundamentales de expresión e

información. En consecuencia, cada sistema nacional reconoce y tutela un mínimo indisponible —distinto— que incide en el contenido y alcance de los derechos —límites—. De lo anterior se deriva que es precisamente ese tratamiento particular de cada Estado el que va a marcar la relación de estos derechos con otros igualmente fundamentales —libertad de expresión e información— y, en consecuencia, la resolución de los conflictos que surjan entre sí dentro de su jurisdicción. En el caso de España es la LO1/82 la que establece ese contenido mínimo de la esfera de la personalidad que debe ser respetado y cuya conculcación va a suponer un ilícito susceptible de generar responsabilidad exigible por el titular frente a tercero/s, indicando los mecanismos de protección frente a aquellos atentados, así como las causas de exoneración de la responsabilidad —íntimamente relacionado con su conjugación con la libertad de expresión e información, entre otras causas—. En consecuencia, cualquier limitación distinta a las previstas por esta norma en el ejercicio de estos derechos —con independencia del Derecho material aplicable al litigio— previsiblemente no será admitida por el tribunal si el que conoce es la jurisdicción española.

Desde la perspectiva del reconocimiento de las eventuales decisiones extranjeras que se dicten en esta materia, también lo especial del objeto —un derecho fundamental— puede incidir en la decisión del tribunal requerido de otorgarle o no eficacia extraterritorial —y esto es así tanto en el régimen de reconocimiento institucional del RBI como en la generalidad de sistemas de fuente interna—. Aquí, de igual manera que ocurre en el sector de Derecho aplicable, el orden público del foro —del tribunal requerido— tendrá mucho que decir. El orden público como motivo de denegación de reconocimiento es un recurso generalizado en todos los procesos de homologación de decisiones extranjeras —previo a la ejecución forzosa— para todas las materias en general (civil y mercantil), y más aún para esta en particular —si se toma como referencia la previsible modificación del RBI en cuanto a la eliminación del *exequatur* en el sistema uniformizado para todas las decisiones en materias civil

y mercantil incluidas en su ámbito de aplicación dentro de la UE salvo para la difamación y demás derechos fundamentales de la personalidad—. En consecuencia con todo lo anterior, en términos generales un tribunal no reconocerá eficacia alguna dentro de su jurisdicción a una resolución extranjera —dentro o fuera de la UE— que atente contra los estándares mínimos esenciales que su sistema nacional otorga a unos derechos fundamentales como son los relacionados con la personalidad —y paralelamente, a las libertades fundamentales de expresión e información—.

2. *Regulación internacional de la esfera privada*

2.1. *Los derechos de la esfera privada en los convenios y declaraciones internacionales como derechos humanos: de la DUDH al CEDH y la jurisprudencia del TEDH*

El derecho al respeto a la vida privada o intimidad, el derecho al honor y a la propia imagen (este último como parte integrante de la intimidad) tienen su reconocimiento y garantía no solo desde la perspectiva nacional sino que a nivel internacional son considerados como derechos humanos fundamentales por distintos instrumentos internacionales —algunos de vocación universal—. Entre los principales textos internacionales donde se preconizan aquellos derechos pueden referirse: la Declaración Universal de Derechos del Hombre (DUDH), de 10 de diciembre de 1948 (artículo 12); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (artículo 17 y artículo 19 relativo a la libertad de expresión y sus límites); la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (artículo 11 y artículo 13, sobre la libertad de expresión y pensamiento y sus restricciones por el respeto a la vida privada) y en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (artículo 16). En particular, en el contexto europeo existen distintas instancias internacionales garantes de los derechos fundamentales —para su respeto y protección—. En este ámbito puede hablarse de las actuaciones desarrolladas en el seno del Consejo de Europa, de la Unión Europea y la OSCE,

destacando principalmente el CEDH (artículo 8). Pese a los numerosos instrumentos internacionales donde se recogen estos derechos en los distintos contextos geográficos, en los siguientes apartados el estudio de esta proyección internacional se centrará exclusivamente en los instrumentos que inciden en la generalidad de los Estados europeos —si bien no de forma exclusiva— tanto a nivel internacional como regional.

Con el CEDH se instauró un sistema de garantía colectiva en el ámbito de los derechos fundamentales del hombre para Europa Occidental. La versión definitiva del CEDH recoge, entre los derechos y libertades del hombre, el derecho al respeto a la vida privada y familiar en su artículo 8. Este derecho se clasifica dentro de aquellos que corresponden al individuo en sus relaciones con los grupos sociales de los que forma parte, y es también considerado como uno de los derechos plenos o autónomos. En relación con este derecho los Estados están obligados a no interferir en la vida privada de sus ciudadanos y, al mismo tiempo, a prevenir y sancionar su violación por otros particulares (eficacia vertical). En cumplimiento de estas obligaciones es necesario que los países dicten normas que garanticen el respeto de este derecho entre los particulares, y que prevean una vía jurisdiccional efectiva a la que acudir ante el incumplimiento de aquellas. La inobservancia de estas obligaciones por los Estados puede dar lugar a la incoación del correspondiente procedimiento ante el TEDH, bien por otro Estado miembro, bien por un sujeto particular —en su caso, el titular del derecho a la vida privada que resulta conculcado—. En cuanto a su posible derogabilidad, este derecho no pertenece a aquellos que son inderogables en virtud del artículo 15 CEDH. Consecuentemente, los Estados miembros podrán adoptar medidas que deroguen el artículo 8 cuando concurren las circunstancias referidas en el artículo 15 y bajo las condiciones en él señaladas.

La determinación de la eficacia del derecho tutelado por el artículo 8 CEDH y su alcance resulta problemática por cuestiones de carácter interpretativo. La redacción del artículo 8 del CEDH no es clara y eso permite distintas interpretaciones (contradictorias entre sí) respecto del

carácter o no absoluto de este derecho. En una primera aproximación, del texto podría afirmarse el carácter absoluto de este derecho al consagrarlo de forma general (de tal manera que obliga tanto a los particulares como al poder público), entendiendo que las limitaciones que pueden establecer los Estados —previstas en su apartado 2.º— únicamente vendrán referidas a las relaciones entre los particulares. Sin embargo, una segunda aproximación posibilitaría una interpretación totalmente contraria: la consagración de un derecho relativo que solo produce efectos entre los particulares. Para ello se partiría del hecho de que la previsión de estas limitaciones conduce a suponer que la totalidad del precepto se refiere exclusivamente a las relaciones verticales. Por su parte, el artículo 13 CEDH no esclarece demasiado la interpretación que ha de darse. Este precepto permite interpretar que los Estados miembros no solo asumen la obligación de respetar este derecho sino también de hacerlo respetar a sus ciudadanos (y demás personas que se encuentren bajo su jurisdicción y control). Pero por ejemplo la versión inglesa de este artículo elimina esta posibilidad al reconocer a las personas el derecho a un recurso ante instancia nacional cuando la vulneración del derecho se hubiera producido por quienes actúan en el ejercicio de sus funciones oficiales (sujeto público). En consecuencia, para esclarecer esta cuestión ha de acudirse a la jurisprudencia del TEDH, donde pueden encontrarse resoluciones en las que expresamente se pronuncia el Tribunal sobre la eficacia del artículo 8 en las relaciones entre particulares.

La cuestión del contenido del derecho a la vida privada del artículo 8 CEDH (y por tanto, el bien jurídico protegido) ha sido interpretado por algunos en paralelo al artículo 18 CE, hasta el punto de defenderse que el concepto de «vida privada» del Convenio debe ser considerado como equivalente —o incluso indistinguible— del de «intimidad personal» utilizado por la CE. Esto determina que la jurisprudencia del TEDH interpretando estos aspectos establece criterios que deben aplicarse por los intérpretes y profesionales del Derecho en España (así como por el resto de los Estados miembros del CEDH), en virtud del artículo 10.2 CE. Ahora bien, siguiendo la jurisprudencia del TEDH en estas cuestiones,

parece que este Tribunal ha otorgado un mayor contenido a la intimidad personal de lo que ha hecho el TC (al menos, por el momento).

La noción de «vida privada» utilizada por el TEDH aun siendo amplia no es exhaustiva, y abarca tanto la integridad física como moral de la persona. En este sentido, se interpreta que el precepto protege tanto el derecho al desarrollo personal como el derecho a establecer y mantener relaciones con otras personas y la sociedad. Según el TEDH, la noción de vida privada comprende elementos que hacen referencia a la identidad de la persona tales como el nombre, su foto, su integridad física y moral. EL TEDH ha ampliado el alcance del derecho a la intimidad —a través del derecho a la imagen—, al sentenciar que un fotógrafo violó la intimidad de alguien solamente al tomar una fotografía, aun cuando aquella fotografía nunca fue publicada (STEDH asunto *Reklos and Davourlis v. Grecia*, de 15 de enero de 2009). La garantía que ofrece el artículo 8 del Convenio está destinada principalmente a asegurar el desarrollo, sin injerencias externas, de la personalidad de cada individuo en la relación con sus semejantes. En consecuencia, comprende la intimidad personal y familiar: incluido derecho a la protección de datos personales; la protección frente a ruidos por inactividad de la administración pública, esto es, supuestos de contaminación acústica (STEDH López Ostra contra España, de 9 de diciembre de 1994); e incluso se manifiesta en la protección de las relaciones familiares de los menores (como parte de su vida privada) con relación a la limitación a la obligación de garantía impuesta a los Estados parte mediante el recurso a su orden público (dentro del margen apreciación Estado signatario). Así, el TEDH que declara contrario al artículo 8 CEDH (por lesionar la intimidad familiar del menor adoptado) la denegación de reconocimiento en Grecia de adopción realizada por monje en EE. UU. aunque en el país Heleno sea contrario a su orden público que los religiosos adopten (STEDH de 3 de mayo de 2011, *Negrepontis-Giannisis c. Grecia* (C-56759/08)). En particular, el TEDH también se ha pronunciado sobre la idoneidad de la normativa de Derecho internacional privado de fuente estatal o interna con este precepto en relación con el derecho a la intimidad familiar del me-

nor. En concreto, sobre una norma de conflicto francesa sobre ley aplicable a la adopción internacional que determina la no constitución de aquella cuando la ley personal del menor objeto de adopción la prohíba —en un supuesto en el que previamente se había constituido una *kafala* sobre el menor en el Estado de origen— declarando el Tribunal de Estrasburgo que dicha norma de conflicto no vulnera el referido precepto (STEDH 2012\89, de 8 de octubre de 2012, *Harroudj c. France*) en la medida que ni en el Estado de origen se reconocía tales efectos al constituir la *kafala*, y dado que la protección del menor podría lograrse a través de otras figuras tuitivas, como es el caso del acogimiento (efectos propios de la *kafala*).

La doctrina existente del TEDH permite aproximar las legislaciones nacionales de los Estados miembros en cuanto al alcance de este derecho. En este sentido, la identificación entre la intimidad y el *right of privacy* —al menos en cuanto a su núcleo esencial se refiere—, se concreta básicamente en la posibilidad de establecer concretos espacios, zonas o ámbitos protegidos frente a cualquier injerencia externa. Más problemática plantea la expresión «derecho a la vida familiar» del artículo 8 CEDH y su uso como criterio interpretativo del «derecho a la intimidad personal y familiar» (artículo 18.1 CE). Aunque en términos generales no existe problema para reconocer que ambas obedecen a un mismo bien jurídico: la necesidad de garantizar la intimidad o vida privada.

Al igual que ocurre en los sistemas nacionales —por los tribunales estatales—, el derecho a la intimidad reconocido en el artículo 8 CEDH debe ser desarrollado e interpretado por el TEDH según vaya evolucionado el contexto en el que se encuentra inserto el sujeto titular. El desarrollo que del ámbito del artículo 8 CEDH vaya a dársele por el TEDH va a condicionar la esfera de protección de la privacidad que deba garantizarse por los Estados contratantes. Uno de los elementos que influirá en esta labor del TEDH será el contenido efectivo que el Tribunal quiera darle a la cambiante noción de «integridad moral», lo que incide

en los demás elementos en juego: la extensión de las obligaciones positivas de los Estados parte, el derecho a un remedio efectivo para la víctima (bajo el artículo 13) y, en cierta manera, el impacto de la adhesión al CEDH de los países excomunistas. En particular, en aquellas áreas o campos donde prevalezcan estándares morales diferentes en los distintos Estados europeos, el TEDH deberá ser cauteloso a la hora de dotar de contenido este concepto y con ello al interpretar el artículo 8 CEDH.

En lo que respecta en particular a la tutela del derecho al honor en el CEDH, ha de indicarse que el artículo 8 no recoge este derecho. De esta forma el CEDH no solo se separa de las normativas nacionales sino también de los otros textos internacionales más relevantes en materia de derechos fundamentales (como es el caso del artículo 12 DUDH y artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). Esto no significa que no se reconozca el derecho al honor en el ámbito del CEDH, sino que este se deduce del artículo 10 (libertad de expresión) en vez del artículo 8, como parecería lo lógico (SSTEDH, asunto *Barfod c. Dinamarca*, de 22 de febrero de 1989 (A-149), y asunto *Oberschlick c. Austria*, de 23 de mayo de 1991 (A-204)). El honor se recoge como un mero límite a un derecho sí reconocido: la libertad de expresión (artículo 10.2 CEDH, bajo la expresión «reputación ajena»). Y es desde esta perspectiva, como límite a la libertad de expresión, como el TEDH ha ido elaborando su doctrina jurisprudencial sobre el derecho al honor. Consecuentemente, no se encuentra jurisprudencia del TEDH que dé una definición «legal» del concepto de honor. La causa principal de esta omisión podría encontrarse en que este concepto puede variar dependiendo del lugar y la época de la que se hable. Pese a esto, y considerando lo ya advertido inicialmente —que ni el CEDH ni el TEDH hablan propiamente de honor sino de «reputación ajena»—, parece que la referencia (implícita) a este derecho se hace a su dimensión objetiva. De esta forma, en la jurisprudencia dictada sobre reputación profesional y comercial, lo que se deduce es la primacía de este aspecto objetivo, ya que lo que importa realmente es la opinión que tenga el público de la empresa o del profesional en cuestión. De manera similar, respecto de aquellas perso-

nas que desempeñan un papel público —funciones o cargos públicos—, el TEDH ha señalado que requieren para el desempeño de sus funciones la confianza del público (o al menos, es un elemento muy importante). Con todo ello, se fundamenta la afirmación de que el honor va más allá del ámbito puramente personal, extendiéndose a otros ámbitos según interpreta en su doctrina el TEDH. La terminología «reputación pública» se utiliza para hacer referencia a la atacada reputación cuando los sujetos titulares de la misma son personajes públicos, esto es, en el ejercicio de sus funciones públicas (principalmente, representantes políticos y cargos públicos, como jueces o funcionarios). Siguiendo esta línea, también se distingue los términos reputación comercial y prestigio profesional por el TEDH.

Las obligaciones concretas en las que se materializa el respeto del artículo 8.1 CEDH y el establecimiento de remedios efectivos ante vulneraciones de este derecho (que les corresponde a los Estados miembros), es una de las cuestiones que va a tener que ir perfilando el TEDH mediante su jurisprudencia en la medida en que se vaya reinterpretando el contenido de este precepto. En este sentido, lo más relevante es la conjugación de los límites previstos en el artículo 8.2 —«de acuerdo con la ley» y «necesario en una sociedad democrática»— y la eficacia de los remedios que establece el artículo 13 CEDH —derecho a un recurso efectivo—, pues en función de cómo se haga el alcance efectivo del derecho a la vida privada puede variar. Además, el potencial desarrollo de este artículo —de su alcance— no es infinito, sino que existen factores que limitan su futura expansión. En primer lugar, la idea de «vida privada» no puede subsumirse y anular la autonomía de otros derechos fundamentales con los que coexiste y está íntimamente ligado. Así, el interés o los valores de la vida privada, familiar, del domicilio y de la correspondencia están en conexión —pero no son lo mismo— con la autonomía, la integridad moral o la dignidad (artículo 3 CEDH). Lo que determina la aplicación de uno u otro artículo —el artículo 3 o el artículo 8 CEDH— son las diferencias entre los intereses protegidos y los distintos niveles de protección establecidos en el CEDH. El segundo factor

limitativo viene marcado por la relación entre el artículo 8 CEDH y el artículo 10 CEDH. Esto es, la interpretación que se dé al artículo 8 no puede comprometer la libertad de información y/o expresión. La privacidad no es absoluta y el equilibrio en las relaciones entre ambos derechos no debe ni puede modificarse sin más. Esto condiciona la tarea del TEDH en la concreción del contenido y límites del artículo 8 CEDH. El tercer y último elemento resulta de la apreciación doctrinal, particularmente en lo referente a las materias relativas a la «moralidad privada». La jurisprudencia del TEDH no tenido en consideración las reclamaciones de los Estados en orden a institucionalizar las moralidades dominantes. En líneas generales, el comportamiento del Tribunal ha sido el de abstenerse en sus pronunciamientos en aquellas materias más problemáticas en este sentido. Esto puede entenderse como un reconocimiento —implícito— de un margen de apreciación demasiado amplio de los Estados a la hora de decidir lo que es necesario para mantener los estándares de moralidad nacionales —con el objeto de instaurar un estándar común paneuropeo en el momento de formular los derechos humanos—. Incluso parece permitir a autoridades estatales usar el Derecho penal para meterse sobre derechos relacionados con la intimidad mientras las penas no sean consideradas por el Tribunal como excesivamente severas.

2.2. *Su aproximación desde el Derecho europeo: la CDFUE y jurisprudencia del TJUE*

La CDFUE proclama como uno de los derechos fundamentales del hombre —dentro de las libertades—, el derecho a la vida privada y familiar (artículo 7), e incluye como parte integrante de este derecho el respeto al propio domicilio y a las comunicaciones. La CDFUE distingue entre derechos de titularidad universal («toda persona») y derechos de titularidad «restringida» o limitada, reservada a los ciudadanos de la Unión. La dicción literal del artículo 7 CDFUE permite afirmar que este se consagra como un derecho de carácter universal, es decir, dirigido a todas las personas, tengan o no condición de ciudadano comunitario. La

redacción del artículo 7 CDFUE recuerda a la contenida para este derecho en el CEDH. Los derechos garantizados en este precepto corresponden a los reconocidos y garantizados por el artículo 8 del CEDH. Ahora bien, nada se dice en la CDFUE sobre el honor/buen nombre; de tal manera que la exigencia del reconocimiento y garantía de protección del honor en este ámbito por los Estados miembros se articulará a través del CEDH, en la medida que la UE es parte de este instrumento y forma parte de su acervo comunitario.

La cuestionable naturaleza jurídica de la CDFUE plantea consecuentemente la de los derechos en ella recogidos y, por lo tanto, su fuerza vinculante para los Estados miembros y su carácter de fundamentales. Si bien, el análisis de los rasgos distintivos inherentes a los derechos fundamentales permite deducir que la CDFUE contiene derechos de este carácter, aunque dentro de las limitaciones propias de la Carta que condicionan su efectividad respecto del alcance y ámbito de protección (pues protege aquellos derechos cuyo ejercicio tenga lugar en materias que sean competencia comunitaria, fuera de estas materias la protección viene determinada exclusivamente por la aplicación del Derecho nacional correspondiente). En cualquier caso, los derechos fundamentales no son categorías constitucionales «autosuficientes», pues es necesario el desarrollo legislativo oportuno, respetando los límites señalados por la jurisdicción. La enumeración de derechos fundamentales en la CDFUE se establece como un estándar mínimo que debe de garantizarse frente a los actos de las instituciones europeas o estatales en la aplicación del Derecho comunitario (sin perjuicio de que las legislaciones estatales puedan dar un mayor nivel de garantía). Antes de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, los derechos fundamentales —entre ellos el derecho a la vida privada—, estaban reconocidos como «principios fundadores de la Unión», que deben ser respetados por las instituciones comunitarias y, que además, forman parte de los principios generales del Derecho comunitario (garantizados por el TJUE). En este sentido, el Tratado de Lisboa ha «elevado» los derechos consagrados en el CEDH a la categoría de principios generales del Derecho de la Unión (artículo 6.3 TUE).

El reconocimiento en la CDFUE del derecho a la vida privada y familiar se reduce a la simple enumeración de este derecho sin que se haya concretado aspectos básicos. Además, en relación con otros derechos fundamentales con los que puede haber colisión, esto es, la libertad de información y expresión se echa en falta la adecuación de la CDFUE a la Sociedad de la Información y a los avances tecnológicos en la difusión de la comunicación, a la hora de reglamentar los derechos (y principios) que pueden verse afectados. Esta cuestión es relevante, en general, por contexto actual donde existe un uso cada vez más generalizado de las nuevas tecnologías y, en particular, por las características propias de estos derechos de la esfera privada. La CDFUE en su artículo 11.1 garantiza el derecho a «la libertad de opinión y a la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras». En lo tocante a los medios de comunicación, el número 2 del precitado artículo 11 se limita a decir que: «Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo». Si bien, no se hace mención alguna a los contenidos de los medios de comunicación o limitaciones en ese sentido (especialmente actos difamación cometidos a través de los medios de comunicación) o a la protección de los menores frente a cierto tipo de contenidos (aunque existan directivas que regulan algunas de estas cuestiones, como por ejemplo restricciones relativas al medio de difusión, como es el caso de la Directiva de «Televisión sin Fronteras» (Directiva 89/552/CEE, del Consejo, de 3 de octubre de 1989, relativa a la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre el ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva), cuyas normas coinciden en lo sustancial con el Convenio Europeo sobre Televisión Transfronteriza (hecho en Estrasburgo el 5 de mayo de 1989. BOE n.º 96/1998, de 22 de abril de 1998).

Al margen de la CDFUE, el Tribunal de Justicia ha reconocido en diversas ocasiones el derecho fundamental a la vida privada y familiar delimitando su contenido y alcance (STJUE de 24 nov 2011, asunto *Scarlet/Sabam*, C-70/10). No obstante, del análisis de la jurisprudencia del TJUE

se concluye que, por el momento y dentro del ámbito de la vida privada, no se ha elaborado una doctrina jurisprudencial propia, distinta de las recurrentes remisiones a la jurisprudencia del TEDH sobre el artículo 8 CEDH, para la configuración del concepto o noción de vida privada o intimidad —y con ello, el diseño del marco y su alcance de protección—. Esto se traduce en la ausencia de reglas generales propiamente comunitarias, que contribuyan a la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en este ámbito.

Ahora bien, el TJUE sí ha abordado la cuestión de los posibles sujetos titulares del derecho a la vida privada, en especial, de las personas jurídicas. En la sentencia *Hoechst/Comisión* (STJCE de 21 de septiembre de 1989, asuntos acumulados C-46/87 y C-227/88) el Tribunal de Justicia reconoció la exigencia de una protección contra las intervenciones de los poderes públicos en la esfera de la actividad privada de cualquier persona, sea física o jurídica, que sean arbitrarias o desproporcionadas, reconociéndolo como un principio general del Derecho comunitario. A la hora de determinar el alcance jurídico de este principio, por lo que respecta a la protección de los locales comerciales de las sociedades —y demás personas jurídicas—, hay que tener en cuenta la jurisprudencia del TEDH posterior a esta sentencia. De esta jurisprudencia se desprenden varias cuestiones claves. Por un lado, que la protección del domicilio a que se refiere el artículo 8 del CEDH puede ampliarse —en determinadas circunstancias—, a los referidos locales y, por otro, que el derecho de injerencia autorizado por el artículo 8.2 del CEDH, puede entenderse de forma más laxa y amplia que si se tratara de una persona física.

3. Derecho al honor como derecho limitado: límites derivados de libertades e intereses colectivos

3.1. El derecho al honor y la libertad de expresión

El derecho al honor —y el resto de derecho vinculados a la esfera de la personalidad— como derechos y libertades individuales no son ilimita-

dos. En este sentido expresamente se manifiesta el artículo 29.2 DUDH que proclama en general el carácter limitado de los derechos y libertades fundamentales (STS 164/2014, de 12 de marzo; STC 14/2003, de 28 de enero: derechos de la personalidad limitados por otros derechos/libertades y por las leyes, por ej. en ámbito penal: averiguación delitos).

El principal límite en ejercicio de los derechos fundamentales de la personalidad, incluyendo el honor es la libertad de expresión (omnicomprensiva de la libertad de información). En términos generales, cabe apreciar cierta preponderancia de la libertad de expresión/información sobre los derechos de la personalidad. La justificación a esta aproximación es el bien jurídico protegido por uno y otro tipo de derechos/libertades: intereses colectivos frente a intereses individuales. La libertad de expresión se considera como el fundamento de la sociedad democrática de ahí su, en principio, preponderancia sobre otros derechos de naturaleza igualmente fundamentales pero que protegen intereses individuales. La relevancia de la libertad de expresión puede observarse a nivel de textos internacionales. Así se refleja en el Preámbulo y en el artículo 19 DUDH (que incluye la libertad de información, al igual que artículo 10 CEDH) o en el artículo 19.1 y 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 19 de diciembre de 1966 (PIDCP). Ahora bien, aunque la libertad de expresión limita los derechos de la personalidad, también ha de referirse que el honor, la intimidad, la propia imagen y la protección de la juventud y de la infancia operan como límite expreso a la libertad de expresión (con mayor alcance a la libertad de información), como así se establece a nivel supranacional en los artículos 19.3 PIDCP y 10.2 CEDH, y desde la perspectiva nacional en este mismo sentido en el artículo 20.4 CE.

En la medida que la libertad de expresión constituye un límite específico al ejercicio de los derechos vinculados a la personalidad, es necesario delimitar qué comprende esta libertad fundamental para determinar su alcance y protección, en particular en relación con el derecho al honor.

La relación entre el honor y la libertad de expresión e información viene determinada en gran medida por la ausencia de reconocimiento expreso de un derecho al honor —autónomo e independiente— por la mayoría de los ordenamientos nacionales (con ciertas salvedades como es el caso del Derecho español) e incluso por los texto internacionales. La reglamentación que de la reputación ajena hace el CEDH supone que no se encuentre en situación de paridad a la libertad de expresión —recogida y garantizada como derecho—, pues únicamente se prevé como un límite a esta libertad. Mientras que el TEDH en su jurisprudencia considera a la libertad de expresión como «pieza fundamental» en un sistema democrático, refiere a la reputación ajena como límite y, consecuentemente, es objeto de un reconocimiento jurisprudencial menos amplio (al afirmar que los límites a los derechos han de ser interpretados de forma estricta). Es más, la protección del honor se da exclusivamente en la medida que entre en conflicto con la libertad de expresión y el TEDH aprecie que existe una extralimitación en el ejercicio de esta libertad. En caso de conflicto entre ellos, la labor de ponderación (o *balancing*) de los bienes jurídicos y de las circunstancias concretas del caso será la que marque su resolución. La libertad de expresión como libertad fundamental reconocida en el artículo 10 CEDH, según ha sido interpretada por el TEDH, comprende la publicación de imágenes (SSTEDH *Österreichischer Rundfunk* contra Austria, n.º 57597/2000, 25 mayo 2004, y *Verlagsgruppe News GmbH* contra Austria, n.º 10520/2002, aps. 29 y 40, 14 diciembre 2006) y es válida no solamente para las «informaciones» o «ideas» acogidas favorablemente o consideradas inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que chocan, ofenden o inquietan (SSTEDH *Handyside* contra Reino Unido de 7 diciembre de 1976, y *Jersild* contra Dinamarca de 23 septiembre 1994; consolidado por nuestro TC respecto del artículo 20.4 CE: STC 101/1990, de 11 de noviembre). Por tanto, el artículo 10 CEDH se ampara tanto las informaciones o manifestaciones de naturaleza inocua o favorable, como aquellas que puedan resultar ofensivas o incluso inicuas. En esta línea ha de precisarse que a la hora de tutelar este derecho el TEDH no se limita a proteger el contenido de la información que se expresa, sino también la forma del exponer el

mensaje (STEDH asunto *Oberschlick*, de 1 de julio de 1997). Lo que en la práctica se traduce en que las expresiones exageradas o incluso provocadoras son susceptibles de amparo, pero sin que esto se derive en la tutela del insulto o de las imputaciones ofensivas gratuitas. En particular, en el ámbito de digital, son varias las sentencias nacionales que se han pronunciado sobre el ejercicio de esta libertad por particulares en redes sociales y sus límites en relación con los derechos de la personalidad. De esta doctrina cabe concluir que esta libertad legitima la crítica sarcástica, pero que en ningún caso tutela el insulto o las vejaciones (STS 476/2018 de 20 de julio, sala de lo civil, Casación 2355/2017: intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad por las manifestaciones vertidas en Twitter, acompañadas por imágenes ya publicadas por el titular en otras redes, es decir con consentimiento, lo que supuso indemnización por la lesión al buen nombre: honor, pero no así a la intimidad).

Para la solución de las posibles fricciones entre ambos bienes jurídicos lo primero que ha de establecerse son los términos para el conflicto. El TEDH en su sentencia de 8 de julio de 1986, asunto *Lingens*, fija dichos términos: no se ha de sobrepasar los límites previstos en el 10.2 CEDH, y es necesario que la información u opinión vertida sea de interés público. Una vez fijados los términos del conflicto el Tribunal ha de resolverlo ponderando todos los elementos del caso. Son varios los elementos a valorar para este balancing. En primer lugar, las expresiones o atribuciones de hechos potencialmente ofensivos deben producirse en el contexto de un asunto de interés público. En su práctica el TEDH no hace distinción alguna entre asuntos de naturaleza política y otros asuntos de interés general, pues no establece límites distintos a la libertad de expresión según esta sea ejercitada dentro o fuera del debate político (STEDH asunto *Thorgeir Thorgeirsson v. Islandia*, 25 de junio de 1992, §§ 63 y ss.). Lo verdaderamente relevante es que el asunto de que se trate revista interés general, sin que sea condición necesaria que los hechos se encuadren dentro de un contexto de debate público —incluso si no existe debate alguno al respecto—. El elemento «interés público» es el que permite determinar si se ha producido o no una extralimitación en

el ejercicio de la libertad de expresión. Es la concurrencia del interés general la que permite el amparo de las expresiones o imputaciones de hechos potencialmente ofensivos, siempre que estos no sean gratuitos y emitidos fuera del contexto (por lo que no aportan nada a la discusión o debate). En segundo lugar, hay que atender al animus con el que se han emitido las manifestaciones. El TEDH no ampara aquellas manifestaciones que se emiten con el fin de ofender o menospreciar gratuitamente y sin aportar nada —al debate público—, esto es, no se tutela el *animus injuriandi*. En este sentido, se deduce que lo que queda amparado por el artículo 10 CEDH debe obedecer al *animus narrandi, criticandi o retroquendi* (aunque el contenido de las manifestaciones sea especialmente duro). Si bien por lo general el contexto en el que ha de realizarse el análisis del animus va a responder a declaraciones vertidas como consecuencia de unas anteriores, cabe aludir a un nuevo elemento presente en la práctica: el hecho de que las expresiones litigiosas hayan sido, en mayor o menor proporción, provocadas por los propios «locutores» (STEDH asunto *Fuentes Bobo v. España*, 29 de febrero de 2000, § 48). En tercer lugar, ha de considerarse el principio de veracidad —o *exceptio veritatis*—. Al igual que ocurre en el ámbito nacional (tal y como establece el TC), por el TEDH se diferencia entre libertad de información y libertad de expresión a la hora de proclamar la aplicabilidad de esta excepción y, con ello, el ámbito de amparo. Así, ha de partirse de la distinción entre manifestación de opiniones y de hechos, ya que la *exceptio veritatis* únicamente se aplicará cuando la libertad que se ejerce es la de información y no cuando es la de expresión, pues lógicamente respecto de las opiniones no puede realizarse un juicio o examen de veracidad. La *exceptio veritatis* podrá oponerse como causa de legitimación de intromisiones al derecho al honor, cuando aquellas consistan en atribuir hechos ofensivos al titular y estos resulten verídicos (STEDH asunto *Castell v. España*, de 23 de abril de 1992, § 69). De esto se derivan varios deberes y responsabilidades que se exigen para el ejercicio de estas libertades, y que pueden concretarse en la obligación de transmitir informaciones «exactas» y «dignas de crédito» (STEDH asunto *Bladet Tromso y Stensaas*, de 20 de mayo de 1999, § 65).

Para que se cumpla este principio de veracidad no es suficiente que la información transmitida tenga una base real, sino que el modo de transmitirla tiene que ser de tal manera que no induzca a error a los receptores de la misma. Por lo que no son admisibles las insinuaciones, observaciones complementarias, juicios de valor o suposiciones vertidas con el fin de generar en el público una idea equivocada (STEDH asunto *Markt Intern Verlag GMBH y Klaus Beermann v. Alemania*, de 20 de noviembre de 1989, §§ 33-35). Con ello no se quiere decir que el TEDH no ampare las opiniones o los juicios de valor, sino que para ello requiere que estas tengan una base fáctica (SSTEDH, asunto *Wirtschafts-Trend-Verlags GMBH c. Austria*, de 27 de octubre de 2005; *Prager y Oberschilck c. Austria* de 26 de abril de 1995, § 37; *Ukrainian Media Group c. Ucrania* de 29 de marzo de 2005, § 42; *Paturel c. Francia* de 22 de diciembre de 2005), aunque en ocasiones los hechos y opiniones resulten difícilmente separables por formar un todo (STEDH asunto *Vides Aizsardzības Klubs c. Letonia*, de 27 de mayo). En caso de duda a la hora de deslindar los hechos de las opiniones, habrá que atender —tal y como ha señalado la STC 6/1988, de 21 de enero—, al elemento predominante (fáctico o valorativo) para determinar si se está ante el ejercicio de la libertad de expresión o de la libertad informativa. El cuarto elemento a tomar en consideración es la difusión de las manifestaciones. Para entender consumada una intromisión ilegítima del derecho al honor es necesario que las declaraciones controvertidas hayan sido objeto de difusión, sin que el medio utilizado condicione la existencia o no de la intromisión. No obstante, los medios utilizados para la difusión sí inciden en los efectos «nocivos» de la intromisión, esto es, el daño puede ser cuantitativa y cualitativamente mayor según se haya utilizado uno u otro medio para difundir las declaraciones presuntamente difamantes. No es lo mismo los daños que se pueden producir utilizando la prensa escrita que a través de los medios audiovisuales, pues estos últimos provocan unos efectos «mucho más inmediatos y potentes». El último elemento a la hora de interpretar y aplicar los límites y restricciones previstos en el 10.2 CEDH a la libertad de expresión e información, es el principio de necesidad. Para que la injerencia en el derecho al honor cumpla con los requisitos

exigidos en este artículo («constituyan medidas necesarias»), debe corresponder especialmente a una necesidad imperiosa y proporcionada a la finalidad legítima perseguida, que ha de ser alguna de las previstas en el 8.2 CEDH. Para apreciar la concurrencia de este requisito el TEDH lleva a cabo una operación doble, analiza por un lado si la sanción está justificada por «una necesidad social imperiosa» y, por otro lado, si es proporcionada al fin legítimo garantizado.

3.2. *Diferencias entre los modelos norteamericano y europeo*

Cabe constatar significativas diferencias entre los Estados parte del CEDH (Europa) y terceros Estados en los que priman la libertad de expresión sobre todos los derechos. En este grupo encaja los Estados Unidos en los que se brinda protección a la libertad de expresión en cualquier caso frente a privacidad/intimidad o supuestos de difamación. En este sentido no cabe olvidar que los principales prestadores de servicios de la Sociedad de la información (redes sociales, motores de búsqueda, etc.) tienen su establecimiento en EE. UU.

La justificación de esa prevalencia es que libertad de expresión reconocida en Primera Enmienda Constitución mientras que la privacidad es un derecho de origen netamente jurisprudencial (TS americano). No se trata de diferencias fundamentadas en distinta tradición jurídica, que permitiera la distinción entre los países del *common law* (sistemas anglosajones) y países de *civil law* (Derecho continental), dado que la distinta aproximación puede observarse incluso entre Estados pertenecientes a la misma tradición jurídica como es el caso de Derecho inglés y el norteamericano. Es tal la diferencia en el tratamiento de la cuestión entre estos países que desde EE. UU. se ha acuñado terminología específica para referir la «huida» hacia la jurisdicción inglesa en litigios de este tipo como *libel tourism*, dado los resultados más favorables para las víctimas de ataques a su honor/intimidad frente a supuestos ejercicios de la libertad de expresión. Para luchar contra esta tendencia, cuando los demandados sean nacionales (p. física o jurídica) estadounidenses se han apro-

bado distintas normas en EE. UU., con el objeto de eliminar el problema en fase de reconocimiento de las eventuales resoluciones extranjeras (de Europa en general e inglesas en particular). El objeto fundamental de estas iniciativas legislativas (federal y algunas estatales) es denegar el reconocimiento de cualquier decisión extranjera contraria a la Primera Enmienda de la Constitución que tutela la libertad de expresión de los ciudadanos y empresas EE. UU. (*Federal Seech Act 2010; Libel Tourism Protection Act 2008 del Estado de Nueva York; Libel Tourism Law 2008 del Estado de Illinois y la California Libel Tourism Act 2010*).

Los efectos previstos en estas normas no es más que el recurso al orden público previsto en todos los sistemas de reconocimiento y/o ejecución de decisiones extranjeras para denegarlo en la medida que están implicados derechos y libertades fundamentales.

*Autor: Clara Isabel Cordero Álvarez
(Prof.^a contratada. Doctora, Universidad Complutense de Madrid)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BATISTA JIMÉNEZ, Fernando «La eficacia del valor dignidad de la persona en el sistema jurídico español», *Biblioteca Jurídica Virtual*, Cuestiones Constitucionales, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/cconst/cont/11/ard/ard1.htm>; CATALÀ I BAS, Alexandre. *Libertad de expresión e información. La jurisprudencia del TEDH y su recepción por el Tribunal Constitucional*, Valencia, 2001; CATE, Fred H. *Privacy in the Information Age*, Washington, D. C., 1997; CLAVERÍA GONSÁBEZ, L. H. «Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen», *ADC*, 1984, III, pp. 31-69; CORDERO ÁLVAREZ, Clara Isabel. *Litigios internacionales sobre difamación y derechos de la personalidad*, Dyckinson, Madrid, 2015; DIAS OLIVEIRA, Elsa. *Da responsabilidade Civil Extracontractual por violação de Direitos de Personalidade em Direito Internacional Privado*, Coimbra, 2011, pp. 138-139; ESLAVA RODRÍGUEZ, María. *La protección civil del derecho a la vida privada en el tráfico privado internacional: Derecho aplicable*, Cáceres, 1998;

GALÁN JUÁREZ, Mercedes. *Intimidad. Nuevas dimensiones de un viejo derecho*, Madrid, 2005; GRIMALT SERVERA, Pedro. *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Madrid, 2007; HERRERO-TEJEDOR ALGAR, Fernando. *Honor, intimidad y propia imagen*, Colex, Madrid, 1994; LARENZ, Karl. «El derecho general de la personalidad en la jurisprudencia alemana», *RDP*, 1963, pp. 639-641; MAGNUS, Ulrich. «Tort Law in General», *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, JUK-Northampton, 2006, pp. 719-729; MARTÍNEZ DE PISÓN, José M.^a. *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Madrid, 1992; MASSIMINI, Marco. *Il diritto alla privacy. Motivi ed aspetti di una tutela problematica*, Milán, 2002; MCCARTHY, T. J. *The Rights of Publicity and Privacy*, 2.^a ed., New York, 2000; MIERES MIERES, Luis Javier. *Intimidad personal y familiar. Pronunciario de jurisprudencia constitucional*, Navarra, 2002; O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier. *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad y propia imagen*, Madrid, 1991; REBOLLO DELEGADO, Lucrecio. *El derecho fundamental a la intimidad*, 2.^a ed. Madrid, 2005; RESTA, Giorgio. *Autonomia privata e diritti della personalità: [il problema dell' sfruttamento economico degli attributi della persona in prospettiva comparatistica]*, Nápoles, 2005, pp. 250-300; RIGAUX, François. *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruselas, 1990; RIDOLFI, Claudia. *Persona e mass media: la tutela della persona nelle trasmissioni televisive tra autonomia contrattuale e diritti fondamentali*, Padova, 1995; RUIZ DE MIGUEL, Carlos. *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Madrid, 1995; SALVADOR CODERCH, Pablo y CASTIÑEIRA PALOU, M.^a Teresa. *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Madrid, 1997; WARREN, Samuel y BRANDEIS, Louis. «Right to privacy», *HLR*, vol. IV, n.º 5, dec.15-1890, pp. 193-221.

I

IBERRED

La Red Iberoamericana de Cooperación Jurídica Internacional (IberRed) constituye una valiosa red de colaboración, en áreas del Derecho civil y penal. La Red se conforma por autoridades centrales y miembros de los ministerios de Justicia, y demás órganos judiciales de 22 países iberoamericanos. También se integra por Tribunal Supremo de Puerto Rico (comprendiendo Andorra, España y Portugal). El objetivo elemental es optimizar el funcionamiento de los actuales convenios de asistencia civil y penal, y fortalecer la cooperación entre los países miembros de la Comunidad Iberoamericana de Naciones. Tal estructura constituye un avance primordial en la construcción de un espacio judicial iberoamericano. A los fines de salvaguardar la tutela judicial efectiva, aspira a reforzar los mecanismos de cooperación jurídica internacional y, por añadidura, simplificar los instrumentos y herramientas vigentes en la actualidad. Sus lenguas oficiales son el español y el portugués (IberRed, 2014).

1. Historia

La Red se fundó de manera formal en la reunión constitutiva llevada a cabo los días 27 a 29 de octubre del año 2004. Como resultado se adoptó el Reglamento constitutivo. En la comitiva participaron representantes de los tres organismos con competencia en materia de cooperación judicial: Conferencia de Ministros de Justicia de los países Iberoamericanos (COMJIB), Cumbre Judicial Iberoamericana (CJI) y la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP).

La importancia de la participación de los protagonistas implicados en el auxilio judicial internacional configura un claro avance hacia una justicia

eficiente, al alcance de todos los ciudadanos y de los operadores jurídicos.

2. *Estructura*

En cuanto a los órganos de gobierno, IberRed se compone de una Secretaría General y otras reparticiones, con quienes se trabaja de manera mancomunada. En cuanto a la primera, se trata de un organismo de carácter permanente, encabezada por la Secretaría General de la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB). La sede se encuentra en Madrid. Respecto a los miembros que la conforman debemos mencionar: puntos de contacto, autoridades centrales y cualquier otra autoridad judicial o administrativa con funciones relacionadas a la cooperación judicial en materia civil y penal.

Los puntos de contacto son aquellas autoridades designadas por los ministros de Justicia, las fiscalías o procuradurías generales y por los organismos judiciales de los países iberoamericanos. Puede tratarse de jueces, fiscales y funcionarios de los ministerios de Justicia. Sus funciones están destinadas a efectivizar las acciones operativas. Su rol radica en proporcionar a los órganos judiciales locales y a los restantes puntos de contacto información adecuada para llevar adelante un óptimo servicio de cooperación jurídica. También debe facilitar la identificación de los funcionarios asignados para el efectivo cumplimiento de las solicitudes de auxilio jurisdiccional y ofrecer soluciones prácticas a los inconvenientes que se puedan suscitar. A su vez, coordinan las solicitudes recibidas en los Estados pertinentes.

Las autoridades centrales son las designadas por las convenciones de Derecho internacional ratificadas por los países de la Comunidad Iberoamericana o de acuerdo a las normas de Derecho interno que reglamenten la cooperación judicial internacional en temas civiles o penales. La función es velar por el correcto funcionamiento de los convenios. A tales efectos, reciben apoyo constante de IberRed a los fines de alcanzar

mayor efectividad en los procesos en los que actúan. Desde IberRed, las autoridades centrales trabajan de manera sinérgica en cinco áreas cruciales: extradición y asistencia penal mutua, sustracción de menores, traslado de personas condenadas, a Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción.

3. Objetivos

Cuadra destacar, que el propósito elemental —como bien mencionamos— consiste en optimizar la cooperación jurídica en cuestiones de índole civil y penal entre los países iberoamericanos. Para tal cometido se insta a los miembros a contribuir al correcto desenvolvimiento de los procedimientos transnacionales y, a la agilización de los pedidos de auxilio judicial internacional.

4. Características

Con relación a la actuación de sus miembros, IberRed se caracteriza por la informalidad, complementariedad, horizontalidad, flexibilidad y confianza mutua. La informalidad implica que la actividad desplegada por sus miembros no tiene procesos específicos, sino que se procura la solución de problemas en materia de cooperación de manera espontánea. En otras palabras, no sustituyen las vías formales de cooperación, sino que la aceleran.

La complementariedad significa que la intervención de IberRed no varía las autoridades iniciales con competencia en auxilio internacional designadas por cada país. Esto que implica que la Red no suplanta la tarea de las autoridades oficiales, sino que la complementa.

La horizontalidad se observa al no advertir estructuras jerárquicas dentro de la Red. Si bien existe un coordinador por cada una de las tres

instituciones en cada país su función consiste en articular los puntos de contactos nacionales para una mejor cooperación internacional.

Una de las características con gran utilidad es la flexibilidad con la que la Red se adapta a cada organización judicial. Los Estados participantes son los que designan a jueces, fiscales y funcionarios que participarán como puntos de contacto.

La última particularidad radica en la confianza mutua de sus miembros. De este modo se alienta los contactos informales entre los funcionarios de los países designados, quienes se comunican diariamente a través de diferentes canales. También IberRed puso en funcionamiento una intranet de práctico acceso en la página web oficial de la Red.

5. *Iber@*

Una herramienta trascendental para la cooperación judicial internacional es la plataforma electrónica de comunicación *Iber@*. Este sistema de carácter confidencial, securitizado, de fácil uso y acceso es utilizado por los puntos de contacto y también por otras redes como Eurojust, Secretaría General de INTERPOL, Red Iberoamericana de Fiscales Especializados Contra la Trata de Seres Humanos.

Para acceder es necesario un usuario suministrado por la Secretaria General de IberRed, previamente designado por las instituciones que forman parte de la Red. Seguidamente, cada usuario genera su contraseña privada de renovación obligatoria cada seis meses. Un punto a destacar es que *Iber@* no exige requerimientos específicos más que un ordenador y una conexión a internet, por lo que se puede iniciar sesión desde cualquier parte del mundo (AGUADA y JEIFETZ, 2019).

Una vez que el usuario se identifica en el sistema, accede a la plataforma desde el portal de IberRed y selecciona la institución a quien dirigirá su consulta: un punto de contacto, a un enlace o a un miembro nacional de

Eurojust. Efectuada una consulta, el destinatario recibe una notificación por correo electrónico. Luego, para su diligenciamiento deberá ingresar a la plataforma.

Un gran impulso para esta plataforma fue la elaboración del Tratado relativo a la transmisión electrónica de solicitudes de cooperación jurídica internacional entre autoridades centrales, efectuado en Medellín en julio de 2019, más conocido como Tratado de Medellín. Este Convenio, cuenta con las firmas de Andorra, Argentina, Brasil, Colombia, Chile, España, Paraguay, Portugal y Uruguay. A su vez se encuentra abierto para la incorporación de los otros Estados iberoamericanos. No obstante, a la fecha —noviembre de 2020— no se encuentra en vigor debido a que no se reúnen los requisitos previstos por el artículo 11.5.

Como mencionan Mercedes ALBORNOZ y Sebastián PAREDES (2019), este instrumento no regula los requisitos formales, procesales o sustanciales de los exhortos, sino que brinda una visión renovadora y perfeccionadora de los tratados vigentes en materia de cooperación internacional. La innovación que se postula, acorde a los tiempos que corren, es eliminar la transmisión de pedidos de auxilio internacional en formato papel y ofrecer como vía principal la plataforma electrónica Iber@ (artículo 1), aunque su uso no resulta obligatorio (artículo 4). El primer depósito del instrumento de ratificación tuvo lugar en mayo del 2020 por parte del Principado de Andorra.

Sin dudas, la cooperación transfronteriza exige la incorporación de modernas tecnologías para garantizar la tutela judicial efectiva lo cual demanda esfuerzos conjuntos por parte de los Estados iberoamericanos, con el fin último de lograr la digitalización de los mecanismos existentes en materia de cooperación judicial internacional. En este camino, la plataforma Iber@ constituye una valiosa oportunidad teniendo en cuenta los parámetros de seguridad, inmediatez y sencillo acceso que la caracteriza.

6. *Importancia para el Derecho internacional privado*

Centrándonos en su puesta en práctica en el ámbito de las situaciones privadas con elementos extranjeros, un dato no menor es que en marzo de 2013 IberRed firmó un Memorandum de Entendimiento con la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos (COMJIB). En dicho documento se expresa la necesidad de coordinar esfuerzos para mejorar los servicios de justicia de cada país participante y garantizar el acceso internacional a la justicia.

Así, se acordó que la cooperación entre las partes alcanza el intercambio de información, capacitación de los actores y colaboración mutua en la implementación de actividades en conjunto. Con relación a la información —la cual debe ser actualizada, relevante y precisa— que sea pretendida, el acuerdo fija de manera expresa la confidencialidad de los datos y su destino exclusivo a los objetivos propuestos.

Una de las grandes ventajas es que se logra un sistema de comunicación rápido y seguro entre jueces, fiscales, autoridades centrales y ministros de Justicia. Esto conlleva una mejora en la velocidad de actos procesales que se deben desplegar en los países iberoamericanos. Por lo tanto, cobra relevancia a la hora de innovar los mecanismos necesarios para eficientizar la cooperación y garantizar la validez de pruebas recabadas en extraña jurisdicción.

Otro de los ámbitos con gran incidencia para el Derecho internacional privado tiene que ver con los procesos de sustracción de niños, niñas y adolescentes. En esta línea, se realizan de manera periódica encuentros de autoridades centrales iberoamericanas a los fines de elaborar buenas prácticas para el retorno inmediato de los niños a sus países de origen. Algunas de las conclusiones se encuentran reunidas en el documento titulado *Las autoridades centrales ante la sustracción internacional de menores. Guía de buenas prácticas del año 2008*.

*Autora: Laura Martina JEIFETZ
(Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: AGUADA, Erika Yasmín y JEIFETZ, Laura Martina. *Exhorte electrónico y blockchain: herramientas y desafíos de la cooperación judicial internacional*. Ponencia presentada en Congreso AADI de Derecho internacional, Córdoba, Argentina, 2019; ALBORNOZ, Mercedes y PAREDES, Sebastián. «Nuevo Tratado de Medellín: la tecnología de la información al servicio de la cooperación internacional», *Derecho en Acción*, 2019, <http://derechoenaccion.cide.edu/nuevo-tratado-de-medellin-la-tecnologia-de-la-informacion-al-servicio-de-la-cooperacion-internacional/> Fecha de consulta: 10/11/2020; CONFERENCIA DE MINISTROS DE JUSTICIA DE LOS PAÍSES IBEROAMERICANOS. «Un paso más hacia la cooperación jurídica internacional en clave tecnológica». *COMJIB*, 2020, <https://comjib.org/un-paso-mas-hacia-la-cooperacion-juridica-internacional-en-clave-tecnologica/> Fecha de consulta: 10/11/2020; RED IBEROAMERICANA DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL. <https://www.iberred.org/>, 2014. Fecha de consulta: 01/11/2020; *ID. Las autoridades centrales ante la sustracción internacional de menores. Guía de buenas prácticas*, 2008, https://iberred.org/sites/default/files/guia_sustraccion_menores.pdf Fecha de consulta: 09/11/2020; *ID. Folleto informativo sobre Iber@*, https://www.iberred.org/sites/default/files/folleto_iber_espanol.pdf Fecha de consulta: 01/11/2020; *ID. Folleto Informativo IberRed*, <https://www.iberred.org/sites/default/files/contenido/Folleto%20informativo%20IberRed%20%28es%29.pdf> Fecha de consulta: 05/11/2020; *ID. Memorandum of understanding between The Hague Conference on Private International Law and the Conference of Ministers of Justice of Iberoamerican countries and the Ibero-american Networks of International Legal Cooperation*, 2013, https://www.iberred.org/sites/default/files/mouhaya_comjib_iberred.pdf Fecha de consulta: 04/11/2020.

VOCABLOS CONEXOS: Acceso internacional a la justicia. Autoridad Central. Cooperación judicial internacional. Cooperación transfronteriza.

***INJUNCTION* (MANDAMIENTO)**

En el sistema del *common law*, la noción de *injunction* (mandamiento) podría ser descrita como una medida equitativa (*equitable remedy*) y, por lo tanto, de carácter puramente discrecional con la cual se podría potencialmente conseguir la intervención de un órgano jurisdiccional o, según el caso, de un tribunal arbitral, a los fines de: (1) impedir una determinada conducta (*prohibitory injunction*); (2) exigir una determinada conducta (*mandatory injunction*); o (3) prevenir la ocurrencia de un daño futuro (*quia timet injunction*).

El mandamiento, generalmente, se ubica dentro del listado de otras medidas equitativas tales como: el cumplimiento en especie (*specific performance*), la rescisión (*rescission*), la rectificación (*rectification*) y el reintegro (*account*). Tanto el mandamiento como el resto de tales medidas recaen directamente sobre la persona en contra de la cual se ha decretado la medida (*in personam*). Todas las medidas equitativas parten de una misma premisa: la equidad no permite que la víctima de una transgresión se vea privada de la posibilidad de pedir justicia.

Nótese que el mandamiento no procede cuando el efecto directo o indirecto de la medida solicitada sea obtener el cumplimiento por equivalente. Esto sucede porque, a diferencia de lo que ocurre en el sistema de Derecho continental, en el sistema del *common law* la regla es que la víctima no puede solicitar el cumplimiento en especie sino solo cuando una indemnización por concepto de daños culmine siendo inadecuada. El solicitante del mandamiento es quien tiene la carga de probar que dicha indemnización no es adecuada.

Se trata, pues, de una medida que sirve para legitimar la imposición de todo un sinnúmero de órdenes dirigidas a remediar o prevenir transgresiones de diversa índole, de suerte que la doctrina examina el asunto en el contexto de una plétora de materias, a saber, el Derecho de contratos (*contract law*), el Derecho de equidad y fiduciario (*equity and trusts*), el Derecho procesal (*civil procedure*), el Derecho comercial (*commercial law*), el Derecho internacional privado (*private international law*), el arbitraje internacional (*international arbitration*), etc.

La solicitud de mandamiento puede ser presentada en cualquier estado y grado del procedimiento y, casi siempre, debe ser acompañada por una caución (*undertaking*). El solicitante podría, excepcionalmente, requerir el mandamiento antes de iniciar el procedimiento correspondiente. En este caso, la solicitud debe contener una promesa de presentar la demanda. Los órganos jurisdiccionales son bastante flexibles al tramitar este tipo de medidas, a tal punto que el mandamiento se podría incluso solicitar por vía telefónica.

Dependiendo de las circunstancias, la persona en contra de la cual se decreta un mandamiento podría o no ser notificada de la respectiva solicitud. Si el demandado fue notificado de la solicitud, la medida se mantiene hasta el día del juicio, momento en el cual el juez debe decidir si ratifica o si revoca la medida. Si el demandado no fue notificado de la solicitud, la medida se mantiene hasta que este haga oposición a la misma. Allí, el juez debe, igualmente, decidir si ratifica la medida (hasta el día del juicio) o si la revoca.

Cuando la naturaleza del asunto contrasta con que se notifique al demandado, los órganos jurisdiccionales confían que el solicitante ha presentado una versión completa de las circunstancias que motivan la solicitud, incluyendo información que se haya podido obtener mediante una investigación. De modo que el solicitante debe asegurarse de no desinformar a los órganos jurisdiccionales, so pena de ser condenado a pagar

no solamente las costas del procedimiento, sino además una indemnización por concepto de daños consecuenciales.

El mandamiento podría llegar a ser provisional (*interim injunction*) o permanente (*permanent injunction*) y condicional o incondicional. La competencia para decretar un mandamiento recae, principalmente, sobre la Alta Corte (*the High Court*). Dicha competencia tiene su fundamento en la sección 37(1) de la Ley de la Corte Suprema de 1981 (*Supreme Court Act 1981*), la cual establece, *inter alia*, que la Alta Corte podría, mediante una sentencia interlocutoria o definitiva, acordar un mandamiento cuando ello parezca justo y conveniente.

A los fines de determinar si es justo y conveniente acordar un mandamiento, el juez debe tomar en consideración no solamente los intereses del solicitante, sino también los intereses de la parte en contra de quien se solicita el mandamiento en cuestión. Las cuestiones relacionadas con las medidas provisionales (en general) y con la solicitud de un mandamiento provisional (en particular) han sido codificadas en la parte 25 de las Reglas de Procedimiento Civil de 1988 y sus Directrices Prácticas (*Civil Procedure Rules 1998 and Practice Directions*).

Los principios destinados a regular el decreto de un mandamiento provisional se hallan en la sentencia dictada por la Cámara de los Lores (*the House of Lords*) en el caso de *American Cyanamid Co (n.º 1) v Ethicon Ltd* (1975) UKHL 1, en donde se dijo, entre otras cosas, que un mandamiento se encuentra supeditado a (1) la existencia (*prima facie*) de una violación que sea capaz de causar un daño importante, (2) la adecuación de una indemnización por concepto de daños, (3) la proporcionalidad de la medida solicitada o (4) cualquier otro factor especial.

Ahora bien, comoquiera que en el sistema del *common law* rige la doctrina del precedente (*doctrine of precedent*), la cual, básicamente, quiere decir que casos similares deben ser decididos de una misma manera, lo más razonable termina siendo examinar la aplicabilidad de dichos principios de

cara a casos (o hechos) concretos, cuestión que demanda una revisión de la jurisprudencia. Por otro lado, es importante identificar además si el mandamiento procede en lugar de (o conjuntamente con) una indemnización por concepto de daños.

Otro de los aspectos prácticos que hay que tomar en consideración es que la solicitud de mandamiento provisional debe ser presentada e incluso decidida tan pronto como sea posible. Para facilitar la tarea del juez, la solicitud suele ser acompañada por un borrador de la decisión. La obligación de cumplir con el mandamiento surge desde el mismo momento en el cual se recibe la orden correspondiente. El incumplimiento del mandamiento constituye desacato y, por consiguiente, podría tener repercusiones penales.

En el caso de la transgresión de obligaciones de no hacer, el otorgamiento de un mandamiento prohibitorio o de abstención pretende impedir una transgresión actual. Cabe destacar que, en estos supuestos, los órganos jurisdiccionales no están obligados a examinar la proporcionalidad de la medida, salvo que se trate de impedir una futura transgresión. El juez podría muy bien denegar la solicitud cuando su otorgamiento coloque al demandado en una situación de penuria u opresión.

En el caso de la transgresión de obligaciones de hacer, específicamente, cuando se trata de un acto que tuvo lugar en el pasado, el otorgamiento de un mandamiento positivo o de actuación tendría como propósito colocar a la víctima en el estado que ella tenía antes de haber ocurrido la transgresión. En estos casos, los órganos jurisdiccionales sí están obligados a examinar la proporcionalidad de la medida, esto es, si el perjuicio que podría llegar a sufrir el demandado es mayor a la ventaja que persigue obtener el solicitante del mandamiento.

Una competencia similar recae sobre los órganos jurisdiccionales de menor jerarquía, es decir, sobre las cortes de condado, las cuales, a tenor de lo establecido en la sección 28 de la Ley de las Cortes de Condado de

1984 (*County Courts Act 1984*) podrían igualmente decretar mandamientos provisionales o permanentes, excepto en el caso de una orden de búsqueda y remoción de documentos o materiales (*search order*) o de una prohibición de enajenación de bienes (*freezing order*), las cuales solo pueden ser decretadas por la Alta Corte.

Los principios que rigen la obtención de la primera de ellas fueron fijados en *Anton Piller KG v Manufacturing Processes Ltd & Ors* (1975) EWCA Civ 12, en donde se dijo que su otorgamiento está supeditado a la existencia de (1) un asunto que, a primera vista, justifique una decisión a favor del solicitante; (2) un daño grave, presente o futuro; y, (3) un medio de prueba que demuestre que los documentos o materiales se encuentran en posesión del demandado y que, si se negare la solicitud, estos serían destruidos.

La prohibición de enajenación (o libre disposición) de bienes, anteriormente conocida bajo el nombre de mandamiento Mareva (*Mareva Cia Naviera SA v International Bulkcarriers SA (The Mareva)* (1975) 2 Lloyd's Rep 509, CA), tiene por objeto impedir que una de las partes (demandante o demandado) disponga de sus bienes en perjuicio de su contraparte. La idea es garantizar que, si la pretensión del solicitante de la medida se declara procedente, existan bienes suficientes sobre los cuales se pueda efectuar la ejecución de la sentencia.

Repárese que el mandamiento Mareva no constituye una garantía y, mucho menos, un gravamen sobre los bienes del afectado. La medida podría incidir no solamente sobre bienes ubicados en el ámbito competencial-territorial de la corte que conoce de la respectiva solicitud, sino también sobre bienes ubicados en el extranjero (*worldwide freezing (or Mareva) order*). En *Dadourian Group Int Inc v Simms & Ors* (2006) EWCA Civ 399, la Corte de Apelaciones fijó ciertas directrices vinculadas con este último supuesto.

Obsérvese, al mismo tiempo, que de conformidad con lo establecido por la sección 25 de la Ley de Jurisdicción y Sentencias Civiles (*Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982*), la prohibición de enajenación (o libre disposición) de bienes podría versar sobre procedimientos que se han iniciado (o se van a iniciar) en un país extranjero. Los órganos jurisdiccionales podrían rehusarse a conferir esta clase de solicitudes cuando su otorgamiento fuere inconveniente (*inexpedient*), un concepto que debe ser analizado caso por caso.

Otro de los mandamientos más estudiados, particularmente, en el ámbito del arbitraje internacional, es el denominado mandamiento antiproceso (*anti-suit injunction*), el cual permite impedir la iniciación (o, según el caso, la continuación) de una reclamación que, en lugar de haber sido propuesta en sede arbitral, termina siendo presentada en sede jurisdiccional. Tal vez sea oportuno resaltar que el destinatario del mandamiento es el agravante y no el órgano jurisdiccional que fuere llamado a conocer del asunto.

Sin embargo, en el caso de *Allianz v West Tankers* (Asunto C-185/07), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea limita drásticamente la competencia de los órganos jurisdiccionales ingleses al declarar que el mandamiento por el cual se le prohíbe «a una persona entablar o proseguir un procedimiento ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro, por considerar que tal procedimiento es contrario a un convenio arbitral, es incompatible (con el Derecho europeo)».

Aunque tal restricción nace en el marco del Reglamento 44/2001 (22/12/00), en *Nori Holding Ltd v Public Joint-Stock Company* (Rev 1) [2018] EWHC 1343 (Comm) se dijo que la situación era idéntica bajo el Reglamento 1215/2012 (12/12/12). A decir verdad, no queda claro cuál es la situación ahora que el Reino Unido no forma parte de la Unión Europea. Pareciera que, *de lege data*, ya no existe semejante restricción, al menos por lo que respecta a la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema del Reino Unido.

Distinta es la situación cuando el mandamiento antiproseso es decretado por parte de un tribunal arbitral. Así lo confirma el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en *Gasprom v Lietuvos Respublika* (Asunto C-536/13) en donde se explica que el Derecho europeo no impide «que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro reconozca y ejecute, ni a que se niegue a reconocer y ejecutar, un laudo arbitral que prohíbe a una parte formular determinadas pretensiones ante un órgano jurisdiccional de [un] Estado miembro».

En conclusión, se podría decir entonces que, en el sistema del *common law*, el mandamiento es una de las medidas más versátiles y, sin lugar a dudas, una de las más estudiadas por parte de la doctrina. Claro que no se trata de una institución propia de dicho sistema, sino de una institución que, probablemente, se haya inspirado en el interdicto del Derecho romano clásico y que, por lo tanto, ha sido también desarrollada con creces dentro del sistema de Derecho continental.

Autor: Julio-César Betancourt
(Abogado. Doctor en Derecho Privado, Oxford)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BETANCOURT, Julio-César. *El contrato de arbitraje internacional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 479-486; BETANCOURT, Julio-César. «*Anti-Suit Injunctions in the EU: Are They Finally Back on the Menu?*», Kluwer Arbitration Blog, 2021, pp. 1-5; CUNNINGHAM-HILL, Susan y ELDER, Karen. *Civil Litigation: 2019-2020*, 12.^a ed., Oxford: Oxford University Press, 2019, pp. 271-276. GEE, Steven. *Commercial Injunctions*, 6.^a ed., London: Sweet & Maxwell, 2016, pp. 1-2019; MACDONALD, Ian y STREET, Anne. *Equity and Trusts*, Oxford: Oxford University Press, 2018, pp. 212-218; PEEL, Edwin. *The Law of Contract*, 5.^a ed., London: Sweet & Maxwell, 2020, pp. 1271-1280; RAACK, David W. «A History of Injunctions in England Before 1700», *Indiana Law Journal*, vol. 61, n.º 4, 1986, pp. 539-592; RAPHAEL, Thomas. *The Anti-suit Injunction*, 2.^a ed., Oxford: Oxford University Press, 2019, pp. 1-478; RITCHIE, Stuart y BICKFORD SMITH, James. «Injunctions: An Over-

view», *Practical Law UK: Practice Note Overview 3-619-2826*, 2021, pp. 1-32; ZUCKERMAN, Adrian (edit.). *Halsbury's Laws of England/Civil Procedure*, vol. 11, 2020, párr. 1-496; vol. 12, 2020, párr. 497-1206; vol. 12A (2020), párr. 1207-1740)/21. Power to Grant Interim Injunctive Relief/(1) Power to Grant Injunctions/1065. Power to grant injunctions; in general.

REFERENCIAS NORMATIVAS: Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982; Civil Procedure Rules 1998 and Practice Directions; County Courts Act 1984; Supreme Court Act 1981.

JURISPRUDENCIA SELECCIONADA: *Allianz v West Tankers* (Asunto C-185/07); *American Cyanamid Co (n.º 1) v Ethicon Ltd.* (1975) UKHL 1; *Anton Piller KG v Manufacturing Processes Ltd & Ors* (1975) EWCA Civ 12; *Dadourian Group Int Inc v Simms & Ors* (2006) EWCA Civ 399; *Gazprom v Lietuvos Respublika* (Asunto C-536/13); *Mareva Cia Naviera SA v International Bulkcarriers SA (The Mareva)* (1975) 2 Lloyd's Rep 509, CA; *Nori Holding Ltd v Public Joint-Stock Company (Rev 1)* [2018] EWHC 1343 (Comm).

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje comercial internacional. Brexit (y Derecho internacional privado). Derecho internacional privado. Medidas cautelares de los órganos judiciales (competencia judicial internacional y efectos en el extranjero). Medidas cautelares en el arbitraje internacional. Tribunal arbitral.

INMUEBLE FRONTERIZO

El término «inmueble fronterizo» hace referencia a las propiedades inmuebles situadas en territorios sometidos a distintas soberanías estatales. Tradicionalmente, se ha afirmado que la regla *Lex Rei Sitae* debe operar *literalmente*. De tal modo, la parte del inmueble situada en cada Estado se sujetará a la Ley de dicho Estado.

Tradicionalmente la regla *Lex rei sitae* ha sido la ley aplicable a los bienes inmuebles, reflejando dos necesidades:

- a) Por un lado, como decíamos, la necesidad de que estos estén sujetos a la soberanía de los Estados donde se encuentren.
- b) Por otro lado, la necesidad de otorgarles una protección *erga omnes*, que, sobre la base de los sistemas de publicidad que recaen sobre estos, solo se puede establecer en los lugares donde los bienes objeto de tales derechos se encuentren.

De esta forma, nuestro Código Civil, en el apartado primero del artículo 10 consagra la regla *Lex rei sitae* al señalar que: «La posesión, la propiedad y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen. La misma ley será aplicable a los bienes muebles».

Se dice que:

Nos encontramos, ante una solución precisa, previsible y armónica. Así, a) basta saber cuál es el país de situación del bien inmueble para determinar la ley aplicable; b) la regla *Lex rei sitae* nos conduce a soluciones previsibles tanto para las partes de una concreta relación jurídica como para terceros; y, c) se trata de una solución prácticamente universal, prevista en gran parte de los sistemas estatales de Derecho internacional privado. (CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, p. 479)

Así, quedan bajo el paraguas de la regla *Lex rei sitae* tanto el modo de adquisición de los derechos reales; el contenido del derecho real, los derechos subjetivos del titular del derecho de propiedad, usufructo o garantía, sus obligaciones, así como los bienes que puedan quedar sujetos a cada tipo de derecho real; la publicidad de los derechos reales; así como la posibilidad y condiciones de oponibilidad de los derechos reales, esto es, sus efectos frente a terceros. (FERNÁNDEZ ROZAS/SÁNCHEZ LORENZO, pp. 536-539)

Vistas así las cosas, la citada regla de la *Lex rei sitae* plantea problemas en relación con los inmuebles fronterizos, esto es, aquellos bienes inmuebles situados en territorios sometidos a distintas soberanías estatales.

En estos casos, la solución doctrinal mayoritaria es aplicar literalmente la regla de la *Lex rei sitae*, esto es, estar a todas las leyes concurrentes, dependiendo su aplicación de la localización geográfica en cada parte del bien inmueble. De tal modo, la parte del inmueble situada en cada Estado se sujetará a la Ley de dicho Estado. Ahora bien, «esta solución es poco satisfactoria, pues en la práctica, conduce a tratar la propiedad fronteriza como dos inmuebles, dos propiedades distintas, sometidas a dos Leyes nacionales diferentes: síndrome de la aplicación cumulativa de Leyes» (CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, p. 483).

Ahora bien, junto a esta clásica solución doctrinal, podríamos acudir a otra proveniente de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta), de 6 de julio de 1988, R.O.E. Scherrens contra M. G. Maenhout y otros, en la que se resuelve un problema de competencia judicial internacional en el marco de un contrato de arrendamiento relativo a una finca integrada por parcelas situadas en dos Estados, entre R.O.E. Scherrens (Bélgica) y M.G. Maenhout (Bélgica), R.A.M. van Poucke (Países Bajos) y L.M.L. van Poucke (Bélgica)

La cuestión se suscitó en el marco de un litigio que versa sobre si un arrendamiento rústico fue celebrado verbalmente, en relación con una finca integrada por edificios y un terreno agrícola de una superficie de alrededor de 5 hectáreas que se halla situado en Maldegem (Bélgica), así como cuatro parcelas de terreno que abarcan 12 hectáreas en total, situadas en el municipio de Sluis (Países Bajos). En este contexto, el arrendatario, parte apelante, mantiene que existe un único contrato de arrendamiento para la totalidad de la finca y las parcelas de terreno. Por ello, considerando que no quedaba excluido que el juez belga y el juez neerlandés dictaran decisiones contradictorias, el *Gerechtshof* estimó necesario resolver la cuestión de cuál era el juez competente en virtud del artículo

16, comienzo y apartado 1, del Convenio en casos similares al de autos. En estas circunstancias el *Gerechtsbof* suspendió el procedimiento y solicitó al Tribunal de Justicia que «se pronunciara sobre de qué forma conviene interpretar el artículo 16, comienzo y apartado 1, del Convenio antes citado en lo relativo al arrendamiento rústico celebrado sobre una finca cuyos edificios (con una parte de terreno) se hallan situados en uno de los Estados contratantes (Bélgica) y el terreno (en su mayor parte) en otro Estado contratante (Países Bajos)».

Así, el propio Tribunal de Justicia resolvió que «un litigio cuyo objeto es determinar la eventual existencia de un contrato de arrendamiento sobre un bien inmueble situado en dos Estados contratantes, tienen competencia exclusiva con respecto a los bienes inmuebles situados en el territorio de cada Estado contratante los tribunales de este Estado, y con respecto a un arrendamiento de inmuebles situado en su totalidad dentro de un solo Estado contratante, el artículo 16, comienzo y apartado 1, se aplica a todo contrato de arrendamiento de bien inmueble, cualesquiera que sean sus características particulares».

De esta forma «en un litigio cuyo objeto es determinar la existencia eventual de un contrato de arrendamiento de un bien inmueble situado en dos Estados contratantes, en principio, los tribunales competentes, respecto a los bienes inmuebles situados en el territorio de cada Estado contratante, son exclusivamente los del Estado respectivo».

Por tanto, en la línea de la Sentencia «Scherrens», *cuando los bienes inmuebles situados en un Estado contratante son contiguos a los bienes sitos en otro Estado y la finca se halla situada casi en su totalidad en uno de dichos Estados. En esta situación, puede ser apropiado contemplar la propiedad como una unidad y considerarla como enteramente situada en uno de los Estados al objeto de atribuir a los tribunales de este competencia exclusiva respecto al arrendamiento del inmueble.*

Así, «procedería la aplicación exclusiva de la Ley del Estado donde se halla la “parte más relevante” o “parte principal” del inmueble. Eso sí, n

el caso de que no exista una “parte más relevante” del inmueble contiguo, no queda más alternativa que la solución tradicional: la parte del inmueble situada en cada Estado se regulará por la Ley de dicho Estado» (CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, p. 483).

El recurso a la tradicional regla *Lex rei sitae* en materia de ley aplicable a los bienes inmuebles —prevista en el artículo 10.1 de nuestro CC—, es, con carácter general, una solución sencilla, fácil, lógica, además de precisa, previsible y armónica. No obstante, en materia de bienes inmuebles situados en territorios sometidos a distintas soberanías estatales no parece la más adecuada, ya que el sometimiento de un mismo bien inmueble al juego de diferentes ordenamientos jurídicos puede provocar en la práctica soluciones inconciliables sobre un mismo objeto litigioso.

En materia de determinación de la ley aplicable a los inmuebles fronterizos, por analogía, recurriendo a la Sentencia «Scherrens», cuando los bienes inmuebles situados en un Estado contratante son contiguos a los bienes sitios en otro Estado y la finca se halla situada casi en su totalidad en uno de dichos Estados. En esta situación, puede ser apropiado contemplar la propiedad como una unidad y considerarla como enteramente situada en uno de los Estados al objeto de determinar la ley aplicable.

La solución más adecuada —y que otorga seguridad jurídica— debería estar al porcentaje de ocupación del predio: si nos encontramos ante un bien inmueble localizado en un Estado A y un Estado B; si la mayor parte del predio se encuentra localizada en un Estado A, la ley aplicable a todo el bien inmueble debe ser la del Estado A; y, si el predio se reparte por partes iguales entre el Estado A y el Estado B, entonces sí, a cada parte del predio se le aplicará su correspondiente Ley, la del Estado A, a una parte, y la del Estado B, a la parte restante.

*Autor: Alfonso Ortega Giménez
(Profesor titular de Derecho Internacional Privado,
Universidad Miguel Hernández de Elche, Alicante)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CALVO CARAVACA, A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho internacional privado*, vol. II, 7.^a ed., Comares, Granada, 2006, pp. 479-483; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. *Derecho internacional privado*, Civitas, 3.^a ed., Madrid, 2004, pp. 536-539; ORTEGA GIMÉNEZ, A. «Determinación de la ley aplicable a los inmuebles fronterizos», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 3, agosto 2015, pp. 655-660; ORTEGA GIMÉNEZ, A., «Derechos reales: ley aplicable a los inmuebles fronterizos», en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Miguel Hernández de Elche*, n.º 3, 2008, pp. 83-92.

INMUNIDAD DE EJECUCIÓN

Se entiende por inmunidad de ejecución a la prerrogativa de Derecho internacional, en virtud de la cual, un Estado, organización o persona y sus bienes no pueden ser objeto de medidas coercitivas o de ejecución de decisiones dictadas por los órganos jurisdiccionales de otro Estado.

La inmunidad de ejecución implica que determinados bienes del Estado extranjero son totalmente inmunes a la ejecución, es decir, no se pueden ejecutar, vender, subastar o embargar. En el supuesto de que dichos bienes se ejecuten, tales actos de ejecución serán declarados nulos.

El caso tipo es aquel en el que el tribunal español no estima la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero, así que se declara competente y dicta sentencia sobre el fondo. Pues bien, en muchos casos se trata de un falso final, porque, aunque se condena al Estado extranjero por sentencia judicial, cuando llega la fase de ejecución, el Estado extranjero hace valer otro privilegio jurisdiccional, la inmunidad de ejecución.

La jurisprudencia española viene realizando en la actualidad, de forma mayoritaria, una interpretación restrictiva de la inmunidad de ejecución. Así en la STC 107/1992 de 1 de julio, se establece expresamente que: «la inmunidad de ejecución se contiene en normas de Derecho internacional público que no imponen inmunidad absoluta de ejecución». A partir de dicha sentencia, se dejó de seguir la tesis de la «inmunidad absoluta» de ejecución, en virtud de la cual se concedía la inmunidad siempre al Estado extranjero, con independencia de que el acto por el que se originaba el litigio fuese realizado *jure imperii* o *jure gestionis*.

Por otro lado, las sentencias de condena contra Estados por vulneración de los derechos humanos se encuentran con el obstáculo de su ejecución material, pues dichos Estados alegan inmunidad de ejecución. Así, en el asunto *Distomo*, unos sujetos griegos damnificados por actos de guerra alemanes durante la ocupación de Grecia en la Segunda Guerra Mundial decidieron reclamar indemnizaciones a Alemania ante tribunales griegos en los años noventa. Aunque se dictó sentencia a favor de los demandantes el 4 de mayo de 2000, Alemania se negó a pagar. Además, el Ministerio de Justicia griego negó la posibilidad de ejecutar forzosamente la sentencia en Grecia contra Alemania. Sin embargo, los demandantes solicitaron el *exequatur* de la sentencia griega en Italia mediante el Convenio de Bruselas de 1968 (Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil). Aunque Alemania se opuso y alegó la inmunidad de ejecución, los tribunales italianos otorgaron el *exequatur* a la parte civil de la sentencia griega en relación con los gastos y costas procesales derivados del proceso seguido en Grecia (*Sent. Cass. Italia* de 29 de mayo de 2008). Como puede observarse, la inmunidad de ejecución en relación con un litigio en el que se vulneran los derechos humanos es una cuestión muy controvertida, de forma que se llega a soluciones diferentes, dependiendo del Estado en el que se pretende realizar dicha ejecución.

1. Regulación legal

En Derecho español, el artículo 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en España establece límites a la jurisdicción española en los siguientes términos:

1. Los tribunales civiles españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas.
2. No obstante, no conocerán de las pretensiones formuladas respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción y de ejecución de conformidad con la legislación española y las normas de Derecho internacional público.

Por un lado, el artículo 21.2 LOPJ se remite a las normas de Derecho internacional público. Muchas de ellas se encuentran en convenios internacionales que se hallan en vigor para España y que fijan el alcance y extensión de la inmunidad de ejecución. Este es el caso del Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961, el Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963 o la Convención de Nueva York sobre las Misiones Especiales de 16 de diciembre de 1969. En los casos no regulados por los convenios internacionales vigentes para España, son de aplicación ciertas normas consuetudinarias de Derecho internacional público, es decir, normas que emanan de la «costumbre internacional». Tales normas regulan, por ejemplo, la inmunidad penal de los funcionarios del Estado.

Por otro lado, el artículo 21.2 LOPJ también remite a la legislación española. Así, en Derecho español, para clarificar la situación legal, se ha redactado una norma que fija de manera unilateral, es decir, para los tribunales y autoridades españolas, el régimen jurídico de la inmunidad de jurisdicción y de ejecución. Esta reglamentación es la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Esta-

dos extranjeros, las organizaciones internacionales con sede u oficina en España y las conferencias y reuniones internacionales celebradas en España.

La Convención de Naciones Unidas de 2 de diciembre de 2004, sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes no ha entrado todavía en vigor. Sin embargo, España ya ha ratificado la Convención, por lo que decidió, a través de la Ley Orgánica 16/2015, incorporar al ordenamiento jurídico español el contenido de dicho instrumento, para favorecer la instalación en España de sedes u oficinas de organizaciones internacionales, o facilitar la celebración en España de conferencias internacionales y reuniones de organizaciones internacionales, entre otras razones.

El objetivo de la Ley Orgánica 16/2015 es garantizar el pleno cumplimiento de las normas internacionales en la materia, sin conferir nuevos privilegios o inmunidades, sino recoger la reglamentación ya presente, en el Derecho internacional. En este sentido, se debe destacar que, en caso de concurrencia de los preceptos de dicha Ley con algún tratado internacional del que España es parte, prevalece este último, de conformidad con la Disposición final sexta de la Ley Orgánica 16/2015. En lo relativo a la inmunidad de ejecución, los órganos jurisdiccionales españoles se abstendrán de adoptar medidas de ejecución u otras medidas coercitivas contra bienes del Estado extranjero, tanto antes como después de la resolución judicial, salvo en los casos en que dicho Estado lo haya consentido, de manera expresa o tácita (artículo 17.1 Ley Orgánica 16/2015).

Por lo que respecta a los bienes que estarían cubiertos por la excepción de inmunidad de ejecución, son los siguientes:

1.º Bienes de las misiones diplomáticas y consulares, incluidas las cuentas bancarias destinadas a las funciones de tales misiones diplomáticas y consulares. La inmunidad de ejecución de los mismos está regulada por

el artículo 22.3 del Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961 y por el artículo 31.4 del Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963. En el caso de las cuentas corrientes que se destinan tanto a fines oficiales como a fines comerciales, denominadas «cuentas indistintas», la inmunidad de ejecución también funciona e impide al tribunal español conocer del litigio por falta de jurisdicción. Sin embargo, se plantean problemas en relación con la prueba del carácter de estas «cuentas bancarias indistintas». Así, en ciertas decisiones se ha estimado que, si no se consigue probar que las cuentas corrientes embargadas están destinadas exclusivamente a operaciones de la embajada, estas cuentas deben ser incluidas dentro de los bienes ejecutables (STSJ Madrid, Social 8 junio 2011). Mientras que cierta jurisprudencia señala que estas cuentas están afectas o pueden estarlo a actividades soberanas y es el demandante el que debe probar que dichas cuentas corrientes indistintas están destinadas exclusivamente a operaciones mercantiles y no a las funciones propias de la Embajada. En caso de que el demandante no logre probarlo, dichas cuentas son inejecutables (STSJ Madrid, Social 15 julio 2009).

2.º Los demás bienes de los Estados extranjeros que están destinados a actividades *jure imperii* y no los destinados a actividades *jure gestionis*. Las partes pueden declarar los bienes que consideran vinculados a actividades *jure gestionis* y los bienes que consideran vinculados a actividades *jure imperii*. En caso de discrepancia, el tribunal deberá determinar los bienes que pertenecen al Estado extranjero, que están situados en el Estado del foro y que están destinados a actividades en las que el Estado extranjero actúa a título particular o bien que actúa con potestad de *imperium*. Así, por ejemplo, los órganos jurisdiccionales españoles han considerado que las cantidades monetarias destinadas al pago del IVA pueden ser objeto de embargo (STSJ País Vasco, Social 8 abril 2008).

En este sentido, el artículo 20 de la Ley Orgánica 16/2015 establece los bienes del Estado extranjero que estarían destinados a fines públicos no comerciales y que, por tanto, gozarían de inmunidad de ejecución, siem-

pre que se encuentren en territorio español y tengan un nexo con el Estado contra el que se ha incoado el proceso, aunque se destinen a una actividad distinta de la que dio lugar al litigio (artículo 17.2 Ley Orgánica 16/2015):

- a) Los bienes, incluidas las cuentas bancarias, destinados a ser utilizados en el desempeño de las funciones de la misión diplomática del Estado o de sus oficinas consulares, misiones especiales, representaciones permanentes ante organizaciones internacionales o delegaciones en órganos de organizaciones internacionales o en conferencias internacionales. Ahora bien, no gozarán de inmunidad de ejecución aquellas cuentas bancarias destinadas exclusivamente a fines distintos de los públicos no comerciales.
- b) Los bienes del Estado de naturaleza militar destinados a ser utilizados en el desempeño de funciones militares.
- c) Los bienes del banco central u otra autoridad monetaria del Estado que se destinen a los fines propios de dichas instituciones.
- d) Los bienes que formen parte del patrimonio cultural o de los archivos del Estado o de una exposición de objetos de interés científico, cultural o histórico, siempre que no se hayan puesto ni estén destinados a ser puestos a la venta.
- e) Los buques y aeronaves de Estado. Por lo tanto, los buques y aeronaves estatales destinados a actividades comerciales no están amparados por la inmunidad de ejecución.

2. Régimen procesal de la inmunidad de ejecución

La inmunidad de ejecución debe entenderse como una imposibilidad procesal del tribunal para conocer de procesos de ejecución sobre bienes de Estados extranjeros afectos a la realización de las funciones propias de tales Estados. Es decir, la inmunidad de ejecución una vez apreciada determina la falta de jurisdicción del tribunal español para acordar me-

didias de ejecución. Así del artículo 547 LEC se desprende el carácter de la inmunidad de ejecución como una causa de falta de jurisdicción en el proceso de ejecución.

Si el ejecutado entiende que se ha solicitado la ejecución sobre bienes protegidos por la inmunidad de jurisdicción, entonces el tribunal que está conociendo del asunto resulta incompetente, no por falta de competencia territorial, sino porque carece de jurisdicción para acordar la ejecución (artículo 21.2 LOPJ). En este mismo sentido, el artículo 49 de la Ley Orgánica 16/2015 señala que los tribunales españoles se abstendrán de conocer de los asuntos que se les sometan: «cuando se haya formulado demanda, querrela o se haya iniciado el proceso de cualquier otra forma o cuando se solicite una medida ejecutiva respecto de cualquiera de los entes, personas o bienes que gocen de inmunidad conforme a la presente Ley Orgánica».

En el caso de que un tribunal español proceda a la ejecución de los bienes de un Estado extranjero, cuando dichos bienes gozan de inmunidad de ejecución, el Estado extranjero cuenta con las siguientes opciones.

2.1. *Presentar la declinatoria*

La inmunidad de ejecución debe hacerse valer como un motivo para interponer una «declinatoria en la ejecución forzosa» regulado en el artículo 547 de la LEC. Así, el ejecutado podrá impugnar la competencia del tribunal, y a tal efecto, propondrá la oportuna «declinatoria en la ejecución forzosa» dentro de los cinco días siguientes a aquel en que reciba la primera notificación del proceso de ejecución. La «declinatoria en la ejecución forzosa» se sustanciará y decidirá conforme a lo previsto en el artículo 65 LEC (artículo 547 LEC).

También el artículo 50 de la Ley Orgánica 16/2015 señala que el Estado extranjero podrá hacer valer la inmunidad por el cauce de la declinatoria,

de conformidad con lo dispuesto en los artículos 63 y siguientes de la LEC.

2.2. *Renunciar a la inmunidad*

Otra posibilidad es que el Estado extranjero decida renunciar a su inmunidad de ejecución, y lo puede hacer de forma expresa o bien de forma tácita (artículo 17.1 Ley Orgánica 16/2015). En este sentido, el artículo 18.1 de la Ley Orgánica 16/2015 señala que existe consentimiento expreso del Estado extranjero en relación con la adopción de medidas de ejecución de un tribunal español, cuando ese consentimiento se haya prestado: en un acuerdo internacional, en un contrato por escrito, o en una declaración ante el tribunal o en una comunicación escrita en un determinado proceso.

Por otro lado, existe la posibilidad de renuncia tácita, en virtud del artículo 18.2 de la Ley Orgánica 16/2015. El Estado extranjero puede renunciar de forma tácita a su inmunidad de ejecución únicamente mediante la asignación de bienes de su propiedad a la satisfacción de la demanda objeto del proceso.

Además, se debe destacar que la renuncia del Estado extranjero para el ejercicio de la jurisdicción no implicará también la renuncia para la adopción de medidas de ejecución, en virtud del artículo 18.3 de la Ley Orgánica 16/2015. Sin embargo, el consentimiento expreso o tácito para adoptar medidas de ejecución, no podrá ser revocado una vez iniciado el proceso ante un órgano jurisdiccional español (artículo 19 Ley Orgánica 16/2015).

Por último, no existe acuerdo generalizado respecto a si la aceptación del Estado a someterse a arbitraje implica la renuncia a la inmunidad de ejecución, dependiendo más de la regulación de cada Estado que de principios de arbitraje internacional. En el caso de que los tribunales españoles sean los encargados de proceder a la ejecución y fuese de apli-

cación la Ley Orgánica 16/2015, el Estado extranjero solo estaría renunciando a su inmunidad de ejecución en el caso de que este haya realizado un consentimiento expreso o tácito a la adopción de las medidas de ejecución, en los términos de los artículos 18.1 y 18.2 de dicha Ley.

*Autor: M.^a José Castellanos Ruiz
(Universidad Carlos III de Madrid)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BARRAL MARTÍNEZ, María. «Application of the Brussels I bis Regulation *ratione materiae*, interim relief measures and immunities: Opinion of AG Saugmandsgaard Øe in the case Supreme Site and Others, C-186/19», *conflictoflams.net*, 5 de junio de 2020; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Tratado de Derecho internacional privado*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia 2020, pp. 1-1332; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. «Contratos internacionales (III). Contratación electrónica internacional. Contratos de Estado», en *Derecho del comercio internacional* (editado por Alfonso Luis Calvo Caravaca, Javier Carrascosa González), Colex, Madrid, 2012, pp. 869-901; GAUDEMET-TALLON, Hélène. «Immunité - Note Cour de cassation (1re Ch. civ), 28 septembre 2011», *RCDIP*, 2012, n.º 1, pp. 124-138; IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, Iñigo. *El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras*, Bosch, Barcelona, 2010, 606 p.; CEBRIÁN SALVAT, María Asunción. «Daños causados por un Estado en la comisión de crímenes de guerra fuera de su territorio: inmunidad de jurisdicción, competencia judicial internacional y tutela judicial efectiva», *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, octubre 2013, vol. 5, n.º 2, pp. 265-290; MUIR WATT, Horatia. «Immunité d'exécution - Note Cour de cassation (Civ. 1re), 28 mars 2013», *RCDIP*, 2013, n.º 3, pp. 671-677.

VOCABLOS CONEXOS: Ejecución de documentos públicos extranjeros en España. Declinatoria. Arbitraje. Inmunidad de jurisdicción.

INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN

Se entiende por inmunidad de jurisdicción a la prerrogativa de Derecho internacional, en virtud de la cual, un Estado, organización o persona no puede ser demandado, ni enjuiciado por los órganos jurisdiccionales de otro Estado.

La inmunidad de jurisdicción implica que los órganos jurisdiccionales de un Estado no pueden conocer de un litigio en el que un particular demanda a un Estado extranjero o a algunos de sus órganos, así como a otros «entes internacionales», que gozan de dicha inmunidad. No es una excepción a la competencia judicial internacional de los tribunales de un Estado, sino una excepción a la «jurisdicción» de dichos tribunales, que carecen de competencia *rationae materiae* para conocer del asunto, ya que este versa sobre un objeto sustraído a la acción de los tribunales de justicia.

La admisión de la excepción de la inmunidad de jurisdicción debe ser proporcional y razonable, debe basarse en normas jurídicas claras y se debe realizar una valoración de la controversia concreta. La activación de la inmunidad de jurisdicción debe estar motivada, con el fin de que solo opere en casos justificados en los que están en juego las actividades desarrolladas *jure imperii*.

La inmunidad de jurisdicción no cubre las actividades del Estado realizadas a título privado, es decir, las actividades desarrolladas por el Estado como un mero particular, en las que no está implicada la Soberanía estatal o del ente de que se trate (*acta jure gestionis*). Los actos realizados en el ejercicio de la soberanía del Estado (*acta jure imperii*) son los únicos que pueden quedar cubiertos por la excepción. Los Estados no pueden ser juzgados por los tribunales de otros Estados cuando el litigio deriva de actos realizados *jure imperii*.

La cuestión más controvertida radica en concretar cuáles son los actos *jure gestionis* y cuáles son los actos *jure imperii*. Existen diversos criterios únicos y universales para distinguir los dos tipos de actos: en primer lugar, la finalidad pública, es decir, toda actividad del Estado dirigida a una finalidad pública es un acto *jure imperii*; en segundo lugar, la naturaleza del acto, es decir, si un acto solo puede ser realizado por un Estado por estar vinculado directamente con las funciones propias de la soberanía estatal, es un acto *jure imperii*, como, por ejemplo, una expropiación, un acto de guerra o una devaluación monetaria. El primer criterio de distinción es más confuso, pues toda actividad desarrollada por el Estado persigue siempre una finalidad pública; pero el segundo es más correcto, pues si el acto puede ser desarrollado por un particular, entonces es un acto *jure gestionis*, como, por ejemplo, la compra de alimentos para el ejército o la compra de una colección de arte.

Sin embargo, estos criterios deben tenerse en cuenta como punto de partida, pues debe procederse siempre de modo casuístico y empírico. Además, no todos los Estados utilizan el mismo criterio para distinguir los actos *jure imperii* y los actos *jure gestionis*; de hecho, en relación con el mismo caso y litigio, algunos Estados han otorgado la inmunidad, mientras que otros no la han concedido.

La jurisprudencia española viene realizando en la actualidad, de forma mayoritaria, una interpretación restrictiva de la inmunidad de jurisdicción. A raíz de la STC 107/1992 de 1 de julio, en la que se señala el «límite negativo derivado de la inmunidad de jurisdicción atribuida a Estados extranjeros», se dejó de seguir la tesis de la «inmunidad absoluta» de jurisdicción, en virtud de la cual se concedía la inmunidad siempre al Estado extranjero, con independencia de que el acto por el que se originaba el litigio fuese realizado *jure imperii* o *jure gestionis*.

Una cuestión polémica es la operatividad de la inmunidad de jurisdicción frente a los actos que constituyen crímenes internacionales. En este sentido, el Tribunal Internacional de Justicia ha señalado que estos actos

son ilegales, pero están amparados por la inmunidad de jurisdicción, puesto que son actos realizados en el ejercicio del poder soberano (STIJ de 3 de febrero de 2012, *Alemania vs. Italia*). Sin embargo, la sentencia de la *Corte Costituzionale* italiana de 22 de octubre de 2014, *Ferrini*, ha declarado que dicha sentencia no puede ejecutarse en Italia porque dicha ejecución comportaría una infracción de la tutela judicial efectiva, derecho fundamental recogido en la Constitución italiana; y porque dichos actos constituyen actos particularmente graves respecto de los que no debe operar la inmunidad de jurisdicción.

1. *Regulación legal*

En Derecho español, el artículo 21 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en España establece límites a la jurisdicción española en los siguientes términos:

1. Los Tribunales civiles españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas.
2. No obstante, no conocerán de las pretensiones formuladas respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción y de ejecución de conformidad con la legislación española y las normas de Derecho internacional público.

Por un lado, el artículo 21.2 LOPJ se remite a las normas de Derecho internacional público. Muchas de ellas se encuentran en convenios internacionales que se hallan en vigor para España y que fijan el alcance y extensión de la inmunidad de jurisdicción. Este es el caso del Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961, el Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963 o la Convención de Nueva York sobre las Misiones Especiales de 16 de diciembre de 1969. En los casos no regulados por los convenios internacionales vigentes para España, son de aplicación ciertas normas consue-

ordinarias de Derecho internacional público, es decir, normas que emanan de la «costumbre internacional». Tales normas regulan, por ejemplo, la inmunidad penal de los funcionarios del Estado.

Por otro lado, el artículo 21.2 LOPJ también remite a la legislación española. Así, en Derecho español, para clarificar la situación legal, se ha redactado una norma que fija de manera unilateral, es decir, para los tribunales y autoridades españolas, el régimen jurídico de la inmunidad de jurisdicción y de ejecución. Esta reglamentación es la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España.

La Convención de Naciones Unidas de 2 de diciembre de 2004, sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes no ha entrado todavía en vigor. Sin embargo, España ya ha ratificado la Convención, por lo que decidió, a través de la Ley Orgánica 16/2015, incorporar al ordenamiento jurídico español el contenido de dicho instrumento, para favorecer la instalación en España de sedes u oficinas de organizaciones internacionales, o facilitar la celebración en España de conferencias internacionales y reuniones de organizaciones internacionales, entre otras razones.

El objetivo de la Ley Orgánica 16/2015 es garantizar el pleno cumplimiento de las normas internacionales en la materia, sin conferir nuevos privilegios o inmunidades, sino recoger la reglamentación ya presente, en el Derecho internacional. En este sentido, se debe destacar que, en caso de concurrencia de los preceptos de dicha Ley con algún tratado internacional del que España es parte, prevalece este último, de conformidad con la Disposición final sexta de la Ley Orgánica 16/2015.

1.1. *Sujetos beneficiarios de la excepción de inmunidad de jurisdicción*

Los sujetos beneficiados por la inmunidad de jurisdicción son los siguientes:

- a) El Estado extranjero y sus órganos. Los actos del Estado y sus órganos solo están «blindados» por la inmunidad de jurisdicción cuando el Estado o sus órganos actúan *jure imperii*, es decir, en el ejercicio de su potestad de *imperium*. En este sentido, no es relevante que el Estado extranjero no haya sido reconocido oficialmente por otros Estados, pues así lo confirma la jurisprudencia francesa (*Cour Cassation* francesa de 7 de junio de 1969 y de 2 de noviembre de 1971). Las «unidades públicas menores» como Regiones, Comunidades Autónomas, ciudades, Estados federados, etc., no disfrutan de esta inmunidad, porque no se consideran «Estados Soberanos». En general, la jurisprudencia francesa, suiza, canadiense e inglesa admiten la inmunidad de jurisdicción en relación con empresas estatales y Bancos Centrales, que dependen directamente de los Estados; si bien se analiza la naturaleza de los actos (*jure imperii vs. jure gestionis*). Los «microestados», como la Santa Sede, y sus órganos también están cubiertos por la inmunidad. Es necesario acreditar que el presunto beneficiario de la inmunidad sea un órgano de un Estado extranjero que sea considerado como tal, así las embajadas son órganos de los Estados, pero los entes que no disponen de personalidad jurídica internacional con arreglo al Derecho internacional público no disponen de inmunidad de jurisdicción. Por lo tanto, los entes privados o personas jurídicas de Derecho privado, aunque mantengan relaciones oficiales con un Estado concreto, no son órganos de dicho Estado y no gozan de inmunidad de jurisdicción; este es el caso de ciertos «colegios extranjeros» que desarrollan sus actividades en España. Pero, además, en España, el Título I de la Ley Orgánica 16/2015 regula de forma específica las inmunidades de los Estados extranjeros en España, realizando una interpretación restrictiva de la inmunidad de jurisdicción, pues señala una larga lista de excepciones a dicha inmunidad.

- b) Otros entes internacionales. Por lo que respecta a las organizaciones internacionales cuya inmunidad se señala en los acuerdos que las regulan, la distinción entre *acta jure imperii* y *acta jure gestionis* carece de sentido. Así, por ejemplo, en la STSJ Madrid (Sala de lo Social) de 5 de mayo 2008, se aplicó el Acuerdo de Sede de la OIE, Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura, que establecía la inmunidad de jurisdicción para ciertos actos jurídicos realizados por dicha organización. En España, el título V de la Ley Orgánica 16/2015 regula los privilegios e inmunidades de las organizaciones internacionales con sede u oficina en España. Además, el título VI de la Ley Orgánica 16/2015 establece los privilegios e inmunidades aplicables a las conferencias y reuniones internacionales celebradas también en España.
- c) Los agentes diplomáticos de Estados extranjeros y los Jefes de Estado extranjeros. La inmunidad de jurisdicción de los mismos está regulada por el artículo 31 del Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 18 de abril de 1961. Se debe destacar que los actos privados llevados a cabo por antiguos jefes de Estado y/o por personal diplomático mientras gozaban de dicha condición, no están amparados por inmunidad de jurisdicción alguna, sino que solo están protegidos por dicha inmunidad los actos realizados en el ejercicio de su función, en virtud del artículo 39 de dicho Convenio. Una vez que se pierde la condición de Jefe de Estado, la inmunidad no podrá ser alegada en relación con los actos posteriores. En España, el título II de la Ley Orgánica 16/2015 regula los privilegios e inmunidades del Jefe del Estado, el jefe de Gobierno y el ministro de Asuntos Exteriores del Estado extranjero, cuando se encuentren en España.
- d) Las oficinas consulares y sus miembros, funcionarios y empleados consulares. Esta cuestión está regulada por el artículo 43 del Convenio de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963. En relación con los actos desarrollados tanto por personal diplomático, anteriormente mencionado, como por personal consular existe una polémica doctrinal. Ciertos autores estiman que la inmunidad debe ser total, es decir, que debe cubrir todos los actos

realizados por el sujeto «en interés de su Estado» y también todos los actos que son «indispensables para la vida y estancia del personal diplomático y consular» en el Estado que los acoge. Mientras que otros autores consideran que la inmunidad debe ser restringida, esto es, que solo debe cubrir los actos realizados en el «estricto ejercicio de sus funciones soberanas».

- e) Sujetos que realizan diversas funciones de cooperación internacional. Este sería el caso de las Fuerzas Armadas extranjeras, que operan con carácter estable o transitorio, en el territorio de otro país. En *Derecho español*, el título IV de la Ley Orgánica 16/2015 establece el Estatuto de las Fuerzas Armadas visitantes. Así, cuando se trate de Estados miembros de la OTAN que se encuentren en territorio español, se les aplicarán las disposiciones del Convenio de Londres entre los Estados Partes del Tratado del Atlántico Norte relativo al estatuto de sus fuerzas, de 19 de junio de 1951. Para el resto de Estados, también se les aplicará de forma total o parcial el Convenio de la OTAN de 1951, aunque, siempre atendiendo al principio de reciprocidad y teniendo en cuenta el acuerdo que se haya suscrito al efecto por el Ministerio de Defensa de España con su homólogo extranjero. Por otro lado, siguen siendo de aplicación otros Convenios relativos a las funciones de cooperación distintas de las desarrolladas por las Fuerzas Armadas, que estén en vigor, como el Convenio entre España y los Estados Unidos de América sobre Cooperación para la Defensa, de 1 de diciembre de 1988, revisado por los Protocolos de Enmienda de 10 de abril de 2002, de 10 de octubre de 2012 y de 17 de junio de 2015.

Existen, además, determinados buques extranjeros que desarrollan funciones estatales no comerciales, de conformidad con ciertos Convenios internacionales, tal y como señala el artículo 236 del Convenio sobre Derechos del Mar, hecho en Montego Bay, el 10 de diciembre de 1982. En España, el título III de la Ley Orgánica 16/2015 regula las inmunidades de los buques de guerra y de los buques y aeronaves de Estado.

1.2. *Excepciones a la inmunidad de jurisdicción de los Estados (Ley Orgánica 16/2015)*

Como ya se ha señalado anteriormente, siguiendo la interpretación restrictiva de la jurisprudencia española, en esta norma se delimitan los actos que no son objeto de inmunidad de jurisdicción:

- a) Procesos relativos a transacciones mercantiles. Al respecto el artículo 9 de la Ley Orgánica 16/2015 establece:

El Estado extranjero no podrá hacer valer la inmunidad ante los órganos jurisdiccionales españoles en relación con procesos relativos a transacciones mercantiles celebradas por dicho Estado con persona físicas o jurídicas que no tengan su nacionalidad, salvo en los siguientes supuestos: a) Cuando se trate de una relación mercantil entre Estados; o b) Cuando las partes hayan pactado expresamente otra cosa.

En ocasiones es muy difícil determinar si un Estado forma parte de una transacción mercantil. Por lo que a continuación, se añade que:

No se considerará que un Estado extranjero es parte en una transacción mercantil cuando quien realiza la transacción sea una empresa estatal o una entidad creada por dicho Estado, siempre que dicha empresa o entidad esté dotada de personalidad jurídica propia y de capacidad: a) Demandar o ser demandada; y b) Adquirir por cualquier título la propiedad o posesión de bienes, incluidos los que ese Estado le haya autorizado a explotar o administrar y disponer de ellos.

Si bien tampoco parece que este último párrafo ayude demasiado a determinar de forma fácil si un Estado está participando en una transacción mercantil, o lo que es lo mismo, si está actuando con potestad de *imperium*, o por el contrario está contratando *jure gestionis*.

- b) Otros procesos específicos (artículos 10-16 de la Ley Orgánica 16/2015), que hayan tenido o vayan a tener lugar en España, o en relación con bienes situados en España, o con respecto a socieda-

des constituidas en España o con arreglo a la legislación española, entre los que se encuentran: procesos relativos a contratos de trabajo, cuando el trabajo haya sido ejecutado o vaya a ejecutarse en España, salvo que se trate de un trabajador que hubiera sido contratado para desempeñar funciones que supongan el ejercicio del poder público, tales como un agente diplomático o un funcionario consular; procesos relativos a la indemnización por lesiones a las personas y daños a los bienes, atribuibles al Estado, como los crímenes internacionales, cuando los actos se hayan producido en España o el autor material se encuentre en España; procesos relativos a la determinación de los derechos u obligaciones respecto de bienes situados en España; procesos relativos a la determinación de los derechos de propiedad intelectual e industrial protegidos por la legislación española; procesos relativos a la participación en personas jurídicas y otras entidades de carácter colectivo, constituidas con arreglo a la legislación española o bien cuya administración central o su establecimiento principal se encuentre en España; procesos relativos a la explotación o cargamento de buques pertenecientes a un Estado o explotados por él, siempre que no sean ni buques de guerra, ni de Estado extranjeros; y procesos relativos a los efectos de un convenio arbitral, cuando dicho convenio haya sido pactado por el Estado extranjero y una persona natural o jurídica nacional de otro Estado.

2. Régimen procesal de la inmunidad de jurisdicción

Los órganos jurisdiccionales españoles deben apreciar de oficio la existencia de la inmunidad de jurisdicción del Estados extranjero, tan pronto como les sea advertida, en virtud del artículo 38 de la LEC. El precepto señala que se tendrá que hacer con audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal.

Dicha apreciación de oficio también se recoge en el artículo 49 de la Ley Orgánica 16/2015, que puntualiza que los tribunales españoles se abstendrán de conocer de los asuntos que se les sometan: «cuando se haya formulado demanda, querrela o se haya iniciado el proceso de cualquier

otra forma o cuando se solicite una medida ejecutiva respecto de cualquiera de los entes, personas o bienes que gocen de inmunidad conforme a la presente Ley Orgánica».

No obstante, si el tribunal español no aprecia de oficio la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero y conoce del litigio que se ha suscitado, dicho Estado cuenta con las siguientes opciones.

2.1. *Presentar la declinatoria*

El Estado extranjero puede hacer valer su inmunidad de jurisdicción mediante la correspondiente declinatoria, tal y como señala el artículo 39 de la LEC, ya que mediante la declinatoria se puede «denunciar la falta de competencia de todo tipo», según el artículo 63.1 de la LEC. También recoge este extremo el artículo 50 de la Ley Orgánica 16/2015.

2.2. *Renunciar a la inmunidad*

Otra alternativa para el Estado extranjero es renunciar a su inmunidad, tal y como señala también el artículo 50 de la Ley Orgánica 16/2015. Si bien esta renuncia puede ser expresa o tácita. En este sentido, el artículo 5 de la Ley 16/2015 señala que existe consentimiento expreso en relación con un determinado proceso ante el tribunal español, cuando se ha prestado dicho consentimiento respecto de una cuestión concreta: mediante acuerdo internacional, en un contrato por escrito, o en una declaración ante el tribunal o en una comunicación escrita en un determinado proceso.

Por otro lado, existe la posibilidad de que se proceda a una renuncia tácita, en virtud del artículo 6 Ley 16/2015. Así el Estado extranjero no podrá hacer valer su inmunidad de jurisdicción en un proceso concreto, ante un tribunal español cuando: dicho proceso haya sido iniciado mediante interposición de demanda o querrela por el Estado extranjero; el Estado extranjero haya intervenido en el proceso o haya realizado cual-

quier acto con relación al fondo; el Estado extranjero haya formulado reconvención basada en la misma relación jurídica o los mismos hechos que la demanda principal; o se haya formulado reconvención basada en la misma relación jurídica o los mismos hechos que la demanda presentada por el Estado extranjero.

Sin embargo, se debe destacar que la renuncia del Estado extranjero para el ejercicio de la jurisdicción no implicará también la renuncia para la adopción de medidas de ejecución en virtud del artículo 18.3 de la Ley 16/2015. Además, el consentimiento expreso o tácito no podrá ser revocado una vez iniciado el proceso ante un órgano jurisdiccional español (artículo 8 Ley 16/2015).

Por último, las partes en el litigio pueden someter su controversia a arbitraje, con lo cual el Estado extranjero estaría renunciando a su inmunidad de jurisdicción. En estos casos, los tribunales de otros Estados deberán cumplir funciones de apoyo al tribunal, conocer de los recursos de anulación, o de las solicitudes de *exequatur* de la decisión arbitral.

2.3. *No comparecencia del demandado*

El demandado, que es el Estado extranjero, puede optar por no comparecer ante el tribunal español, por lo que dicho tribunal podría dictar sentencia en rebeldía del demandado. La Ley Orgánica 16/2015 señala al respecto que los órganos jurisdiccionales españoles no podrán dictar sentencia en rebeldía contra el Estado extranjero, a excepción de que se cumplan tres condiciones: que se hayan cumplido los requisitos de notificación; que haya transcurrido un plazo de cuatro meses que empezará a contar a partir de la fecha de recepción de la notificación de la demanda u otro documento por el que se incoe el proceso; y que la propia Ley Orgánica 16/2015 no impida el ejercicio de la jurisdicción.

3. *Consecuencias de la inmunidad de jurisdicción*

Cuando el tribunal español considera que efectivamente el Estado extranjero goza de inmunidad de jurisdicción, cabe plantearse qué opciones tiene el demandante ante esta situación. Pues bien, el demandante cuenta con las siguientes posibilidades:

- a) Reclamar directamente ante los tribunales del Estado que goza de dicha inmunidad, es decir, ante los tribunales del Estado extranjero, si es que existe un foro de competencia judicial internacional ante el que pueda plantear la demanda.
- b) Solicitar al Estado español que realice una reclamación por vía diplomática al Estado extranjero.
- c) Reclamar responsabilidad patrimonial al Estado español por el daño sufrido al no poder demandar, ni en España, ni en el extranjero.

*Autor: M.^a José Castellanos Ruiz
(Profesora de Derecho Internacional Privado,
Universidad Carlos III de Madrid)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BARRAL MARTÍNEZ, María. «Application of the Brussels I bis Regulation *ratione materiae*, interim relief measures and immunities: Opinion of AG Saugmandsgaard Øe in the case Supreme Site and Others, C-186/19», *conflictoflams.net*, 5 de junio de 2020; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Tratado de Derecho internacional privado*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia 2020, pp. 1-1332; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. «Contratos internacionales (III). Contratación electrónica internacional. Contratos de Estado», en *Derecho del Comercio Internacional* (editado por Alfonso Luis CALVO CARAVACA y Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ), Colex, Madrid, 2012, pp. 869-901; IRURETAGOIENA AGIRREZABALAGA, Iñigo. *El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras*, Bosch, Barcelona,

2010, 606 p.; JEAUNEAU, Adeline. «Inopposabilité de l'immunité de juridiction aux salariés du consulat tenus d'aucune prestation relevant par nature ou par finalité de l'exercice de la souveraineté», *RCDIP*, 2017, n.º 1, pp. 64-70; MUIR WATT, Horatia. «Les droits fondamentaux devant les juges nationaux à l'épreuve des immunités juridictionnelles – À propos de l'arrêt de la Cour Internationale de Justice, Immunités juridictionnelles de l'État (*Allemagne c/Italie* (Grèce Intervenant)), du 3 février 2012», *RCDIP*, 2012, n.º 3, pp. 539-552; SERRANO, Guissepe. «Considerazioni in merito alla sentenza della Corte Internazionale di Giustizia nel caso relativo alle immunità giurisdizionali dello Stato», *RDIPP*, 2012, n.º 3, pp. 617-646.

VOCABLOS CONEXOS: Competencia judicial internacional. Declinatoria. Arbitraje. Inmunidad de ejecución.

INMUNIDAD DE LAS ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Se entiende por inmunidad de las organizaciones internacionales a aquella prerrogativa de Derecho internacional que impide que las mismas sean sometidas a un procedimiento de carácter administrativo y/o de carácter contencioso por un ente externo. Aunque esta inmunidad más parezca un tema propio del ámbito del Derecho internacional público, en realidad es de especial interés para el Derecho internacional privado, por si ya muchas veces es difícil trazar una frontera entre ambas disciplinas.

Desde el punto de vista del Derecho internacional privado, a grandes rasgos, esta inmunidad conduce a la falta de competencia de los órganos administrativos de los Estados y de los tribunales estatales respecto de las organizaciones internacionales.

En todo caso, la inmunidad de las organizaciones internacionales no es monolítica. Pues, esta inmunidad puede presentar matices, y cambia, en

función de los tratados constitutivos de las diferentes organizaciones internacionales y la multiplicidad de acuerdos de sede existentes.

1. La inmunidad en los tratados constitutivos

Para conocer la inmunidad en los tratados constitutivos de las organizaciones internacionales, la Carta de Naciones Unidas es ilustrativa y permite tomarla como punto de partida para la presente explicación. Concretamente, el artículo 105 de este texto establece lo siguiente:

1. La Organización gozará, en el territorio de cada uno de sus Miembros, de los privilegios e inmunidades necesarios para la realización de sus propósitos.
2. Los representantes de los Miembros de la Organización y los funcionarios de esta, gozarán asimismo de los privilegios e inmunidades necesarios para desempeñar con independencia sus funciones en relación con la Organización.
3. La Asamblea General podrá hacer recomendaciones con el objeto de determinar los pormenores de la aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo, o proponer convenciones a los Miembros de las Naciones Unidas con el mismo objeto.

La inmunidad de Naciones Unidas quedó confirmada en el asunto *Madres de Srebrenika*. Al respecto, Naciones Unidas fue demandada ante la justicia de los Países Bajos. La parte demandante consideraba a esta organización internacional como responsable civil de la masacre de Srebrenika ocurrida en la antigua Yugoslavia y donde se encontraban Cascos azules de los Países Bajos, quienes no evitaron la masacre tras una serie de infortunios y descoordinaciones. La justicia de los Países bajos reconoció la inmunidad de Naciones Unidas y, en resumen, el Reino de los Países bajos fue demandado ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) por haber cerrado el paso a la reclamación judicial. El artículo 6.1 del Convenio de Roma de 1950 para la protección de

Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales fue alegado ante el TEDH.

La decisión de la sección tercera del TEDH de 11 de junio de 2013 resume el hilo de los recursos internos ante la justicia holandesa. En este sentido, se aprecia que los demandantes inicialmente presentaron demanda ante el Tribunal regional de La Haya. La decisión del TEDH resume lo siguiente en la siguiente traducción:

Previendo la posibilidad de que Naciones Unidas pudiera invocar su inmunidad basada en el artículo 105 de la Carta de Naciones Unidas, los demandantes argumentaron que cualquier inmunidad de la que pudiera disfrutar esa organización no podía ir más allá de la necesidad para el desempeño de sus funciones, y, además, que el acceso a un tribunal estaba garantizado, concretamente, por el artículo 6.1 del Convenio.

Siguiendo la traducción de la decisión de la Sección tercera del TEDH de 11 de junio de 2013, «el tribunal regional se declaró incompetente» para juzgar a Naciones Unidas mediante sentencia de 10 de julio de 2008. Posteriormente, la sentencia del Tribunal de Apelación de 30 de marzo de 2010 confirmó la decisión de la primera instancia. En el marco de los recursos internos, el asunto había llegado al Tribunal Supremo de los Países Bajos, el cual reconoció que, en este caso:

La inmunidad es absoluta. Su mantenimiento, además, es una de las obligaciones de los Miembros de Naciones Unidas, que [...] de acuerdo con el artículo 103 de la Carta de Naciones Unidas, tienen prioridad sobre las obligaciones en virtud de otros acuerdos internacionales.

En el marco del contencioso ante el TEDH, la decisión de 11 de junio de 2013 concluyó en señalar que «[...] en el presente caso, la concesión de inmunidad a Naciones Unidas obedece a un objetivo legítimo y no es desproporcionada» y que, en referencia a la inmunidad en este contencioso, «la demanda es manifiestamente infundada y debe ser rechazada de conformidad con el artículo 35. 3 (a) y 35.4 del Convenio». En resu-

men, la jurisprudencia del TEDH confirmó la inmunidad de esta organización.

2. Inmunidad en el marco de los acuerdos de sede

Un acuerdo de sede es un tratado internacional mediante el cual un Estado y una organización internacional acuerdan que la organización y/o sus órganos establecerán en el territorio parte del acuerdo.

La inmunidad en estos tratados puede variar en función de las negociaciones y de lo acordado, pero en todo caso siempre ante una fuente de Derecho internacional público con efectos directos sobre el Derecho internacional privado en función de las reglas establecidas, de las excepciones a estas reglas y del alcance de las excepciones.

Para explicar mejor estos efectos tomaremos como ejemplo el Acuerdo de Sede entre el Reino de España y el Secretariado de la Unión por el Mediterráneo, hecho en Madrid el 4 de mayo de 2010. Mediante este acuerdo:

España reconoce la plena capacidad jurídica del Secretariado de la Unión por el Mediterráneo para contratar, adquirir o enajenar bienes muebles e inmuebles, recibir y desembolsar fondos públicos y privados, y entablar acciones judiciales y/o realizar cualquier acto necesario para desempeñar sus obligaciones y cumplir sus objetivos.

Interesantemente, el artículo 5 está dedicado a la inmunidad de jurisdicción en los siguientes términos:

1. El Secretariado gozará de plena inmunidad de jurisdicción penal, civil y administrativa, excepto en la medida en que el Secretario General o un representante por él autorizado haya renunciado expresamente a la inmunidad. No obstante [...] dicha inmunidad no se extenderá a las acciones civiles iniciadas por terceros contra el Secretariado por daños y perjuicios derivados de accidente de vehículo autorizado perteneciente al Secretariado o conducido por un miembro de su personal.

2. La conclusión de un contrato por parte del Secretariado con inclusión de una cláusula en la que se reconozca la jurisdicción de un tribunal ordinario español constituirá una renuncia formal a la inmunidad.
3. La interposición por el Secretariado de una acción judicial ante los tribunales españoles implicará su renuncia a la inmunidad de jurisdicción en el supuesto de una demanda reconvenional.
4. La renuncia a la inmunidad de jurisdicción a que se refiere el presente artículo no se extiende a la ejecución de la sentencia, salvo que así se disponga expresamente en cada caso.

Como se puede apreciar, el tratado admite la renuncia a través de una cláusula contractual específica, la renuncia a través de la reconvenición y, asimismo, distingue entre inmunidad de jurisdicción e inmunidad de ejecución.

Por otro lado, un acuerdo de sede puede remitirse a reglas externas al mismo acuerdo (como, por ejemplo, la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados de las Naciones Unidas). Al respecto, el artículo 4 del Convenio de sede entre el Reino de España y la Organización Mundial del Turismo (OMT), hecho en Madrid el 25 de junio de 2015, es ilustrativo en el sentido que las partes asumen lo siguiente:

1. La Organización disfrutará de las inmunidades y privilegios reconocidos habitualmente a las organizaciones internacionales de carácter universal.
2. La Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de los Organismos Especializados de las Naciones Unidas aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1947 [...] será de aplicación a la OMT, así como su Anexo XVIII. En caso de discrepancia entre lo dispuesto en dicha Convención y las disposiciones del presente Convenio, se aplicará la disposición más favorable a la organización.

3. Si España concluyese cualquier acuerdo con una organización intergubernamental que contenga términos y condiciones más favorables que los otorgados a la OMT con arreglo al presente Convenio, España acogerá favorablemente la petición de la OMT de extender dichos términos y condiciones a la OMT. Las Partes convendrán la forma pertinente de establecerlos de conformidad con sus requisitos legales internos.

Redacciones como la del párrafo del artículo 4 pueden plantear problemas: ¿cuáles son las inmunidades «habitualmente» reconocidas a las organizaciones internacionales?

3. La necesaria distinción entre la inmunidad de la organización y la de sus funcionarios

Un aspecto importante cuando se habla de inmunidad de las organizaciones internacionales es la inmunidad de sus funcionarios. Sobre este tema es necesario precisar que no es raro ver que los acuerdos de sede asemejen la inmunidad del secretario general de la organización internacional a la inmunidad de los embajadores. Por ejemplo, siguiendo con el Convenio de sede entre el Reino de España y la OMT, encontramos que el artículo 15.1, dedicado al Secretario general y a los funcionarios, reconoce que «El Secretario General de la Organización gozará de los privilegios, inmunidades, exenciones y facilidades concedidos a los jefes de misión diplomática», las cuales se rigen por la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 1961. En este mismo convenio de sede se reconoce que: «los funcionarios de categoría profesional de grado P-5 o superior, por razón de las responsabilidades de las funciones que les correspondan, gozarán de los privilegios e inmunidades, exenciones y facilidades concedidos a los agentes diplomáticos en España». El régimen de los agentes diplomáticos está recogido en la misma Convención de 1961.

Asimismo, en el marco del Convenio de Sede con la OMT se aprecia una inmunidad en razón de la función ejercida en el sentido que:

Los funcionarios de la Organización, cualquiera que sea su nacionalidad, disfrutarán de la exención de toda jurisdicción con respecto a las palabras, escritos u otros actos ejecutados en cumplimiento de sus funciones, incluso después de dejar de ser funcionarios de la Organización.

Llegados a este punto es importante subrayar que la inmunidad de los funcionarios de la organización no debe ser confundida con la inmunidad de la organización.

4. El Derecho interno y la práctica profesional

Desde el punto de vista de la abogacía y de la administración de justicia, es necesario tener en cuenta el Derecho internacional convencional tanto desde el punto de vista de la jerarquía de fuentes como por desde el punto de vista constitucional.

Efectivamente, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que un Estado no puede «invocar las disposiciones de su Derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado» (artículo 27) y, por su parte, la Constitución española reconoce que los tratados internacionales son parte del Derecho interno (artículo 96.1).

Asimismo, hay que tener presente que ya la misma la Ley Orgánica del Poder Judicial en España establece límites a la jurisdicción española en los siguientes términos (artículo 21):

1. Los Tribunales civiles españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas.
2. No obstante, no conocerán de las pretensiones formuladas respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción y de ejecución de conformidad con la legislación española y las normas de Derecho internacional público.

Precisamente, los acuerdos de sede son normas Derecho internacional público que inciden directamente en el Derecho internacional privado. Una de las funciones del Derecho internacional privado es la determinación de la competencia de los tribunales y la determinación de la ley aplicable. Si se reconoce la inmunidad de una organización internacional, la competencia del tribunal no existiría y, en consecuencia, no habría ley a aplicar al fondo de un asunto.

En este contexto, es oportuno recordar que, en el Derecho interno, «los privilegios e inmunidades de las organizaciones internacionales con sede u oficina en España» se encuentran en el título V de la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de octubre, sobre privilegios e inmunidades de los Estados extranjeros, las Organizaciones Internacionales con sede u oficina en España y las Conferencias y Reuniones internacionales celebradas en España.

En el marco de esta Ley Orgánica 16/2015, es necesario tener presente que en materia de relaciones laborales, esta ley no reconoce inmunidad salvo que las organizaciones internacionales «acrediten disponer de un mecanismo alternativo de resolución de la controversia [...] en el tratado constitutivo, los estatutos, el reglamento interno o en cualquier otro instrumento aplicable de las organizaciones internacionales» (artículo 35) para los conflictos laborales como, por ejemplo, el mecanismo ante el Tribunal Contencioso-Administrativo de las Naciones Unidas en el ámbito de esta organización.

4.1. Aspectos a considerar en demandas contra organizaciones internacionales

Al analizar un caso donde una de las partes es, o puede ser, una organización internacional, no sería mala idea explorar la posibilidad de someter la diferencia a un arbitraje teniendo presente, en el acuerdo arbitral, una renuncia a la inmunidad de ejecución por parte de la organización internacional. Esta renuncia evitaría inconvenientes procesales futuros derivados de las reglas del Derecho internacional o del Derecho interno,

como por ejemplo, en España, el artículo 36.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). El citado precepto impone la abstención de la justicia en asuntos cuando «se haya formulado demanda o solicitado ejecución respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción o de ejecución de conformidad con la legislación española y las normas de Derecho internacional público». Los tratados constitutivos y los acuerdos de sede gravitan en estas circunstancias.

5. Aspectos a considerar en defensa de organizaciones internacionales demandas

Asimismo, la estrategia de defensa de la inmunidad de una organización internacional, en cualquier Estado, podría comenzar por evaluar tres aspectos.

En primer lugar, parece oportuno evaluar si sería pertinente presentar una declinatoria de jurisdicción alegando la inmunidad (por ejemplo, en España, esta opción sería posible a la luz del artículo 39 de la LEC, el cual señala que un demandado: «[...] podrá denunciar mediante declinatoria la falta de competencia internacional o la falta de jurisdicción por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional o por haberse sometido a arbitraje o mediación la controversia», ya que mediante la declinatoria se puede «denunciar la falta de competencia de todo tipo», según el artículo 63.1 de la LEC).

Sobre esta cuestión (y vista la declinatoria en macroperspectiva), posiblemente alguien se preguntaría si acaso sería siempre necesario presentar una declinatoria para hacer valer la inmunidad. Este planteamiento no resulta del todo descabellado, sobre todo en los sistemas monistas, donde lo establecido en los tratados internacionales son directamente aplicables por la justicia estatal. Bajo esta lógica, si el Estado acordó respetar la inmunidad en el marco de un tratado, él mismo Estado y sus funcionarios deberían asumirla. Sin embargo, esta observación podría diluirse en el universo de Estados de la Comunidad Internacional en razón del comportamiento judicial de los órganos de tal o cual Estado

y, en este escenario, se correría el riesgo de que la justicia estatal de tal o cual país entienda que no se objeta la competencia de un tribunal y que, consecuentemente, el procedimiento continúe.

En segundo lugar, otra opción a considerar sería evaluar si la organización internacional demandada debería y podría dirigirse a un órgano o entidad pública del Estado que tenga competencias para velar por el respeto a los tratados internacionales y por las inmunidades acordadas; y, con un exquisito respeto a la división de poderes del Estado y pensando en el decoro de la organización internacional, exponer la circunstancia en terminos jurídicos. En este contexto, tener presente que los Estados deben respetar el Derecho internacional.

Y, en tercer lugar, se podría evaluar si se opta (o no) por el criterio de Naciones Unidas ante la justicia de los Países Bajos; al respecto, se lee en la traducción de la sentencia del TEDH de 11 de junio de 2013 que «Naciones Unidas no compareció ante el Tribunal de La Haya, siendo informada tal decisión, previamente, mediante un comunicado oficial al Representante Permanente del Reino de los Países Bajos en la sede de Nueva York». El detalle de esta última opción radica en que no toda organización internacional tiene exactamente una inmunidad con el mismo alcance de la inmunidad de Naciones Unidas y he allí la importancia de conocer bien los tratados constitutivos de cada organización internacional y los acuerdos de sede.

En todo caso, siempre se puede evaluar la renuncia a la inmunidad para un caso concreto y la posibilidad de someter la diferencia o controversia a mediación y/o a arbitraje. En este contexto, el tema de la renuncia a la inmunidad de ejecución debería ser tenida en cuenta.

*Autor: Jorge Luis Collantes
(Doctor en Derecho, UPVD, Francia,
Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CENE, Rémi. «Quelques réflexions sur les immunités des organisations internationales», en *Immunities in the Age of Global Constitutionalism* (editado por Anne PETERS, Evelyne LAGRANGE, Stefan OETER y Christian TOMUSCHAT), Brill, Nijhoff, 2015, p. 333 y ss.; HENQUET, Thomas. «The Jurisdictional Immunity of International organizations in the Netherlands and the view from Strasbourg», en *Immunity International Organizations* (editado por Niels BLOKKER y Nico SCHRIJVER), Leiden, Boston, Brill, Nijhoff, 2015, p. 279 y ss.; REINISCH, August. «Transnational Judicial Conversations on the Personality, Privileges, and Immunities of International organizations-An Introduction», en *The Privileges and Immunities of International Organizations in Domestic Courts* (editado por August REINISCH), Oxford University Press, 2013, p. 1 y ss.; *ID.* «Privileges and immunities», en *Research Handbook on the Law of International Organizations* (editado por Jan KLABBERS y Asa WALLEND AHL), Cheltenham, Northampton, Edward Elgar, 2011, p. 132 y ss.; REINISCH, August y JANIK, Ralph. «The Personality, Privileges and Immunities of International Organizations before National Courts-Room for Dialogue», en *The Privileges and Immunities of International Organizations in Domestic Courts* (editado por August REINISCH), Oxford University Press, 2013, p. 339 y ss.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje. Competencia judicial internacional. Declinatoria. Inmunidad diplomática. Relaciones laborales.

INTERÉS DEL MENOR

El interés del menor ha sido reconocido en diversos instrumentos nacionales e internacionales y, consecuentemente, vincula a la justicia de los Estados y a sus administraciones públicas. En esta línea, expondremos el interés del menor a la luz de la legislación española y las obligaciones del Estado.

Definir el concepto de «interés del menor» implica una ardua tarea, si se tiene en cuenta que el mismo se erige como un concepto jurídico indeterminado, que debe ser interpretado de manera dinámica y que es susceptible de concreción en cada situación específica.

Esta deliberada falta de determinación resulta conveniente, puesto que permite al intérprete concretar el contenido de este principio, aplicando la normativa a cada supuesto, en función de los criterios de conciencia social que imperen en cada momento y teniendo en cuenta la diversidad de circunstancias y sujetos que pueden presentarse.

Ahora bien, para evitar que esa discrecionalidad en la interpretación casuística del interés del menor pudiera convertirse en arbitrariedad del intérprete e inseguridad jurídica, deviene necesario objetivar los criterios para concretar dicho concepto. En este último sentido se pronunciaba la Defensora del Pueblo en el Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor, de mayo de 2014 y es, en definitiva, lo que hace la reforma operada, en el caso español, por la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia; como en su momento lo hiciera la *Children Act 1989*, del Reino Unido, o la *Child Welfare Act 2007*, de Finlandia.

Por tanto, para acometer la tarea de conceptualización, parece razonable analizar el marco normativo que se refiere al principio de interés del menor o superior interés del niño, particularmente tras la reforma operada en la normativa española en 2015, pero impulsada por la normativa internacional desde el año 2010.

1. Marco normativo del principio de interés del menor o superior interés del niño

La Constitución española establece en su artículo 39.4 que *los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*.

Entre estos acuerdos e instrumentos internacionales destacan dos Convenciones de Naciones Unidas: a) la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, de 20 de noviembre de 1989, ratificada el 30 de noviembre de 1990 —en cuyo artículo 3.1 dispone que en todas las medidas concernientes a niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, tendrán una consideración especial a que, a lo que se atenderá, será el interés superior del niño— y sus Protocolos facultativos; y b) la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, instrumento de ratificación de 23 noviembre de 2007.

Debe tenerse en cuenta, asimismo, tal como se recoge en el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, que en la Declaración Universal de Derechos Humanos, las Naciones Unidas proclamaron que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencia especiales y que la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido también enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y las organizaciones internacionales que se interesan por el bienestar del niño.

Además, resultan reseñables dos convenios impulsados por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: el Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993, ratificado el de 30 de junio de 1995 y el Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad

parental y de medidas de protección de los niños, de 28 de mayo de 2010, ratificado el 6 de septiembre de 2010. Por otra parte, deben destacarse también tres Convenios del Consejo de Europa, el relativo a la adopción de menores, hecho en Estrasburgo el 27 de noviembre de 2008, ratificado el 16 de julio de 2010, el relativo a la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 25 de octubre de 2007, ratificado el 22 de julio de 2010, así como el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996, ratificado el 11 de noviembre de 2014. Y, finalmente, el Reglamento (CE) 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) 1347/2000.

El precepto constitucional español viene desarrollado en la LO 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de Modificación Parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que conforma, junto a las previsiones del Código Civil en esta materia, el principal marco regulador de los derechos de los menores de edad, garantizándoles una protección uniforme en todo el territorio del Estado y en cuyo artículo 2 dispone que: «en la aplicación de la presente ley primará en el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir», disponiendo en su artículo 3 que:

los menores gozaran de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas y los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, desde la promulgación de la LO 1/1996, han tenido lugar importantes cambios sociales que afectan a la situación de los menores y demandan una modificación de los instrumentos de protección de sus derechos. Y es que, el principio de interés del menor se configura como un principio rector en materia de protección del menor.

Así se constata en diversas propuestas y observaciones formuladas estos años atrás por el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas (singularmente, la Observación general n.º 13 de 2011 sobre el derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia, las observaciones finales a España de 3 de noviembre de 2010 y la Observación General n.º 14, de 29 de mayo de 2013 que tiene como objetivo principal mejorar la comprensión y observancia del derecho del niño a que su interés superior sea evaluado y constituya una consideración primordial y promover un verdadero cambio de actitud que favorezca el pleno respeto de los niños como titulares de derechos), por el Defensor del Pueblo (en sus documentos «Menores o adultos. Procedimientos para la determinación de la edad» de 2011 y «La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles» de 2012), por la Fiscalía General del Estado (en sus Circulares 8/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de protección de menores, y la 1/2012, de 3 de octubre, sobre el tratamiento sustantivo y procesal ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave) y en las conclusiones y recomendaciones de la Comisión Especial del Senado de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines (BOCG. Senado, serie I, n.º 545, de 17 de noviembre de 2010).

Pues bien, a esta necesidad de adecuar la normativa a los cambios sociales, obedecen las reformas operadas por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia. Ambas normas, aun de rangos distintos —extremo criticado en el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria de Protección a la Infancia, de 30 de septiembre de 2014—, introducen importantes novedades para poder interpretar y concretar el concepto de superior interés del menor.

2. El contenido del interés general del menor

En efecto, frente a la configuración del interés del menor como un principio general antes de las reformas de 2015, ahora este concepto abarca una triple dimensión, tal como se recoge expresamente en la citada Observación General n.º 14 del Comité de los Derechos del Niño (apartado I A, párrafo 6): a) derecho sustantivo del menor; b) principio general de carácter interpretativo; y c) como una norma de procedimiento.

2.1. El interés del menor como derecho sustantivo

El menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados, y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se dé prioridad a los primeros a la hora de llegar a una solución.

El Comité de los Derechos del Niño explica que el objetivo del concepto de interés superior del menor es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del niño; entre estos derechos no hay una jerarquía, todos responden al interés superior del menor y ningún derecho puede verse perjudicado por una interpretación negativa del citado interés (Observación General n.º 14).

Según el Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica complementaria de la Ley de Protección de la Infancia, de 11 de julio de 2014 (pp. 4-5), el interés del menor no se refiere únicamente a los derechos de naturaleza protectora, sino que abarca también los derechos dirigidos a promover su autonomía y participación en los asuntos que le conciernen. Ello explica que se mantenga la obligación de interpretar de forma restrictiva las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores, añadiéndose una última precisión: y es que, en todo caso, dicha interpretación se hará siempre en interés superior del menor (artículo 2.1 in fine LOPJM).

2.2. *El interés del menor como principio general de carácter interpretativo*

Si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma, se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor, es decir, aquella que más le beneficie. La LO 8/2015 incorpora unos criterios generales, *numerus apertus*, y unos elementos de ponderación, siguiendo la línea que ya venía estableciendo el Tribunal Supremo —*vid.* por todas, STS, 31 de julio de 2009 (RJ 2009/4581) y STS de 19 de noviembre de 2015 (RJ 2015/5495), respectivamente—, y haciéndose eco de lo dispuesto en el Comité de los Derechos del Niño (Observación General n.º 14), a saber:

2.2.1. *Criterios generales de interpretación*

Podemos ordenar los criterios generales de interpretación de la siguiente manera:

- a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectiva.
- b) La consideración de los deseos, sentimientos y opiniones del menor, así como su derecho a participar progresivamente, en función de su edad, madurez, desarrollo y evolución personal, en el proceso de determinación de su interés superior.
- c) La conveniencia de que su vida y desarrollo tengan lugar en un entorno familiar adecuado y libre de violencia (artículo 9.1 CDN).
- d) La preservación de la identidad, cultura, religión, convicciones, orientación e identidad sexual o idioma del menor, así como la no discriminación del mismo por estas o cualesquiera otras condiciones, incluida la discapacidad, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad (artículo 8 CDN).

- e) Cualesquiera otros criterios establecidos en la legislación aplicable y aquellos otros que se estimen adecuados, atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto.

2.2.2. *Elementos de ponderación*

El legislador dispone que los criterios expuestos *ut supra* se ponderarán teniendo en cuenta los principios de necesidad y proporcionalidad, conjuntamente con los siguientes elementos generales: la edad y madurez del menor; la necesidad de garantizar su igualdad y no discriminación por su especial vulnerabilidad, ya sea por la carencia de entorno familiar, sufrir maltrato, su discapacidad, su orientación e identidad sexual, su condición de refugiado, solicitante de asilo o protección subsidiaria, su pertenencia a una minoría étnica, o cualquier otra característica o circunstancia relevante; el irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo; la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten para promover la efectiva integración y desarrollo del menor en la sociedad, así como de minimizar los riesgos que cualquier cambio de situación material o emocional pueda ocasionar en su personalidad y desarrollo futuro; la preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales; y aquellos otros elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores.

2.3. *El interés del menor como norma de procedimiento*

El artículo 2.5 de la LO 1/1996, haciéndose eco de lo dispuesto en la meritada Observación General n.º 14, dispone que toda medida que se tome en interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso, entre otras:

- a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente (artículo 12 CDN).

- b) La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos.
- c) Derecho a que cualquier decisión sobre el niño esté motivada, justificada y explicada para demostrar que se ha respetado el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial ;
- d) Derecho a la segunda instancia y a la asistencia jurídica gratuita.

3. La determinación del interés del menor: el mandato del artículo 3.1 CDN

Teniendo en cuenta que el interés del menor tiene como fin el respeto y completo desarrollo de todos los derechos del menor y recordando que el mandato contenido en los artículos 3.1 y 18.1 de la Convención de los Derechos del Niño va dirigido, no solo a la autoridad judicial, sino también a las instituciones públicas y privadas de bienestar social, autoridades administrativas, órganos legislativos y padres y representantes legales del menor, a la hora de integrar de contenido dicho concepto debe tenerse en cuenta:

- a) Se dará audiencia al menor y su opinión deberá ser valorada en función de su edad, madurez y contexto en el que se expresa.
- b) Se debe fomentar el mantenimiento del menor en la familia, salvo que, objetivamente, sea perjudicial, pero teniendo en cuenta que la situación de pobreza no es suficiente para provocar la sustitución de esa familia.
- c) Se debe perseguir la integración social del menor respetando sus derechos fundamentales, fomentando sus valores de convivencia no discriminatoria, tolerancia y solidaridad, con apoyo para la prevención de las situaciones que en la sociedad actual pueden representar mayores peligros para el menor.
- d) La toma de decisiones que realicen las instituciones públicas respecto del menor se hará con objetividad, imparcialidad, seguridad

jurídica y desde una perspectiva multidisciplinar, evitando la presencia en esa toma de decisiones de personas y organizaciones no profesionalizadas, con ánimo de lucro o que esgrima la defensa del interés del menor para la obtención de otros fines.

4. Epílogo

Como se apuntaba al comienzo de este documento, tras consultar en la doctrina y la jurisprudencia las consideraciones que se han realizado sobre el interés del menor, se llega a la conclusión de que no se puede emitir una definición general y abstracta del interés del menor. Ahora bien, no ofrece duda que la reforma legal de 2015 ha supuesto un avance en esta labor, puesto que introduce criterios de interpretación y aplicación del interés del menor, elementos de ponderación y garantías, que facilitan la concreción y valoración en el caso concreto.

*Autora: Aitana Ramón Martín
(Profesora asociada, Universidad de Alicante)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: AGUILAR CAVALLO, G. «El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos», en *Estudios Constitucionales*, año 6, n.º 1, 2008, pp. 223-247; BORRÁS, A. «El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado», en su discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña, en *Revista Jurídica de Cataluña*, n.º 4, 1994; CASTRO MARTÍN, R. M. «El interés superior del menor», ponencia en la *Jornada Técnica «Análisis del Sistema de Protección de Menores en el Ámbito del Sistema Judicial»*, Sevilla, 2011; HUETE NOGUE-RAS, J. J. «Desafíos del a nueva Ley: nuevos derechos de los menores y el papel del Ministerio Fiscal», en MAYOR DEL HOYO, M.^a V. *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Navarra, 2017, pp. 90-91; MORLACHETTI, A. «La Convención sobre los Derechos del Niño y la protección de la infancia en la normativa internacional de Derechos Humanos», en *Manual de Derechos Humanos de los Grupos Vulnerables*, UNI-

CEF, 2014; PÉREZ VERA, E. «La Convención sobre los Derechos del Niño», en AA. VV. *Garantía internacional de los derechos sociales*, Madrid, 1990, pp. 167-208; RAVETLLAT BALLESTÉ, I. «El interés superior del niño: concepto y delimitación del término», en *Educatio Siglo XXI*, vol. 30, n.º 2, 2012, pp. 89-108 y «El interés superior del niño a la luz del nuevo artículo 2 de la LO 1/1996, de 15 de enero», en AA. VV. *Reforma del sistema de protección a la infancia y adolescencia*, 2015; RIVERO HERNÁNDEZ, F. *El interés del menor*, Madrid, 2007; JUARISTI BESALDUCH, E. «El interés superior del niño en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea», pp. 57-75, en SANZ CABALLERO, S. *El interés superior del niño en la jurisprudencia internacional, comparada y española*, Navarra, 2017; VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, L. «El interés superior del menor de edad en situación de desprotección como principio rector de la actuación de los poderes públicos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, año LXXIII, n.º 2.221, 2019.

INTERVENCIÓN JUDICIAL EN EL ARBITRAJE

A estas alturas no resulta necesario recordar, para un instruido lector, que con el recurso al arbitraje las partes, de común acuerdo, a través de la suscripción del convenio arbitral, excluyen por su propia voluntad la intervención de los tribunales de justicia en la resolución de sus controversias, sometiendo las disputas surgidas en torno a la validez, eficacia o cumplimiento de una determinada relación negocial al conocimiento y resolución por parte de árbitros.

Sin embargo, la decisión de eludir la justicia del Estado en tales conflictos no va a suponer, salvo en contadas y excepcionales ocasiones, que la tramitación del procedimiento arbitral quede al margen de la intervención de los órganos judiciales con la finalidad de propiciar y dotar de efectividad al propio procedimiento arbitral, una intervención que más bien cabría denominar de auxilio, cooperación, colaboración, apoyo y control, que no de intromisión judicial en la libre voluntad de las partes

y en el procedimiento elegido por las mismas para la resolución de sus controversias.

La ausencia de potestad jurisdiccional de los árbitros e instituciones arbitrales, atribuida exclusivamente a los jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial del Estado, condiciona el nacimiento y desarrollo del arbitraje, siendo frecuente y necesario el recurso a tales órganos en todas las fases del procedimiento arbitral, desde incluso antes de iniciarse, hasta con posterioridad a su finalización.

Los árbitros, a diferencia de los órganos judiciales, tan solo disponen de *auctoritas* en el ejercicio de sus funciones, careciendo de la *potestas* necesaria para vincular e imponer sus decisiones a terceros a través de poder ejecutivo y coercitivo, atribución esta predicable tan solo de la jurisdicción. Así, sobre la base de aquella autoridad, y conforme a los dictados de la autonomía de la voluntad de las partes, los árbitros designados desarrollarán el proceso arbitral, practicando pruebas y adoptando en su caso medidas cautelares hasta dictar el laudo o resolución arbitral que ponga fin al procedimiento. Pero al quedar sus facultades circunscritas a las partes del proceso, resultará necesario recurrir a la potestad jurisdiccional en orden a apoyar y controlar su labor, configurándose los tribunales de justicia como colaboradores necesarios del arbitraje, facilitando su desarrollo y garantizando su eficacia.

Este apoyo y control, tendente a garantizar el normal desarrollo del procedimiento arbitral, tan solo debe tener lugar cuando así se precise y requiera por los árbitros o por las partes, llevándose a cabo de la forma más beneficiosa para la tramitación del proceso arbitral y limitándose exclusivamente a los supuestos en que expresamente se prevea, siendo su finalidad última la de dotar al arbitraje de la seguridad jurídica necesaria, respetando la voluntad de las partes que, en el libre ejercicio de su voluntad, han decidido dirimir sus controversias sirviéndose del arbitraje, quedando así excluida la intervención de la jurisdicción.

El arbitraje no debe considerarse como un enemigo de la jurisdicción ni a la inversa, sino como dos caras de la misma moneda, haciendo depender el éxito de la primera del apoyo que le preste la segunda. Dado que son las partes las que de común acuerdo han decidido abstraerse de la jurisdicción, dicho recurso al auxilio judicial debe ser residual o, cuanto menos, servirse del mismo en supuestos de especial necesidad, por cuanto, por un lado, no resultaría lógico que las partes cuya voluntad confluye en excluir a la jurisdicción de la resolución de sus conflictos recurrieran a la misma para poder dar forma al procedimiento elegido y, por otro, porque constantes llamadas a la jurisdicción no solo entorpecerían la tramitación del procedimiento arbitral, cercenando la mayor rapidez que se promulga como una de sus principales características, sino que, a su vez, conllevaría atribuir mayor carga de trabajo a los ya de por sí sobrecargados tribunales de justicia.

1. Control de la competencia

La primera manifestación de la actuación judicial en el arbitraje se encuentra con carácter previo incluso al inicio o existencia del propio procedimiento arbitral, en particular, con la finalidad de garantizar que el mecanismo de resolución extrajudicial de controversias elegido por las partes sea el que va a implementarse a tales efectos, no admitiéndose, salvo caso de sumisión tácita por la parte demandada, el conocimiento y resolución del conflicto por los tribunales de justicia. Si las partes han decidido someter la resolución de sus controversias a arbitraje, la consecuencia inmediata será que, como regla general, los juzgados y tribunales quedan excluidos del conocimiento de las mismas.

Así, en caso de existir un convenio que remita a un procedimiento arbitral para la resolución de controversias nacidas entre las partes intervinientes en el mismo, si una de ellas, eludiendo tal voluntad, formula su demanda relativa a tales conflictos ante la jurisdicción, la demandada, por medio de declinatoria o excepción de arbitraje, podrá hacer valer la existencia de dicho convenio arbitral y, por ende, la ausencia de compe-

tencia de los tribunales de justicia para el conocimiento y resolución de la controversia que las enfrenta, debiendo el órgano judicial decidir sobre su competencia, es decir, sobre la existencia, validez y eficacia de dicho convenio arbitral, absteniéndose de conocer del asunto en caso de considerar válido y eficaz el mismo o, por el contrario, considerándose competente para la resolución del conflicto a través de la tramitación del correspondiente procedimiento judicial, pero sin entrar a valorar en ningún caso dicha competencia de oficio.

2. Nombramiento y remoción de árbitros

En el inicio del procedimiento arbitral se encuentra otra muestra del apoyo judicial, la tradicionalmente denominada formalización judicial del arbitraje o designación judicial de árbitros, configurada como posibilidad en caso de que las partes no se pongan de acuerdo sobre la forma de designar al árbitro o árbitros que deban conformar el tribunal arbitral o no sea posible hacerlo a través del sistema de designación convenido por las mismas.

En este supuesto, cualquiera de las partes podrá solicitar del tribunal competente el nombramiento del árbitro o árbitros, e incluso la adopción de las medidas necesarias para que tenga lugar el mismo, debiendo limitarse el órgano judicial a su designación, sin entrar a efectuar mayor comprobación en cuanto al fondo de la controversia o a su arbitrabilidad, labor esta atribuida a los árbitros, quedando limitada su actuación a verificar la existencia de un convenio arbitral del que se derive la necesidad de conformar el órgano arbitral que judicialmente se reclama, pues sin la base de la existencia de un eventual procedimiento arbitral sustentado en dicho convenio, carecería de sentido la realización de la labor de apoyo que se le solicita.

La designación deberá atenerse a la voluntad de las partes articulada en el convenio y, en todo caso, respetar el principio de igualdad en la constitución del tribunal arbitral, así como los requisitos relativos al número

—siempre impar—, nacionalidad, capacidad, cualificación, independencia e imparcialidad de los árbitros, debiendo solicitarse, por lo general, del tribunal competente objetivamente del lugar en que tenga lugar el arbitraje o, en su defecto, del correspondiente al domicilio o residencia habitual del demandado.

De igual forma, si procede acudir a la jurisdicción para el nombramiento de los árbitros, a la misma podrá recurrirse también en los supuestos de remoción de los designados, bien por falta de independencia o imparcialidad, bien en el caso de verse impedido para el ejercicio de sus funciones o bien en caso de que no las ejerza dentro de un plazo razonable, circunstancias que pueden ponerse de manifiesto tanto por las partes como por el propio árbitro. En caso de que exista desacuerdo entre las partes sobre la remoción del árbitro, podrán plantear la cuestión ante el resto de árbitros y, en caso de desacuerdo de los mismos, recurrir a los órganos judiciales para que sean ellos quienes resuelvan sobre su remoción y, junto a ello, procedan a nombrar un árbitro que le sustituya.

3. Práctica de medios de prueba

Iniciado ya el procedimiento arbitral, designado el órgano arbitral y formuladas por las partes sus correspondientes alegaciones, el arbitraje entrará en la fase de actividad probatoria, momento en el que, de igual forma, puede resultar necesario el recurso a la jurisdicción en orden a posibilitar la práctica de determinados medios de prueba, bien practicándose la prueba ante el propio tribunal competente, bien a través de la adopción por este de las medidas necesarias para que las pruebas puedan ser practicadas ante los árbitros.

Tanto en uno como en otro supuesto las pruebas serán propuestas por las partes y admitidas por los árbitros, pudiendo dirigirse cualquiera de ellos al tribunal competente, bien para su práctica ante el mismo, encargándose este de su dirección, bien para que adopte las medidas necesarias para que su práctica pueda tener lugar por los propios árbitros. Pero

en ningún caso corresponde a los órganos judiciales decidir sobre la admisión de los medios de prueba que deben practicarse, labor esta que corresponderá, en exclusiva, al órgano arbitral, siendo el mismo el único competente para decidir sobre la admisibilidad, pertinencia, utilidad, práctica y valoración de los medios de prueba.

Por lo general, el apoyo judicial habrá de solicitarse al tribunal objetivamente competente del lugar del arbitraje o, en todo caso, del lugar en el que hubieren de practicarse los medios de prueba por parte del tribunal o adoptarse las medidas necesarias para facilitar la práctica de los medios de prueba por parte de los árbitros.

4. *Adopción de medidas cautelares*

También a lo largo de la tramitación del arbitraje, e incluso con anterioridad a su inicio, puede llegar a tener lugar una actuación de apoyo por parte de los órganos judiciales tendente a asegurar, a través de la adopción de medidas cautelares, la efectividad del eventual laudo o resoluciones arbitrales que puedan dictarse.

Dicha posibilidad no solo supone que sean los órganos judiciales quienes decidan sobre si adoptar o no determinadas medidas cautelares que garanticen la efectividad del procedimiento arbitral con anterioridad a la existencia del mismo y a la designación de los árbitros, sino que, solicitadas tales medidas por las partes y adoptadas por los árbitros, podrá recurrirse a la jurisdicción en orden a posibilitar la realización y efectividad de tales medidas, pues recordemos que, adoptadas las mismas por los árbitros, estos no disponen de *potestas* para hacerlas efectivas.

Las medidas cautelares deberán ser adoptadas por los árbitros o por los órganos judiciales a instancia de parte, debiendo fundamentarse la concurrencia de los presupuestos necesarios en que se sustentan, dirigiéndose, bien para su adopción, bien para su realización, a los tribunales objetivamente competentes del lugar donde la resolución arbitral deba

ser ejecutada o del lugar en el que las medidas cautelares deban producir su eficacia.

5. Control del arbitraje

Uno de los supuestos de control judicial en el arbitraje, que no ya de apoyo, se produce una vez dictado el laudo arbitral y notificado a las partes, quienes pueden no compartir la forma en que se ha tramitado y resuelto el procedimiento arbitral, a pesar de la imposibilidad de recurrir el laudo, dado el carácter inmediatamente ejecutivo del mismo, previsto como regla general en la mayoría de las legislaciones arbitrales, siendo esa una de las principales características del arbitraje, lo que ratifica la nota de rapidez que lo inspira.

Sin embargo, el hecho de que en la práctica totalidad de legislaciones no pueda cuestionarse el fondo de la controversia a través de la formulación del correspondiente recurso, no supone que, en la mayoría de ocasiones, no puedan denunciarse vicios o infracciones cometidas a lo largo de la tramitación del procedimiento arbitral de las que resulte la existencia de un laudo viciado al que no debería otorgarse validez, lo que tradicionalmente viene articulándose a través de la denominada acción de anulación.

Y es precisamente en el conocimiento de esta acción donde los órganos judiciales del lugar en que haya sido dictado el laudo van a tener de nuevo una participación relevante en la propia esencia del procedimiento arbitral, pues a los mismos les corresponderá esta facultad revisora, velando porque se hayan cumplido las formalidades esenciales del procedimiento y el laudo disponga de los elementos necesarios para quedar dotado de seguridad jurídica en orden a la configuración del arbitraje como un efectivo equivalente jurisdiccional, expulsando del ordenamiento jurídico los laudos arbitrales que presenten vicios en su formulación.

La causa de la habitual imposibilidad de recurrir el fondo de la controversia se encuentra en la propia esencia del arbitraje, pues si las partes decidieron apartarse voluntariamente de la justicia del Estado, no resulta coherente que, ulteriormente, se revise lo resuelto por los árbitros por parte de órganos judiciales. Ahora bien, que no pueda ser objeto de debate lo resuelto por los árbitros no obsta a que competa a la jurisdicción verificar, si así lo solicitan las partes a través del ejercicio de la correspondiente acción, y normalmente sobre la base de fundamentos limitados y formales, que en la tramitación del proceso arbitral y en la elaboración del laudo no se haya incurrido en infracciones que permitan que accedan a la realidad pública resoluciones viciadas que no respeten el orden público. Se trata, en definitiva, de efectuar un control de la observancia en el procedimiento arbitral de sus garantías formales, sin abarcar la adecuación jurídica del laudo ni la mayor o menor bondad de su decisión.

De igual forma, otra posibilidad de control del arbitraje por parte de los órganos judiciales viene referida al recurso de revisión de laudos en los mismos términos previstos para las Sentencias firmes, posibilidad reservada para aquellos supuestos en que haya sido dictado con base en elementos probatorios posteriormente invalidados, que no hayan podido ser obtenidos previamente o que hayan sido dictados en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta por o sobre las partes o los árbitros que lo hubieran dictado.

6. Reconocimiento de laudos y resoluciones arbitrales extranjeras

Otra manifestación de las tareas de control del arbitraje atribuidas a la jurisdicción viene referida al reconocimiento de laudos o resoluciones arbitrales extranjeras con la finalidad de que sean ejecutables en el territorio en que se ubican los órganos judiciales a los que dicho reconocimiento se solicita, y ello con la finalidad de reconocerles carácter de título ejecutivo con el que habilitar su posterior ejecución de conformidad

con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde el laudo o resolución arbitral pretende ser ejecutada.

Resultará a tales efectos necesario, además de aportarse el laudo o la resolución arbitral extranjera cuyo reconocimiento se pretende, acreditar la concurrencia del acuerdo entre las partes para acudir a un procedimiento arbitral, debiendo tener en cuenta, a tales efectos, lo dispuesto por el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión, debiendo tramitarse dicha solicitud conforme a lo previsto por la legislación procesal nacional para el reconocimiento de sentencias extranjeras.

Como regla general, dicho reconocimiento será solicitado ante el tribunal objetivamente competente del domicilio de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento del laudo o, en todo caso, del lugar donde el laudo o la resolución arbitral cuyo reconocimiento se pretenda deba producir sus efectos.

7. *Ejecución del laudo y resoluciones arbitrales*

La última actuación de control judicial del arbitraje se encuentra en aquellos supuestos en que resulta necesaria la ejecución forzosa del laudo o de las resoluciones arbitrales en caso de incumplimiento voluntario de lo dispuesto en las mismas por las partes, debiendo recordar, a tales efectos, que los árbitros gozan de *auctoritas*, pero no de *potestas*, de tal forma que se encuentran privados de la posibilidad, por sí mismos, de ejecutar lo resuelto por ellos en caso de ausencia de cumplimiento voluntario por las partes, debiendo recurrir a la jurisdicción, única que dispone de la posibilidad, no solo de juzgar, sino también de hacer ejecutar lo juzgado, en este caso, por los árbitros.

Por tanto, las partes podrán recurrir a los órganos judiciales del lugar en que hayan sido dictadas o deban producir sus efectos para que estos hagan cumplir las resoluciones arbitrales en los mismos términos que una resolución judicial, debiendo el tribunal despachar ejecución, en todo caso, siempre que concurren los presupuestos y requisitos procesales para ello, el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal y los actos de ejecución solicitados sean conformes con la naturaleza y contenido del título ejecutivo.

Incluso será posible que las partes soliciten la ejecución provisional del laudo o resolución arbitral aun cuando contra la misma se haya formulado acción de anulación y en tanto esta se resuelve, y ello sin perjuicio de que la parte ejecutada pueda solicitar la suspensión de la ejecución, debiendo ofrecer habitualmente caución para asegurar el valor de la condena más los daños y perjuicios que pudieran derivarse para la parte ejecutante por la demora en la ejecución, correspondiendo al tribunal decidir sobre dicha suspensión y, ulteriormente, sobre el alzamiento de la ejecución o, en su caso, sobre la continuación de la misma, a resultas de la estimación o desestimación de la acción de anulación que haya sido formulada.

Autor: Sergio González Malabía

(Doctor en Derecho. Magistrado, Juzgado Primera Instancia n.º 3 de Ibiza)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BALLESTEROS, M. A. *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Thomson, 2004; ESPLUGUES MOTA, C. «El juez y el árbitro en el arbitraje comercial internacional», *Cuadernos de Derecho Judicial (I): Problemas actuales de aplicación del Derecho internacional privado por los jueces españoles*, CGPJ, Madrid, 1997; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. «La Nueva Ley de Arbitraje», *Consejo General del Poder Judicial, Estudios de Derecho Judicial*, n.º 102, Madrid; GUTIÉRREZ GARCÍA DE CORTÁZAR, E. «Enforcing a foreign award pending an action to set aside at the seat of the arbitration: the Spanish example», *Spain Arbitration Review Bulletin*, vol. 4; GUZMAN FLUJA, V. «Comentario al artículo 7 Ley 60/2003, de

23 de diciembre, tras la reforma de la Ley 11/2011, de 20 de mayo», *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, Coord. Silvia BARONA VILAR, Thomson, 2011, pp. 286-306; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M. «Arbitraje y Proceso Judicial», Encuentro con las Cámaras de Comercio (2012)», *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 22, CGPJ, Madrid, 2013; MANTILLA SERRANO, F. *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*, Iustel, Madrid, 2005; SILVA ROMERO, E. «Breves observaciones sobre la modernización del Arbitraje Internacional. A propósito de la nueva Ley Española de Arbitraje», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 9, Madrid, septiembre-diciembre 2004; STAMPA CASAS, G. «El juez de apoyo al arbitraje: nombramiento judicial de árbitros, práctica de pruebas y adopción de medidas cautelares», *La nueva Ley de Arbitraje, Estudios de Derecho Judicial*, n.º 102, CGPJ, Madrid, 2007; VALBUENA GONZÁLEZ, F. «La intervención de los juzgados de lo mercantil en materia de arbitraje», *Actualidad Civil*, n.º 618, 2004; VIRGÓS SORIANO, M., López De Argumedo Piñeiro, Á., DE BENITO LLOPIS-LLOMBART, M., FERNÁNDEZ BERGIA, A. y RUEDA GARCÍA, J. Á. «Crónica de legislación y jurisprudencia. Arbitraje», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º 26, 2010; VIRGÓS SORIANO, M. «Arbitraje comercial internacional y Convenio de Nueva York de 1958», *La Ley*, año XXVII, n.º 6679, 2007; CREMADES, B. «La función jurisdiccional de apoyo y control del arbitraje», *Revista La Ley* 39895/2008, 1 de octubre 2008.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje. Competencia judicial internacional. Declinatoria. *Exequatur*. Medidas cautelares de los órganos judiciales.

IUS SANGUINIS/ IUS SOLI

1. Introducción

Las expresiones latinas *ius sanguinis* (determinación de la nacionalidad por la filiación del individuo), y *ius soli* (determinación de la nacionalidad

por el lugar en que ha nacido el individuo) son empleadas en la actualidad para designar dos sistemas diferentes de atribución de la nacionalidad *ex lege*, especialmente en las sociedades occidentales. Sin embargo, no hay ninguna institución jurídico-romana que corresponda a dichas expresiones. Es la interpretación de los textos romanos que hicieron los juristas de la Edad Media la que provocará que durante los siglos XV y XVI se hiciera la distinción entre los dos términos. Si bien, la expresión *ius soli* permaneció como la característica fundamental de la mayor parte de los sistemas jurídicos, el término *ius sanguinis* es posterior y se entronca fundamentalmente al periodo de la codificación europea, especialmente en Francia.

Los Estados pueden establecer libremente los criterios bajo los cuales reconocen la nacionalidad. El régimen constitucional y legal de cada Estado puede aceptar indistintamente el principio del *ius soli* o del *ius sanguinis*, o mezclarlos. Casi ningún Estado utiliza uno de los criterios con exclusión absoluta del otro, pero sí prefiere uno u otro según cual sea la finalidad política que le atribuya a la nacionalidad: básicamente conservar como nacionales a los emigrantes y a sus hijos (*ius sanguinis*), o integrar en la Nación al máximo número de inmigrantes llegados y nacidos en el territorio del Estado (*ius soli*). Tradicionalmente la nacionalidad ha sido concebida como un atributo adquirido por el individuo a partir del ejercicio de una potestad estatal. Pertenece a todo Estado soberano regular por su propia legislación la adquisición de su nacionalidad, así como conferir esta por medio de la naturalización a través de sus propios órganos conforme a dicha legislación.

No obstante, en la actualidad, la vinculación de una persona a un solo Estado soberano no siempre es posible. La movilidad internacional de personas, la globalización, el aumento exponencial de familias mixtas, las ventajas que puede suponer para los Estados que sus ciudadanos puedan disfrutar de derechos sociales en los países de destino o el efecto integrador de la naturalización para los extranjeros, entre otras cosas,

han generado la creciente apertura y aceptación por las legislaciones estatales de la plurinacionalidad.

2. *Ius sanguinis*

En España, como en el resto de países de la UE, el criterio prioritario de atribución de la nacionalidad es el *ius sanguinis* (el último país en establecerlo como regla general fue Irlanda en el año 2004, a raíz de la STJUE de 19 de octubre de 2004, As. C-200/02, *Chen & Zhu v. Secretary of State of the Home Department*).

El artículo 17.1 a) Código Civil (CC) español impone la nacionalidad española de origen a «los nacidos de padre o madre española». Ello exige una relación jurídica de filiación, matrimonial o extramatrimonial, y la nacionalidad española de uno de los progenitores, ambas circunstancias en el momento del nacimiento. A esto debe añadirse lo preceptuado en el artículo 19.1 del CC: «El extranjero menor de dieciocho años adoptado por un español adquiere, desde la adopción, la nacionalidad española de origen».

2.1. *Artículo 17.1 a) CC*

A tenor de lo preceptuado en el artículo 17.1 CC, será español el nacido de padre o madre española. Pueden ser españoles de origen o haber adquirido la nacionalidad con anterioridad al nacimiento de los hijos por opción, carta de naturaleza o residencia en España. Igualmente, aunque la hubieran perdido, sus hijos serán españoles si la recuperan en un momento anterior a dicho nacimiento.

Desde la redacción originaria del CC (Gaceta de 25 de julio de 1889) hasta el precepto actual, nuestro ordenamiento ha establecido que son españoles los hijos o los nacidos de padre español, pero no ha ocurrido lo mismo cuando la española era la madre. Desde el CC de 1889 hasta su modificación por Ley de 2 de mayo de 1975, la mujer española que

casaba con extranjero seguía, según nuestro ordenamiento, la condición y nacionalidad del marido si adquiría la de este. En tales casos perdían la nacionalidad antes del nacimiento de los hijos si habían celebrado matrimonio con extranjero. En segundo lugar, hay que señalar que, tras la reforma por Ley de 15 de julio de 1954 (*BOE* n.º 197, de 16 de julio de 1954) y, como mínimo, hasta la entrada en vigor de la CE de 1978 (claramente tras la Ley 51/1982, *BOE* n.º 181, de 30 de julio de 1982), los hijos de madre española no poseían la nacionalidad española si seguían la nacionalidad del padre. E, incluso, la DGRN ha llegado a afirmar que tampoco cuando estaba vigente el artículo 17 del CC originario, ya que, «aún si hubieran conservado la nacionalidad española, el hijo no habría nacido español al corresponderle la nacionalidad extranjera del padre a cuya patria potestad estaba sujeto» (Res. DGRN de 15 de abril de 2004, *BIMJ* 2004, n.º 1967). Y es que la solución que se ha impuesto es la de considerar la irretroactividad absoluta de la norma contenida en el artículo 17.1 del CC, por la que se atribuye al hijo de madre española nuestra nacionalidad a partir de la ley 51/82, de 13 de julio, adscribiéndose a las pautas que dispuso la DGRN en la Instrucción de 16 de mayo de 1983. En esta Instrucción se establece que a los nacidos de madre española con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva ley, «les será de aplicación lo que disponía el artículo 17.2 en su anterior redacción, de modo que solamente serán españoles cuando no les corresponda seguir la nacionalidad extranjera de su padre». Estos, en la actualidad, para acceder a la nacionalidad española pueden recurrir, bien a la declaración de opción prevista en el artículo 20.1.b) CC siempre y cuando se logre acreditar que su progenitora nació en España; o bien, en el caso de que la progenitora ya hubiese nacido fuera de España, deben utilizar la naturalización por residencia legal en España prevista en el artículo 22.1.f) CC, que aunque reduce el plazo de residencia legal de diez años a uno, en todo caso, requiere vivir legalmente en España y estar en posesión de una autorización de residencia inicial o permanente.

2.2. *Filiación adoptiva*

Cuando la filiación es adoptiva la atribución de la nacionalidad se produce en virtud del artículo 19.1 CC: «el extranjero menor de dieciocho años adoptado por un español adquiere, desde la adopción, la nacionalidad española de origen». Junto a los hijos biológicos, son españoles los adoptados por un español. La integración total de la persona adoptada en la familia de origen y, sobre todo, la igualdad de todos los hijos ante la ley proclamada en la CE, exigen que se introduzca en la reforma por Ley 51/1982 un precepto (artículo 18) por el que se atribuye la nacionalidad española de origen, a partir del momento de la adopción, al adoptado en forma plena cuando alguno de los adoptantes sea español. Las dificultades interpretativas de este supuesto de atribución de la nacionalidad española son relativamente escasas si la adopción ha sido constituida ante una autoridad española. Sin embargo, si la adopción ha sido autorizada por una autoridad extranjera habrá que comprobar la validez y eficacia de la misma en España (artículo 26.2 Ley 54/2007 de adopción internacional, *BOE* n.º 312 de 29 de diciembre de 2007). Desde la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, el ordenamiento jurídico español prevé que, sin perjuicio de que el extranjero menor de dieciocho años adoptado por español adquiriera automáticamente la nacionalidad española, también existe la posibilidad de que, si de acuerdo con el sistema jurídico del país de origen ese niño mantiene su nacionalidad, esta se le reconozca en España (artículo 19.3 CC). De esta suerte el menor extranjero adoptado por español puede ostentar dos nacionalidades.

2.3. *Problemas que plantea la nacionalidad de los niños y niñas nacidos de gestación por sustitución y su filiación*

Hasta la reforma introducida por la Ley 18/1990, de 17 de diciembre de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad, la expresión empleada tradicionalmente en el ordenamiento jurídico español era «son españoles *los hijos de* [...]». Con dicha reforma se sustituye por el término

«nacidos de». Y el cambio no es baladí ya que actualmente no es necesario que la relación de filiación esté determinada legalmente para que se transmita la nacionalidad española de origen *ex* artículo 17.1 a) CC., pues basta con que dicha relación exista de hecho. La atribución de la nacionalidad de origen deriva del hecho biológico de la procreación, por ser el padre o madre españoles en el momento del nacimiento del hijo o de la hija, cualquiera que sea el lugar de su nacimiento y con independencia de que se haya acreditado la paternidad/maternidad legalmente. Esta reforma conlleva cambios importantes para la atribución de la nacionalidad española a los menores nacidos de contratos de alquiler de vientres. Como es sabido aunque en España los contratos de maternidad subrogada son nulos (artículo 10.1 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, BOE n.º 126, de 26 de mayo de 2006), eso no impide que los comitentes recurran a países donde sí está permitido contratar un vientre de alquiler o no está expresamente prohibido, bien porque residen allí, bien porque en tales países no se exige ningún requisito previo ni de nacionalidad, ni de domicilio o residencia habitual, o bien tales exigencias son muy limitadas.

Pues bien, siguiendo la interpretación antes apuntada, lo que determina la atribución de la nacionalidad no es la paternidad/maternidad legal, que sería a la que se referiría el término «hijo de», sino la paternidad/maternidad biológica/genética. Quiere esto decir que, en el marco de la gestación por sustitución, la atribución de la nacionalidad española no depende de que se haya establecido un vínculo legal de filiación. Aunque habría que considerar español o española al niño o a la niña cuando haya nacido de un padre o de una madre españoles, sean estos la gestante o los comitentes, la práctica consular y la interpretación de la normativa en vigor no siempre van en este sentido.

3. *Ius soli*

El *ius soli* es un criterio de atribución de la nacionalidad por el hecho del nacimiento en un determinado territorio es implementado por algunos

Estados de forma pura (con independencia de la nacionalidad de los padres), y en otros como complemento del *ius sanguinis*, normalmente para evitar las situaciones de apatridia.

En el primer grupo se encuentran, por ejemplo, países como Estados Unidos. Así se desprende de la § 1 de la Decimocuarta Enmienda a la Constitución de Estados Unidos, que dispone que todas las personas nacidas o naturalizadas en Estados Unidos y sujetas a esta jurisdicción son ciudadanos de Estados Unidos y del Estado en el que residen. Lo destaca también la Immigration and Nationality Act, promulgada el 27 de junio 1952 (8 USC § 1401), según la cual, ciudadano estadounidense por nacimiento es la persona nacida en Estados Unidos y sujeta a su jurisdicción. También atribuye la nacionalidad por *ius soli* Canadá, cuyo párrafo 3 (1) (a) Citizenship Act R.S.C., 1985, c. C-29, conocida abreviadamente como Citizenship Act, dispone que cualquier persona nacida en Canadá después del 15 de febrero de 1977 adquiere la nacionalidad canadiense por nacimiento. De igual manera México (artículo 30 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de 5 de febrero de 1917, establece que son mexicanos por nacimiento los nacidos en el territorio de la República, sea cual sea la nacionalidad de sus padres.

En España, el *ius soli* siempre ha sido un criterio complementario, y el mero nacimiento en territorio español no ha atribuido nuestra nacionalidad ni siquiera durante la vigencia de la redacción originaria del artículo 17 del CC (1889-1954). Sí hay que reseñar que hay problemas con lo que se entiende por «territorio español», sobre todo con relación a al régimen jurídico de los territorios africanos bajo dependencia española (Ifni, Guinea Ecuatorial y Sahara occidental). La doctrina de la DGRN niega que posean la nacionalidad española quienes nacieron en dichas provincias. No obstante, la Sentencia del TS, 207/2020 de 29 de mayo, del Pleno de la Sala 1.^a, viene a corroborar que «nacer en Sáhara» no puede ser considerado como nacer en España a los efectos de la nacionalidad por origen contemplado en el artículo 17.1.c del CC.

Actualmente, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 17.1 (apartados b, c y d) del CC, al nacido en España se le atribuye la nacionalidad española, aunque sus padres sean extranjeros si, al menos uno de ellos hubiera nacido también en España o si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad, o si su filiación no resulta determinada. En ningún caso se requiere que ninguno de los padres esté en situación legal. Es más, en la normativa de extranjería española se contempla una autorización de residencia por circunstancias excepcionales específica para el padre o la madre en situación irregular de un menor español, el llamado arraigo familiar (artículo 124.3 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009). Por tanto, España en este punto aprueba y supera con creces el «test de exigencias» del Derecho internacional, en concreto de la Convención sobre los Derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 (artículo 7) y del Convenio de Naciones Unidas de 30 de agosto de 1961 para reducir los casos de apatridia. Tratado que establece la atribución de la nacionalidad por *ius soli* a los nacidos de filiación desconocida, o en aquellos casos en que no tengan atribuida otra nacionalidad de origen y exista el riesgo de apatridia.

3.1. *Es español el nacido en España aunque sus padres sean extranjeros si, al menos, uno de ellos hubiera nacido también en España*

Este precepto se justificó en la reforma del CC por Ley de 15 de julio de 1954 en la necesidad de extender hasta el límite de lo razonablemente posible el reconocimiento o la atribución de la nacionalidad española, «de manera que no podrán perpetuarse indefinidamente las estirpes de extranjeros en el territorio nacional». Para ello era necesario, además, que los progenitores estuvieran domiciliados en nuestro territorio en el momento del nacimiento (artículo 17.3 CC), requisito este último que se suprimió en la reforma por Ley 51/1982, de 13 de julio. En Derecho comparado esta postura, es adoptada, entre otros, por el legislador fran-

cés (artículo 19.3 CC: «cuando al menos uno de los padres hubiera nacido en Francia») y luxemburgués, aunque este último exige que ambos progenitores hayan nacido en territorio luxemburgués (artículo 4 Ley de 8 de marzo de 2017 sobre la nacionalidad luxemburguesa, *Mémorial A* 289 de 17 de marzo de 2017).

Creemos que en la actualidad el nacimiento de dos generaciones no debe ser el límite de lo razonablemente posible, a la vez que el mero nacimiento de dos generaciones, sin ni siquiera exigir el domicilio de los progenitores, no nos parece suficiente, domicilio que sí exigen, por ejemplo, Portugal (artículo 1.1 de la Ley nacionalidad portuguesa, son portugueses los nacidos en territorio portugués, hijos de extranjeros, cuando por lo menos uno de los progenitores ya hubiera nacido en Portugal, y resida en dicho país (con independencia del título) en el momento del nacimiento y Reino Unido (una persona nacida en el Reino Unido después de la entrada en vigor de la British Nationality Act 1981, será ciudadano británico si, en el momento del nacimiento, su padre o madre es ciudadano británico o se halla establecido (reside) en Reino Unido).

3.2. *Si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad*

Los términos de este precepto excluyen la atribución de la nacionalidad española al nacido en nuestro territorio solo en los supuestos de atribución automática de la nacionalidad de uno o ambos padres, por un sistema de *ius sanguinis* puro, como el español. En los demás casos, cuando la atribución de la nacionalidad de los progenitores depende del cumplimiento de algún requisito, declaración de voluntad o formalidad por parte de estos, ocurre, salvo en contadas ocasiones, v. gr. situación transitoria en España, o estar al servicio de su país u organismo internacional, que el recién nacido adquiere la nacionalidad española de origen. Se trata de evitar una situación de apatridia originaria en la cual la atribución *iure soli* de la nacionalidad española se impone. No ha de importar que el nacido pueda adquirir más tarde *iure sanguinis* la nacionalidad de sus pa-

dres (bien mediante la inscripción en el registro consular o bien reconociendo un derecho de opción ante el cónsul del lugar de nacimiento), pues este hecho no puede llevar consigo por sí solo la pérdida de la nacionalidad española, atribuida *ex lege* y de modo definitivo en el momento del nacimiento (puede consultarse en este sentido la Instrucción de la DGRN de 28 de marzo de 2007 sobre competencia de los Registros Civiles municipales y demás reglas relativas a los expedientes de declaración de nacionalidad con valor de simple presunción). Y es que cabría preguntarse si la inacción de los progenitores en este sentido puede suponer un fraude de ley.

Entre los países que no atribuyen la nacionalidad a los hijos de sus nacionales nacidos en el extranjero, y por tanto serán españoles de origen, brillan con luz propia los países latinoamericanos, aunque algunos de ellos han modificado sus legislaciones en orden a evitar la pérdida de nacionales debido a los flujos migratorios. Es el caso de Bolivia, Ecuador y Chile.

3.3. *Nacidos en España cuya filiación no resulte determinada*

Igualmente nuestro ordenamiento jurídico dispone que son españoles por *ius soli* los nacidos en España cuya filiación no resulte determinada. Y se presumen a estos efectos nacidos en territorio español los menores de edad cuyo primer lugar conocido de estancia sea territorio español (artículo 17 1 d CC). Esta postura es adoptada también, entre otros, por el legislador alemán, (§ 4 [2] *Staatsangehörigkeitsgesetz*), francés (artículo 19.1 CC francés), luxemburgués (artículo 5 Ley sobre nacionalidad), noruego (§ 4, párrafo 2.º Ley Nacionalidad), holandés (artículo 3.2 Ley nacionalidad), portugués (artículo 1.1 g) Ley de nacionalidad), rumano (artículo 4 Ley de ciudadanía) o ruso (artículo 12.2 Ley de nacionalidad de la Federación rusa).

Autora: Mercedes Soto Moya
(Profesora titular de Derecho Internacional Privado, Universidad de Granada)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ABARCA JUNCO, P. y VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, M. «El artículo 17.1 c) del Código Civil. ¿Mecanismo de lucha contra la apatridia o un “nuevo” modo de adquisición voluntaria de la nacionalidad española?», *REEL*, n.º 14, 2007; ÁLVAREZ RODRÍGUEZ A. «Derecho de nacionalidad en España», *Normativas de nacionalidad en Derecho comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 407-444; AMUNÁTEGUI PERELLÓ, C. «El surgimiento del *jus sanguini* como criterio general de asignación de la nacionalidad: Algunos antecedentes que explican su aparición», *Ius Et Praxis*, vol. 24, n.º 3, 2018, pp. 453-476; LARA AGUADO, A. «Nacionalidad de las niñas y de los niños nacidos de madres gestantes por sustitución en Estados Unidos y Ucrania», en MOYA ESCUDERO, M. (dir.). *Movilidad internacional de personas y nacionalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 572-657; MOYA ESCUDERO, M. «Atribución de la nacionalidad española y declaración de nacionalidad con valor de simple presunción», *Aranzadi civil*, n.º 2, 2007, pp. 2391-2431; RUBIO CASTRO, A. y MOYA ESCUDERO, M. «Nacionalidad y ciudadanía: una relación a debate», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n.º 37, 2003 (ejemplar dedicado a: Ciudadanía e inmigración), pp. 105-154; RUEDA VALDIVIA, R. (dir.). LARA AGUADO, A (dir.). MORENO CORDERO, G. (coord.). *Normativas de nacionalidad en Derecho comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020; SOTO MOYA, M. «El derecho humano a la nacionalidad: perspectiva europea y latinoamericana», *Araucaria: Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, vol. 20, n.º 40, 2018, pp. 453-481; *ID.* «Plurinacionalidad y suficiencia de las soluciones previstas por el legislador en el artículo 9.9 CC», en MOYA ESCUDERO, M. (dir.). *Movilidad internacional de personas y nacionalidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 229-277.

VOCABLOS CONEXOS: Apatridia. Filiación. Nacionalidad.

J

JOINT VENTURE

El ITC (*Thesaurus of International Trade Terms*) define el *joint venture* como «la unión de fuerzas entre dos o más empresas, del mismo o de diferentes países, con el propósito de llevar a cabo una operación específica (industrial, comercial, inversión o producción)». El *joint venture* es la relación contractual de dos o más personas naturales, físicas o jurídicas, que, sin perder su propia identidad y autonomía, se vinculan con el objeto de realizar una actividad económica determinada, pudiendo aportar a tales propósitos activos tangibles o intangibles, que deberán ser explotados únicamente en miras al objetivo específico del contrato y en un lapso determinado previamente o limitado al cumplimiento de tal objeto. Para el Derecho europeo de la competencia la *joint venture* supone la participación de dos o más empresas fundadoras en una empresa común sometida al control conjunto de las mismas.

1. Joint venture. *Contextualización inicial y nueva joint venture*

Los antecedentes remotos del contrato de *joint venture* se encuentran en figuras conocidas como *adventures* o *joint adventures*, aparecidas en el Derecho escocés alrededor del siglo XVII. Las características de estas figuras son la limitación de la responsabilidad e incluso el privilegio de la personalidad jurídica, aunque otros autores las asimilan al mandato (*agency*). Dicha figura se extiende al resto del Reino Unido bajo dos condiciones: Conformación de una persona jurídica o formación de una simple agrupación sin personalidad jurídica.

El Partnership Act (1890) y la Uniform Partnership Act (1914) la conceptúan como la relación (jurídica) entre dos o más personas

destinada a realizar un negocio del cual las partes gozarán de las utilidades y responderán por las pérdidas, reconociéndoles un patrimonio propio. La relación entre *partnerships* y *corporations* se resolvió por la jurisprudencia histórica norteamericana en el caso Mallory vs. Manaur Oil Works (1888) 8, concluyendo que una *corporation* como *partner* era vista como una delegación impropia de poderes por parte de la compañía, al no poder controlar la acción de representantes no estatutarios (negocios fuera del objeto de la *corporation*), lesionando en última instancia los intereses de los accionistas y de los funcionarios regularmente designados (gerentes estatutarios). Sin embargo, para encontrarle solución a este problema, la prohibición de participación de una *corporation* con otra sociedad (tanto personas jurídicas o naturales), los tribunales de los Estados Unidos de América determinaron que cuando en una *partnership* participara una *corporation* tomaría el nombre de *joint venture*, estableciéndose que la relación lo fuera para un proyecto específico y quedando ambas gobernadas por las mismas reglas. El *joint venture* se consolida en la práctica comercial de los Estados Unidos de América en la segunda mitad del siglo XIX, cuando se constituye la Terminal Railroad Association of St. Louis, asociación en común creada por quince compañías ferroviarias para adecuar las estructuras de aquel importante desembarcadero ferroviario. Pero no es hasta el caso Meinhard vs Salmon (249 New York, 458, 164 N.E. 545) cuando la jurisprudencia norteamericana llega a ilustrar el «espíritu del *joint ventures*». Posteriormente, la jurisprudencia norteamericana fue precisando esta figura contractual en los casos Lobsitz vs. E. Lissberger Co. (156 N.Y. Supp. 556, 1915); Reid vs., Shaffer (249 Fed. 553, 561, 1918); Columbian vs. Laundryvs. Henken (196 N.Y. Supp. 523, 525, 1922); o el Finney vs. Terrel (276 S.E. 340. Tex. Civ. App. 1925), adquiriendo la figura la característica de la contractualidad, con ausencia de una forma específica. En este sentido, la jurisprudencia norteamericana distingue entre dos tipos esenciales de *contractual joint ventures*, según el contrato implique o no la creación de un *partnership* entre los *venturers*. Desde principios del siglo XX, la expresión *joint venture* se emplea ampliamente en Estados Unidos en los sectores de transporte y comercio marítimo,

luego en los transportes ferroviarios, y en la explotación minera y petrolera.

La nueva *joint venture* norteamericana entendida como fenómeno económico, traspasa después de la Segunda Guerra Mundial las fronteras nacionales para extenderse a las alianzas entre empresas multinacionales occidentales y empresas o intereses de países en vías de desarrollo, para terminar por alcanzar cualquier forma de alianza entre empresas, sin distinción de su origen, nacionalidad o nivel económico. La personalidad jurídica del *partnership* entre los *ventures* ha sido finalmente reconocida en la Revised Uniform Partnership Act de 1994, en la que se codifican las principales normas de *common law* que regulan dicha figura armonizando la normativa entre todos los Estados federados. El *joint venture* es una figura suficientemente flexible para adaptarse a cualquier forma de negocio en el comercio internacional. También, la figura fue utilizada por los países del bloque socialista en forma de empresa mixta para facilitar los negocios internacionales.

La *joint venture* en Europa es una realidad económica que se encuentra definida progresivamente (pero no de una manera uniforme) en diversas ramas jurídicas: los derechos fiscales nacionales y el Derecho europeo de la competencia, y que es posible organizar a partir de diversas figuras jurídicas.

En el ámbito latinoamericano, predomina en iniciativas público-privadas de inversión extranjera, y en proyectos de emprendimiento privados con capital local.

Los contratos de *joint venture*, ocupan la segunda posición en el comercio internacional, después del de compraventa internacional de mercancías.

2. *Los elementos constitutivos de la joint venture*

El contrato puede ser implícito o explícito, verbal o por escrito (lo habitual por el volumen de los recursos y los detalles complejos de la operación), por su atipicidad legal, no cuenta con una *forma ad solemnitatem*. En el sistema de *common law* se denomina *specific venture*, se trata del negocio particular, y cuya realización satisface el interés de los contratantes, y a la que se aboca todo el esfuerzo de las partes. El término está estrechamente ligado al objeto de la operación. *Mutual agency* es la facultad que tienen las partes para dirigir el negocio y obligarse por las gestiones que realicen en cumplimiento o en búsqueda del objeto específico del contrato. El derecho de dirección y representación no excluye la delegación en terceros de la ejecución de la operación. Es un negocio *intuitu personae*. Cada uno de los sujetos contratantes asume responsabilidad frente a terceros, con el límite del objeto del contrato

3. *Algunas diferencias con otros negocios jurídicos y tipología*

En la asociación o participación hay un asociante que actúa en nombre de los asociados que se encuentran ocultos en cuanto a la gestión de la empresa o negocio de los cuáles ni siquiera son responsables ante terceros. La figura de la sociedad por acciones asume una función instrumental frente al preliminar y subyacente contrato de *joint venture*, en el cual encuentra su origen.

El *joint venture* además no conlleva una *affectio societatis*, porque precisamente no lo quieren los contratantes. A diferencia del *joint venture* los contratos de agencia y distribución por ejemplo dan lugar a la formación de una unidad de decisión entre la sociedad productora y la sociedad distribuidora, en cuanto una de ellas (o bien la sociedad productora o la distribuidora según el sector afectado) carecerá respecto de la otra de una verdadera autonomía económica en el mercado, dejando de ser una verdadera empresa. Por otro lado, la *joint venture* puede confundirse con el acuerdo de constitución de un grupo societario, pero en este caso, las

sociedades matrices deberían pertenecer a la estructura del grupo originaria, y la sociedad filial ser producto de la asociación. Esta posibilidad es teórica, debe contrastarse en la práctica internacional. La doctrina diferencia el *joint venture* respecto del *partnership* en función de los criterios de formalidad, posibilidad de conformación con corporaciones, demandabilidad entre partes, y posibilidad de declaración de quiebra. En el caso del *pool*, es un simple intercambio recíproco de participaciones en las acciones entre empresas, sin asumir riesgo. Los *joint ventures* pueden ser partícipes en sociedades mercantiles, pero puede que no den lugar a sociedades mercantiles. El *joint venture* puede constituirse mediante una forma mercantil no societaria.

Con relación a la tipología de *joint venture*, debe indicarse que la distinción más tradicional se da entre acuerdos de *joint venture* que originan una empresa separada con entidad jurídica (*corporate joint venture*), y los acuerdos de base meramente contractual que ratifican la voluntad de los contratantes de desarrollar una actividad común (*contractual joint venture*).

En el caso de las operaciones internacionales de empresas norteamericanas, cuando se juntan socios/as nacionales y extranjeros/as, se presentan dos formas, las llamadas *equity joint ventures*, que son una asociación de capitales, y las *non equity joint ventures*, donde no hay contribución de capital. Para las empresas europeas, lo habitual es el contrato de base de la *joint venture* no estructurada, ya que en la práctica las empresas fundadoras se remiten frecuentemente a formas contractuales legalmente preorganizadas (por ejemplo, las UTE o las cuentas en participación en el Derecho español, contrato-piloto en el Derecho francés).

En las formas estructuradas de *joint venture*, las empresas participantes agrupan los bienes o recursos destinados a la alianza en el seno de una entidad separada, transfiriendo su propiedad a dicha entidad de la cual cada una posea una parte. La entidad puede constituirse *ab initio* o a partir de una estructura que ya pertenezca a una de las empresas participantes. En la terminología norteamericana se denominan *corporated joint ventures*

o corporated alliances. En función del derecho de defensa de la competencia, y en función del tipo de relación existente entre las actividades económicas que las empresas fundadoras desarrollan fuera de la *joint venture*, así como entre estas y la actividad de la *joint venture*, se distinguen *joint ventures* horizontales, verticales y conglomerales. La Comisión Europea se muestra particularmente estricta con las operaciones horizontales en las que las empresas fundadoras y la *joint venture* son activas en el mismo mercado de producto.

Las *joint ventures* verticales, se establecen entre una empresa y sus proveedores, o entre empresas competidoras siempre que la *joint venture* actúe en mercados ascendentes o descendentes respecto al mercado de sus empresas fundadoras (*joint venture* de I+D, o de distribución entre dos empresas productoras). Son *joint ventures* de servicios en beneficio de las empresas fundadoras.

Las *joint ventures* tendrán carácter conglomeral cuando agrupen empresas cuyas actividades no tengan ningún tipo de relación entre ellas, o cuando las *joint ventures* se sitúen en mercados totalmente ajenos a los de las empresas fundadoras.

Las *joint ventures* comerciales se crean para la distribución de productos de una de las empresas en el país de la otra empresa que forma parte de la sociedad conjunta. Las *joint ventures* industriales, llevan a cabo procesos productivos en el país en el que se crean, y exigen el acuerdo entre las empresas que las constituyen en lo relativo a inversiones, financiación, uso de tecnologías y sistemas de producción, así como la comercialización de los bienes producidos.

4. *La distribución del capital riesgo, el acuerdo base y lo acuerdos satélites y ley aplicable a las joint ventures*

En referencia a la distribución del capital riesgos, debe indicarse que conlleva la distinción con base en la distribución de las cuotas de parti-

cipación. La estructura común es el equilibrio de riesgo financiero entre las partes. Parte de la doctrina distingue cuatro tipos de *joint venture*: independiente; de gestión coindivisa; de cogestión; y de gestión dominada. En el primer caso, el *joint venture* actúa autónomamente respecto de la propia casa matriz; en el segundo y tercer caso, los contratantes son directamente implicados en la gestión de la nueva entidad; en el cuarto caso (gestión dominada), uno de los sujetos ejercita una acción predominante en la elección de las modalidades operativas, gobernando de hecho el *joint venture* como una parte integrante de su propio cuerpo administrativo (subsidiaria controlada).

Respecto a al acuerdo base y los acuerdos satélites debe señalarse que el acuerdo base es el documento en el que se fundamenta la operación, en él se dan los términos de la alianza, definiendo el nombre de las empresas partes, la estrategia a seguir, los objetivos a alcanzar, la duración de la operación, el programa de inversión a realizar, el apoyo técnico a proporcionar, y las modalidades de constitución, organización y financiamiento de la sociedad de capital que da forma a la “empresa común». El acuerdo satélite principal suele estar integrado por el contrato fundacional de la sociedad filial común y contiene todas las cláusulas que tienen por objeto directo la constitución, organización y funcionamiento de la misma.

Técnicamente, las prestaciones son de aportaciones a capital social, dinerarias o no dinerarias, y se transfieren en propiedad a la filial común conforme a la normativa nacional que rige su creación. Puede haber obligaciones de aportaciones suplementarias posteriores a la constitución (convenios de voto para aumento de capital y su ejecución o por medio de convenios particulares de refinanciamiento con la filial común).

También pueden referirse a proporcionar a la sociedad los medios de apoyo necesarios para el correcto desarrollo de la actividad económica: entregas de bienes en uso (arrendamiento de locales de negocio o instalaciones), puesta a disposición de personal (directivo o subalterno), con-

tratos de *management*, elaboración o implantación de aplicaciones informática (sistemas), organización de servicios de administración, de contabilidad, formación y dirección del personal. Pueden ser también prestaciones industriales, tales como transferencia de tecnología mediante cesión o licencia de patente, *know-how*, compromisos de asistencia técnica o de I+D y de prestaciones comerciales (compromisos de entrega o suministro, licencias de marca o de *design*, compromisos de venta o distribución). En el plano financiero, pueden ser concesiones de préstamos o garantías personales o reales por parte de las empresas fundadoras a la filial común.

Respecto a la ley aplicable debe indicarse que la autonomía conflictual reconocida en casi todos los sistemas de Derecho internacional privado permite a los participantes elegir la ley aplicable a la *joint venture*, particularmente en el arbitraje. En el ámbito europeo se reconoce en el artículo 3 del Reglamento (CE) 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I). En el ámbito latinoamericano, en el Código de Derecho internacional privado, artículo 186, dispone que en los demás contratos (que no sean de adhesión), se aplicará en primer término la ley personal común a los contratantes y en su defecto la del lugar de la celebración.

Autor: Francisco Mesa Dávila

(Profesor de Derecho Internacional Privado.

Universidad Rafael Landívar, Quetzaltenango, Guatemala.

Doctorando UPNA)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ASTOLFI, Andrea. *El contrato internacional de «joint venture»*. Depalma. Buenos Aires. 1986; ESTEBAN DE LA ROSA, Fernando. *Ley aplicable a la joint venture en Derecho internacional privado español*, tesis doctoral publicada bajo el nombre *La joint venture en el comercio internacional*, Comares, Granada, 1999; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, ARENAS GARCÍA, Rafael y DE MIGUEL ASENSIO, Pedro

Alberto, *Derecho de los negocios internacionales*, Iustel. Madrid, 2007; GUARDIOLA SACARRERA, Enrique. *Contratos de colaboración en el comercio internacional*. Bosch, Barcelona, 1998; MIQUEL RODRÍGUEZ, Jorge. *La sociedad conjunta* (joint venture corporation), Civitas, Madrid, 1998; PAULEAU, Christine. *Incidencia del Derecho en la creación y el funcionamiento de las joint ventures. Análisis de la organización jurídica de las joint ventures en la Unión Europea, con especial referencia a España*. Universidad Pompeu Fabra. Departamento de Derecho, Barcelona, 2003; SIERRALTA RÍOS, Aníbal. *Joint venture internacional*, Pontificia Universidad Católica de Perú, 2.^a ed., Lima, 1997.

K

KAFALA

1. Concepto, función y clases de kafala

La *kafala* está reconocida en el artículo 20.3 del Convenio sobre los Derechos del Niño, elaborado en el marco de las Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, y constituye la máxima medida de protección de la que puede gozar un menor en los países islámicos, donde la adopción está prohibida. Se trata de una medida que posee un marcado carácter religioso, y su configuración y características difieren de un Estado a otro.

A pesar de esta diversidad, la *kafala* puede definirse como aquella institución en virtud de la 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. El *kafil* no solo adquiere el compromiso de mantener y cuidar a un menor, sino también de educarlo en la fe musul-

mana. Esta institución tiene como finalidad no solo proteger al menor, sino garantizar al mismo tiempo el respeto de sus orígenes, su identidad personal, su nacionalidad, así como su educación en la fe musulmana (QUINONEZ ESCÁMEZ, DIAGO DIAGO, MARCHAL ESCALONA, AA. VV. ORTEGA GIMÉNEZ).

Cabe diferenciar dos tipos de *kafala*. Por una parte, está la llamada «*kafala* intrafamiliar/notarial», denominada así porque el cuidado del menor lo confieren los propios padres biológicos a un miembro de la familia o a un tercero ajeno al núcleo familiar. Aunque, en ocasiones, se han llegado a constituir entre los mismos progenitores —de padres a madres o viceversa—. Formalmente, constituye un mero acuerdo privado entre las partes (progenitor/es- *kafil/es*) que puede oficializarse con la intervención de un notario, aunque, en ocasiones, esta es ratificada posteriormente por la autoridad judicial competente. Su reconocimiento puede ser problemático porque puede afectar al «orden público internacional», dado que en España la «patria potestad» es irrenunciable, aunque esa postura no es la mantenida por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Decimoctava, en el Auto dictado el 14 de mayo de 2018.

Este tipo de *kafala* hay que distinguirla y diferenciarla de la *kafala* que se constituye sobre un menor que es previamente declarado. Dicha declaración procede cuando el menor sea hijo de padres desconocidos o cuando su padre sea desconocido y su madre lo haya abandonado voluntariamente, el menor sea huérfano o sus padres no puedan hacerse cargo de él o no asuman sus deberes de protección. De forma que, la *kafala* se constituye previa declaración de desamparo del menor en un proceso judicial en el podrá otorgarse al *kafil* la tutela dativa o representación legal del menor.

En suma, la *kafala* islámica no es una institución unívoca. Lo mismo que hay distintas clases de *kafala* (según haya sido o no el menor declarado en situación de abandono), el menor puede encontrarse en distintas situaciones. No todos los menores sobre los que se ha constituido una

kafala son menores abandonados (*kafala* intrafamiliar/notarial), ni todos los menores declarados abandonados y sobre los que se constituido esta medida de protección carecen de familia (DIAGO DIAGO, MARCHAL ESCALONA, AA. VV.). Es importante, por tanto, diferenciar, ante qué tipo de *kafala* estamos, así como si la filiación del menor es conocida o no, pues, el régimen de eficacia y el tratamiento que la institución recibe en España no son los mismos.

2. *El reconocimiento de la kafala islámica en España*

El principal problema que presenta esta medida de protección es la de su reconocimiento. Dicho reconocimiento es preciso para que el menor pueda ser documentado y entrar legalmente a España, para que dicha medida acceda al Registro Civil español correspondiente, para que le sea concedida la nacionalidad española al menor venido a España al amparo de esta medida de protección o, incluso, para conceder a dicho menor o al *kafil* una determinada prestación social. Son, por tanto, diversas y diferentes las autoridades españolas ante las cuales se puede invocar en España la eficacia de una *kafala*.

En nuestro sistema existe una pluralidad de fuentes —convencionales y estatales— que convierten la identificación del régimen de reconocimiento de esta medida de protección del menor en una cuestión ciertamente compleja. En concreto, podemos anticipar que el régimen jurídico aplicable al reconocimiento de una *kafala* dependerá de cinco factores: a) del país del que proceda; b) de la fecha de constitución de la misma, dado que hay que tener siempre presente el ámbito de aplicación temporal de las normas; c) del tipo de *kafala* que se haya constituido (familiar-notarial/extrafamiliar-judicial); d) de la autoridad que haya intervenido en su constitución, bien sea esta notarial o judicial; e) del efecto que se pretenda obtener con el reconocimiento de la *kafala* en España (probatorio, constitutivo o registral) y f) la autoridad española ante la cual se pretenda obtener su eficacia (extranjería, Registro civil, etc.).

No siempre es necesario la tramitación de un procedimiento de *execuátur* para que una *kafala* islámica despliegue efectos en nuestro país. Es posible que la misma sea utilizada en España con valor simplemente probatorio, en cuyo caso será tratada como un simple documento público, exigiéndosele sin más el cumplimiento de los requisitos a los que los artículos 144 y 323.2 Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil (LEC) condiciona la eficacia probatoria en juicio de los documentos públicos extranjeros (MARCHAL ESCALONA)

Cuando lo que se pretende es el efecto registral o constitutivo, puede resultar de aplicación o los convenios en los que España sea parte y, en su defecto, la normativa estatal. España es parte tanto del 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, como del Convenio bilateral hispano-marroquí, relativo a la cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa, realizado el 30 de mayo de 1997 en Madrid y del Convenio bilateral hispano-argelino relativo a la asistencia judicial en el ámbito civil y mercantil, hecho en Madrid el 24 de febrero de 2005.

En el ámbito autónomo, aplicable en defecto de instrumento internacional aplicable, el artículo 34 Ley 54/2007 de Adopción internacional (LAI) regula no solo los efectos con los que se ha a reconocer una *kafala*, sino que, además, enumera los requisitos que habrá de cumplir para que esta sea reconocida en España (CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, FERNÁNDEZ ROZAS/SÁNCHEZ LORENZO). Dos aspectos merecen ser destacados de este precepto. El primero es de carácter negativo al consagrar legalmente la doctrina que la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN) mantiene sobre el reconocimiento de la *kafala* en España, y que ha sido recogida en diversas Resoluciones y, fundamentalmente, en la Resolución-Circular de 15 de julio de 2006. Para esta Resolución, la *kafala* debe ser equiparada al acogimiento familiar, tal y como se regula en el Derecho español. Esta práctica «nacionalizadora»

debe ser objeto de crítica, en primer lugar, porque la equiparación de instituciones no es, ni puede ser real, dada la dificultad de asimilar esta medida de protección a cualquiera de las medidas de protección reguladas de nuestro Derecho. La *kafala* conlleva unos efectos que no se corresponden plenamente ni con la adopción ni con la tutela ni con el acogimiento familiar, ni con cualquiera otra medida de protección reconocida en Derecho de familia español. Y, en segundo lugar, porque, como hemos visto, no hay solo un tipo de *kafala*, lo que, sin duda alguna, complica aún más la asimilación de la *kafala* con instituciones propias del Derecho español. Por lo que, desde nuestro punto de vista, la *kafala* debería ser reconocida en España con los efectos que le son propios en el Derecho conforme al cual se ha constituido, como así sucede en nuestra legislación con las adopciones simples o menos plenas (artículo 30.1 L.A.). Cualquier otra propuesta, supone desnaturalizar la institución extranjera y, por tanto, no respetar lo establecido en el Derecho islámico (MARCHAL ESCALONA).

No obstante, el artículo 34 L.A., a diferencia de la citada Resolución, supera la visión que la DGRN mantiene de la *kafala* al permitir que esta pueda ser reconocida en España no solo como acogimiento, sino también como tutela; una medida que, en determinados casos, puede ser más beneficiosa para el menor que aquella. De hecho, el *favor minoris* que, a nuestro juicio, debe guiar e inspirar esta materia aconseja que la *kafala* islámica sea reconocida en España, siempre que ello redunde en beneficio del menor, como tutela en lugar de acogimiento familiar, pues nadie discute que la tutela confiere al tutor la «representación legal del menor».

3. Efectos de la *kafala* islámica en España

Cuestión distinta es la de saber los efectos que la *kafala* islámica despliega en España. La *kafala*, como institución desconocida que es en Derecho español, no está siendo objeto de un tratamiento unívoco por las diferentes autoridades españolas que han de atribuir consecuencias jurídicas al hecho de que un menor esté sometido a una *kafala* (DIAGO DIAGO). En efecto, por una parte, en el ámbito del Derecho de extranjería esta

medida de protección es equiparada, en ciertos supuestos, a la tutela y, en otros, es considerada como equivalente a una mera delegación de la responsabilidad parental, dependiendo de que estemos en presencia de una *kafala* de tipo judicial o notarial. En este ámbito no hay que olvidar que, según la Sent. del Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 26 de marzo de 2019 (As. C-129/18, SM y *Entry Clearance Officer, UK Visa Section*), las autoridades competentes de los diferentes Estados miembros de la Unión Europea tienen la obligación de facilitar la entrada y residencia de un menor sobre el que unos ciudadanos europeos han constituido una *kafala*, siempre que exista una expectativa de vida familiar que sea razonable y no derive de una situación manifiestamente fraudulenta (MARCHAL ESCALONA).

Por su parte, las autoridades registrales asimilan la *kafala* a un acogimiento familiar, tal y como se regula en Derecho español; mientras que en algunos pronunciamientos judiciales la han llegado a equiparar a la tutela, incluso, a la custodia. En el ámbito de la Seguridad Social, a efectos de conceder una pensión de orfandad, las autoridades españolas consideran a la *kafala* marroquí como equivalente a la filiación adoptiva; mientras que si lo que se solicita es el derecho a reconocer una prestación por maternidad/paternidad es equiparada al acogimiento familiar, como así lo hace la Administración española a efectos de conceder determinadas subvenciones.

En definitiva, parece ser que la *kafala* islámica es reconocida en España bien con los efectos que la misma despliega en el Derecho extranjero (Derecho de extranjería), en otros, con los propios de la institución española en la que se nacionalizan (ámbito registral y Derecho de la nacionalidad y para las prestaciones por maternidad/paternidad) y, en otros, incluso le son asignados efectos que son desconocidos y que, incluso, están prohibidos en el propio Derecho marroquí (pensión de orfandad).

4. *¿Es posible constituir una adopción en España sobre la base de la kafala islámica?*

Queda por saber si, una vez que la *kafala* es reconocida por las autoridades españolas, podría constituirse en nuestro país la adopción de dicho menor. Hasta hace muy poco se podían constituir adopciones sobre la base de *kafalas*, considerándose por nuestras autoridades que esta era la mejor forma de proteger aquí a un menor. Muestra de ello está es el Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria 71/2015 de 30 de abril. La Ley 26/2015 de 28 de julio de modificación del sistema de Protección de la Infancia y la Adolescencia, le dio la vuelta radicalmente la situación existente al añadir un nuevo párrafo 4.º al artículo 19 de la LAI que establece lo siguiente:

En el caso de menores cuya ley nacional prohíba o no contemple la adopción denegará la constitución (en España) excepto cuando el menor se encuentre en situación de desamparo tutelado por la Entidad Pública.

Ante las dudas que generó la redacción del apartado 4 del artículo 19 LAI, la Fiscalía General del Estado emitió un Dictamen 3/201663, en el cual fijaba los criterios para aplicar la prohibición que el mencionado precepto establece (RODRÍGUEZ PINEAU, SÁNCHEZ CANO). En ella, la Fiscalía dejaba bien sentado que dicha restricción regiría cuando se constata se suficientemente que la legislación del país del que es nacional el adoptando prohíbe o no contempla la adopción, como es el caso de Marruecos. Además, exigía que el menor no adquiriera la nacionalidad española en virtud de la adopción, manteniendo, por tanto, la suya de origen. Por último, conforme al último párrafo del artículo 19.4 LAI, la Fiscalía indicaba que la mencionada restricción no operará cuando el menor estuviera en situación de desamparo y tutelado por la entidad pública. Hay que decir que los menores venidos a España en régimen de *kafala* no están, como exige dicho precepto, ni en desamparo ni son tutelados por la Administración, por lo que, en principio, no podrían ser adoptados, a pesar de que así se pronunciaron tanto el Auto de la Audiencia Provin-

cial de Girona de 18 diciembre 2017 como el de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares 25 octubre 2017 (SÁNCHEZ CANO).

Con todo, esta prohibición en modo alguno resulta contraria al artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CORDERO ÁLVAREZ, RODRÍGUEZ PINEAU, BOUZZA ARIÑO), como así ha reconocido el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre en las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de diciembre de 2014 (*Cbbibi Loudoudi* y otros contra Bélgica) y de 4 de octubre de 2012 *Harrondj* contra Francia).

Autor: Nuria Marchal Escalona
(Profesora titular de Derecho Internacional Privado,
Universidad de Granada).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: AA. VV. UNIDAD DE EJECUCIÓN PROYECTO ADL (coord.). *Kafala y adopciones en las relaciones hispano-marroquíes*, Madrid, FIIAPP, 2009; BOUZZA ARIÑO, Omar. «La institución coránica de la *kafala* ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 2015, n.º 172, pp. 227-232; CORDERO ÁLVAREZ, Clara Isabel. «Adopción en Europa y efectos de la *kafala* en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, n.º 12, 2012, pp. 455-489; DIAGO DIAGO, Pilar. «La *kafala* islámica», *Cuadernos de Derecho transnacional*, vol. 2, 2010 pp. 140-164; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. *Derecho internacional privado*, Civitas, Madrid, 2020; QUIÑONEZ ESCÁMEZ, Ana. «Impedimentos matrimoniales, leyes de policía e internacionalidad alcance de las prohibiciones propias (bigamia) y las ajenas (adopción del menor venido en “*kafala*”», *Estudios de Derecho de familia y de sucesiones: (dimensiones interna e internacional)*, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., GARCÍA RUBIO, M.^a P. y REQUEJO ISIDRO, M. (coords.), 2009, pp. 247-296; MARCHAL ESCALONA, Nuria. «Problemas actuales de reconocimiento de la *kafala* marroquí ante autoridades españolas», en AA. VV. *Familia y sucesiones en las relaciones hispano-marroquíes*, MOYA ESCUDERO,

M. (dir.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 145-154; *ID.* «Reconnaissance et efficacité de la kafala marocaine dans l'ordre juridique espagnol», *Revue Critique de Droit International Privé*, 2015, pp. 89-113; *ID.* «La kafala marroquí: problemas de ayer, hoy y mañana», *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 2013, vol. 3, julio 2013, pp. 1-27; *ID.* «Problèmes actuels de reconnaissance de la kafala marocaine auprès des autorités espagnoles», *Revue Paix Et Sécurité Internationales*, 2016, vol. 4, pp. 199-232; *ID.* «La kafala, ciudadanía de la Unión y los derechos fundamentales del menor: de Estrasburgo a Luxemburgo», *La Ley Unión Europea*, 2019; SÁNCHEZ CANO, M.^a Jesús. «Adopción en España de menores en situación de kafala y ley nacional del adoptando», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2018, vol. 10, n.º 2, pp. 931-946; RODRÍGUEZ PINEAU, Elena. «La protección en España de menores cuya ley nacional prohíbe la adopción tras la reforma de la Ley 54/2007, de Adopción Internacional», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 31, pp. 387-415; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. «Críticas y contracríticas en torno a la Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de Adopción Internacional: el ataque de los clones», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, pp. 73-139; ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso. «La kafala de Derecho islámico: concepto, naturaleza jurídica, caracteres y efectos jurídicos en España», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 3, 2015, pp. 819-826.

VOCABLOS CONEXOS: Adopción.

Nota: Esta contribución se ha redactado en el marco del Proyecto de I+D+i «Retos de la regulación jurídico-patrimonial del matrimonio y de otras realidades (uniones de hecho) en los planos supraestatal y estatal (REJURPAT)» PID2019-106496RB-I00.

KOMPETENZ-KOMPETENZ

El principio *kompetenz-kompetenz*, también llamado *competence-competence* o *compétence de la compétence*, versa sobre la autoridad que la doctrina concede a los tribunales arbitrales para deliberar y decidir sobre los conflictos entre las partes relativos a su propia jurisdicción. A este respecto, los árbitros están facultados para examinar —entre otros— la existencia, validez, legalidad y alcance de las cláusulas arbitrales suscritas entre las partes de una disputa; todo ello sin la necesidad de que los tribunales nacionales intervengan para poner fin a dichos conflictos.

Cuando las partes acuerdan introducir una cláusula arbitral en los contratos, ello conlleva una vertiente positiva y otra negativa; la positiva otorga a los árbitros el poder de pronunciarse acerca de su propia competencia para abordar el conflicto sometido a arbitraje, y la negativa comprende una prohibición expresa a los tribunales nacionales de que se abstengan de entrar a valorar las disputas que, en virtud de una cláusula o convenio arbitral, deban examinarse únicamente por los árbitros determinados.

Prácticamente todos los ordenamientos respetan esta voluntad de las partes y por tanto los tribunales locales deberán abstenerse de conocer de estos asuntos. Por ejemplo, el ordenamiento español lo regula a través del artículo 11.1 de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje («Ley Española de Arbitraje»).

Por su lado, el artículo 2.3 de la Convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 («la Convención de Nueva York») establece la imposibilidad de los Tribunales de los Estados contratantes de conocer un litigio cuyas partes hayan concluido un convenio arbitral y su obligación de remitir el mismo al arbitraje.

Además de lo anterior, el artículo 2.1 de la misma Convención de Nueva York prevé una presunción de validez de los convenios arbitrales, obligando a los tribunales nacionales a dirigir a las partes, a instancia de cualquiera de ellas, a un arbitraje en aquellos casos en que el contrato prevea una cláusula arbitral. En estos casos, no se les permite examinar el contenido del convenio arbitral, limitándose su valoración únicamente a la posible nulidad, ineficacia o inaplicabilidad del mismo.

En este sentido, la Convención de Nueva York supuso un avance en la medida que su predecesora, la Convención de Ginebra del año 1927, obligaba a las partes a acudir en primera instancia a un juez para que decidiera sobre la arbitrabilidad de una disputa, siempre que se produjera cualquier inconveniente relacionado con el alcance de la cláusula arbitral. Una vez examinada la cláusula por el juez, este sería el encargado de remitir a las partes a arbitraje.

En el ordenamiento jurídico español, es clara la consagración del efecto positivo de este principio desde la Ley Española de Arbitraje de 1988 pero la vertiente negativa del mismo no parece tan clara.

Uno de los preceptos a los que se ha acudido para defender el efecto negativo es el artículo 7 de la Ley Española de Arbitraje, establece el principio de intervención estatal mínima en material de arbitraje.

Además, el artículo 11.2 de la Ley Española de Arbitraje establece el recurso que evita el riesgo de dilaciones en el proceso arbitral al incorporar en su redacción que «[l]a declinatoria no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales». Este precepto, además de ser muy útil a estos efectos de evitar dilaciones, ha sido también empleado como argumento de defensa del efecto positivo del principio.

Sin embargo, existen también corrientes doctrinales que defienden la ausencia del efecto negativo de este principio en el ordenamiento español. Así lo han establecido autores como Miguel VIRGÓS SORIANO:

Ni la referencia al artículo 7 LA [es válida], pues es claro que es una situación expresamente contemplada en la propia Ley (artículo 11) y que el Tribunal debe entrar a decidir sobre la declinatoria. Lo que se discute es la amplitud del control que procede en el marco de esa declinatoria; y esto no está resuelto expresamente en la ley.

Y en la misma línea, David ARIAS:

[...] entiendo que debe sostenerse una interpretación teleológica y sistemática del precepto, que conduce a la solución más favorable a la vía arbitral. En efecto, si lo que realmente pretende la nueva norma es favorecer en la máxima medida el procedimiento arbitral e impedir que las maniobras dilatorias de alguna de las partes puedan incidir sobre él, habrá de convenirse también que la interpretación propuesta es la que mejor coadyuva a alcanzar estos objetivos.

Parece que el legislador tenía clara la inclusión del principio *kompetenz-kompetenz* en el ordenamiento jurídico español pero que finalmente no fue plasmado de la manera que quizá se esperaba de un principio tal relevante.

A pesar de todo lo anterior, el principio *kompetenz-kompetenz* conlleva el riesgo de que el laudo arbitral sea anulado finalmente por los tribunales nacionales como consecuencia de una acción de anulación que pudiera ejercitar la parte que resulte perjudicada por el resultado del mismo.

En este sentido, la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de febrero de 2021 cobra especial importancia al dictar esta la imposibilidad de los órganos jurisdiccionales de revisar el fondo en procedimientos arbitrales.

*Autora: Claudia Fernández López-Areal
(Abogada especializada en arbitraje internacional, Madrid)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ARIAS LOZANO, David. «Art. 11. Convenio arbitral y demanda en cuanto al fondo ante un Tribunal»,

en ARIAS LOZANO, David (coord.). *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*. Cizur Menor: Aranzadi, 2005, p. 108; BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2021, pp. 1139-1348; CAPIEL, Luis. «El principio de *kompetenz-kompetenz* en España», *Spain Arbitration Review*, *Revista del Club Español del Arbitraje* (Club Español del Arbitraje), Wolters Kluwer, España 2010, vol. 2010, issue 8, pp. 97-128. GÓMEZ, Miguel. *International Commercial Arbitration in Spain*. Kluwer Law International, 2019, pp. 173-236; SOTO, Jesús A. y PRADA, María. «¿Está desfasada la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras?», *Spain Arbitration Review*, *Revista del Club Español de Arbitraje*, 2020, pp. 89-109; VIRGÓS SORIANO, Miguel. «Arbitraje comercial internacional y Convenio de Nueva York de 1958», en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, n.º extraordinario, Homenaje al profesor D. Rodrigo Uría González en el centenario de su nacimiento (a 15 de abril de 2010), p. 30.

L

LAUDO ARBITRAL

La definición más ampliamente aceptada de laudo arbitral es la de resolución con eficacia equiparable a las sentencias judiciales por la que los árbitros deciden sobre todas o algunas de las cuestiones que las partes les han sometido bajo un convenio arbitral. Para algunos autores comprende cualquier decisión final sobre el fondo del asunto, validez del convenio arbitral o la competencia de los árbitros (GAILLARD y SAVAGE, p. 735), mientras que para otros la noción de laudo está restringida a la de decisión final sobre cuestiones de fondo (Redfern y Hunter, p. 503).

Las cuestiones de ordenación del procedimiento no suelen adoptar la forma de laudo, sino de mera decisión procesal.

La mayoría de leyes nacionales y de reglamentos de arbitraje institucional hacen referencia a diferentes tipos de laudos arbitrales incluyendo, entre otras, las categorías de laudo final, interlocutorio o parcial, definitivo, transaccional y en rebeldía (Born, p. 3013), aunque muchas veces estas expresiones se utilizan de manera ambigua y confusa (Zuleta, p. 17 ss.). El término laudo final viene generalmente referido a «aquel en que los árbitros resuelven la totalidad de la disputa que ha sido sometida a su decisión» (Rubino-Sammartano, p. 738. Moses, p. 202). Conlleva importantes consecuencias jurídicas como permitir a la parte perdedora solicitar la anulación del laudo ante los tribunales de la sede arbitral e impedir su ejecución. Asimismo, con la emisión de un laudo final, el tribunal arbitral estará *functus officio* y su jurisdicción habrá terminado. Para otros autores, sin embargo, un laudo final es el que pone fin a la totalidad o parte de la controversia, sin que suponga necesariamente la terminación del procedimiento arbitral (GAILLARD y SAVAGE, p. 741). El laudo interlocutorio o parcial es el que versa sobre cuestiones procedimentales como, la competencia del tribunal arbitral, la falta de legitimación de las partes o las medidas cautelares, entre otras. Sin embargo, en puridad, se trata de dos conceptos diferentes y así un laudo parcial puede también versar sobre alguna parte del fondo de la controversia siendo su contenido invariable respecto de la cuestión que resuelve. Un laudo provisional o interlocutorio es, por el contrario, aquel que no resuelve de manera definitiva sobre una determinada cuestión, por ejemplo, sobre medidas cautelares, y está sujeto a la posterior revisión del tribunal (BORN, 30121). Un laudo por acuerdo de las partes es el que recoge la transacción correspondiente en orden a la conclusión del procedimiento (tal como recoge el artículo 30 de la Ley Modelo CNUDMI y el artículo 36 LA, respectivamente), mientras que un laudo en rebeldía es aquel que se ha dictado en un proceso arbitral en el que la parte demandada no ha comparecido o ha rechazado comparecer (MOSES, 206). Por su parte, el término laudo definitivo, no sin cierta confusión, suele ir referido a un laudo final o parcial que no haya sido objeto de impugnación (MARTÍN BRAÑAS, p. 24) o a un laudo interlocutorio que impida la continuación del procedimiento arbitral.

En otro orden de cosas, se suele distinguir entre laudos nacionales y extranjeros, según el laudo se haya dictado o no dentro del territorio de un Estado (como, por ejemplo, establece el artículo 46.1 LA). Esta distinción es especialmente significativa a la hora de solicitar la anulación o ejecución del laudo (REDFERN y HUNTER, p. 511).

El laudo arbitral produce plenos efectos de cosa juzgada y despliega fuerza ejecutiva inmediata desde el momento en que se dicta (ESPLUGUES MOTA, p. 358). Esto es lo que lo hace equivalente en cuanto a sus efectos a una sentencia judicial (HANOTIAU, p. 47). Pero para ello, la mayoría de las leyes nacionales requieren que el laudo satisfaga un número de requisitos en cuanto a forma, contenido y otros asuntos. Así, para la validez del laudo arbitral se exige que figure por escrito y que esté firmado por los árbitros. En este sentido, se entiende que el laudo figura por escrito cuando su contenido y firmas son accesibles y queda constancia de este para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de cualquier tipo, aunque estos requisitos pueden variar de un país a otro (CREMADES SANZ-PASTOR, p. 9). Por otro lado, cuando se trata de un tribunal arbitral, bastará la firma de la mayoría del colegio arbitral o de su presidente, aunque si falta la firma de uno o más árbitros, habrán de manifestarse las razones. El laudo, además, deberá estar fechado e incluir el lugar de emisión. Se suele exigir la motivación del laudo, salvo que se dicte un laudo por acuerdo de las partes o estas hayan excluido la necesidad de motivación y un pronunciamiento expreso sobre las costas (que las partes pueden asimismo excluir). Los árbitros que no estén de acuerdo con la decisión de la mayoría pueden hacer constar su parecer discrepante (FERNÁNDEZ ROZAS a, p. 211). El laudo ha de ser dictado dentro del plazo establecido y notificado a las partes, no existiendo formalidad alguna en este sentido, a menos que haya pacto en contrario. Para garantizar la conformidad normativa de la resolución, las reglas de algunas instituciones arbitrales, tales como la CCI y la CIETAC, permiten el escrutinio del laudo dentro de la misma institución antes de que se notifique a las partes (artículo 33 Reglamento CCI, artículo 51 Reglamento CIETAC 2012, respectivamente). Finalmente, en España, al igual

que en una mayoría de legislaciones, ya no se exige la protocolización notarial del laudo (exposición de motivos de la LA).

El contenido del laudo es variado. Los laudos condenatorios pueden determinar una compensación por daños y perjuicios, el pago de interés, la entrega de algún bien, la obligación de entregar una cosa mueble determinada, o la obligación de hacer o no hacer una cosa (Moses, p. 209).

Cuando un laudo se ha pronunciado sobre el fondo del asunto no puede ser modificado, aunque se trate de un laudo parcial. La única excepción es que los árbitros realicen una corrección, aclaración o complemento del laudo (siempre a instancia de parte, salvo la corrección, que también se suele admitir de oficio).

El laudo final o parcial no es recurrible en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, sino impugnable, por lo general, mediante el ejercicio de la acción de anulación ante los tribunales de la sede arbitral. En esta acción juega el principio de mínima intervención judicial, no solo del alcance de las condiciones tasadas que facultan su interposición por las partes, sino también de la concepción del procedimiento de anulación: plazos, suspensión de la ejecución, decisiones susceptibles de anulación, etc. (FERNÁNDEZ ROZAS, p. 134).

Autor: Ana Mercedes López Rodríguez

(Ph.D. Universidad de Aarhus.

Profesora titular de Derecho Internacional Privado,

Universidad Loyola, Andalucía)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BLACKABY, Nigel, PARTASIDES, Constantine *et al.* *Redfern and Hunter on International Arbitration*, 6.^a ed., Oxford University Press, 2015, pp. 501-568; BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*, 2.^a ed., Kluwer Law International, 2014, pp. 3012-3112; CREMADES SANZ-PASTOR, Juan Antonio. *El arbitraje de Derecho privado en España*, Tirant lo Blanch, 2014; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos,

RUIZ RISUEÑO, Francisco, CASTRESANA, Luis Felipe y STAMPA, Gonzalo. *Manual de Arbitraje*, Tirant lo Blanch, 2017; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, STAMPA, Gonzalo y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. *Principios generales del arbitraje*, Tirant lo Blanch, 2018; GAILLARD, Emmanuel y SAVAGE, John (eds.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999. HANOTIAU, Bernard. «The Res Judicata Effect of Arbitral Awards», *International Court of Arbitration Bulletin: Complex Arbitrations-Special Supplement*, 2003, p. 47; MARTÍN BRANÑAS, Carlos. «La acción de anulación frente a laudos arbitrales», *Foro, Nueva Época*, n.º 3/2006, p. 124; MONTSERRAT QUINTANA, Antonio. «La anulación del laudo arbitral», *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Islas Baleares*, 2015, tomo 016, pp. 291-315; MOSES, Margaret L. *International Commercial Arbitration*, Cambridge University Press, 2017, pp. 201-215; PALAO MORENO, Guillermo, IGLESIAS BUHIGUES, José Luis y ESPLUGUES MOTA, Carlos. *Derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, 12.ª ed., 2018; RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *International Arbitration Law and Practice*, Kluwer Law International, 2001; ZULETA, Eduardo. *El concepto de laudo arbitral*, Editorial Universidad del Rosario, 2012.

LEX FORI

La expresión *Lex fori* se traduce como Ley del foro, lo cual incluye tanto al juez como a cualquier otra autoridad que conozca de la causa.

Atender y aplicar la Ley del foro es una de las consecuencias del funcionamiento de la norma sobre conflicto de leyes. Esta norma, tal como admite PARRA ARANGUREN, solo conduce a uno de dos resultados: o se aplica, precisamente, la Ley del foro, o se aplica un Derecho extranjero.

La aplicación de la *Lex fori*, además de producirse como consecuencia del funcionamiento de la norma de conflicto, puede derivar, bien de una orden directa del legislador que de manera indubitable ordena su aplica-

ción, como ocurre con las normas internacionalmente imperativas; o bien mediante el reconocimiento de ciertos principios que, desde los orígenes del Derecho internacional privado, han entendido a esta disciplina como vinculada al foro.

Esto último ocurre con el principio *Lex fori regit processum*. En efecto, cuando Balduino y Odofredo introdujeron la célebre distinción entre *statuta ad ordinandam* y *statuta ad decidendam* para referirse a las normas que regulan la forma del proceso y aquellas que regulan el fondo del mismo, entendieron que, mientras el fondo del proceso puede estar sometido a la *Lex causae*, es decir, la Ley que rige la causa, la forma del mismo estaría siempre sujeta a la *Lex fori*.

El sometimiento de las formas procesales a la Ley del juez se mantiene en buena parte de las codificaciones estatales y es admitido sin problema por los diversos autores, quienes también admiten ciertas excepciones vinculadas, por ejemplo, a la cooperación jurídica internacional. En efecto, en estos casos la regla es que el juez del Estado requerido cumpla con su encargo, no conforme a su propia Ley, que es la *Lex fori* en ese trámite en particular, sino conforme a la Ley del requirente, cuando así este lo solicite y siempre que la aplicación de ese Derecho no sea contraria a sus principios procesales.

Así lo admiten el Convenio de La Haya sobre obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o comercial (artículo 9); y las Convenciones interamericanas sobre exhortos y cartas rogatorias (artículo 10) y sobre recepción de pruebas en el extranjero (artículos 5 y 6).

Ahora bien, admitir que una autoridad pueda aplicar su propio Derecho supone que hay coincidencia entre la jurisdicción y la Ley aplicable. Esta coincidencia suele conocerse bajo el término *Lex fori in foro proprio* y se produce debido al funcionamiento de algunas figuras propias del Derecho internacional privado. Es el caso del principio del paralelismo.

Este criterio hace depender la jurisdicción del tribunal de un Estado determinado de la aplicación de su propia Ley, con lo cual se invierte el orden lógico de funcionamiento del Derecho internacional privado. Este razonamiento se atribuye a Asser, quien se fundamentó en un tema de conveniencia, pues el juez del Estado cuyo Derecho es competente, es el mejor juez para conocer del caso. Se ha admitido que este criterio no se aplica de manera exclusiva, pues ello negaría la extraterritorialidad de la Ley.

El principio del paralelismo fue consagrado, por ejemplo, por el artículo 56 del Tratado de Montevideo de 1889 sobre Derecho Civil Internacional. De acuerdo con la norma citada «Las acciones personales deben entablarse ante los jueces del lugar a cuya Ley está sujeto el acto jurídico materia del juicio».

La Ley venezolana de Derecho Internacional Privado también acoge este criterio en materia de acciones relativas a universalidades de bienes (artículo 41.1) y en materia de acciones relativas al estado de las personas y a las relaciones familiares (artículo 42.1). En ambos casos, la jurisdicción de los tribunales venezolanos se hace depender de la competencia del Derecho interno venezolano.

El criterio del paralelismo fue duramente cuestionado por von Bar, en cuya opinión este principio destruye los fundamentos del Derecho internacional privado, debiendo considerarse más bien el tribunal cuyo Derecho ha dado forma decisiva al acto. De esta manera, aunque parezca que el primer paso es la determinación del Derecho aplicable, tal como ocurre con el paralelismo, en realidad se parte del juez competente, cuyo sistema de Derecho internacional privado determinará el Derecho material que dará forma decisiva al acto. Así, el contrato recibe su forma decisiva por el Derecho del lugar de su celebración o de su cumplimiento, dependiendo de lo que indique la norma de conflicto del juez.

Ahora bien, las complicaciones propias de la aplicación de la Ley extranjera han generado cierta tendencia a preferir la aplicación de la *Lex fori*, en lo que la doctrina alemana ha llamado un esfuerzo por ir a casa —*Heimwärtsstreben*—, también conocido como legefórismo. En este tema resultan notables, algunas posiciones de la doctrina estadounidense.

En efecto, luego de formular severas críticas al clásico método savignyano, la doctrina estadounidense se enfocó en estructurar propuestas para desplazarlo. No obstante, más que en cuestionamientos al método conflictual, los autores estadounidenses se concentraron en justificar la aplicación de la *Lex fori*.

Mencionemos solo dos ejemplos. La *Lex fori basic rule* de Ehrenzweig y el *interest analysis* de Currie. Así, aunque Erhenzweig no niega la aplicación del Derecho extranjero, en su propuesta la posibilidad real de aplicarlo es ciertamente reducida. Su análisis inicia siempre en la Ley del foro, pues esa es la principal fuente de las normas sobre conflicto de leyes, razón por la cual, ante la ausencia de normas, formuladas o no, deben analizarse las políticas subyacentes en el Derecho propio. El problema es que todo este análisis va dirigido a determinar en cuáles casos, el Derecho del juez podría ser desplazado por uno extranjero.

En este sistema, el desplazamiento de la *Lex fori* por un Derecho extranjero es complicado, pues la *Lex fori* no es aplicada *ab initio*, por mandato de una norma que EHRENZWEIG califica como imperativa, sino que la *Lex fori* conserva una competencia residual (*residuary law*) para los casos en que estas normas, de manera expresa, no ordenen la aplicación del Derecho extranjero. Tal afirmación es una expansión de la doctrina francesa de la *vocation subsidiaire* y de la alemana *Verlegenheitsanwendung*.

Para esta teoría, inevitablemente, los conceptos de jurisdicción competente y Derecho aplicable deben estar unidos, de tal afirmación nace la expresión *proper law in a proper forum*, lo cual, a su vez, trae como conse-

cuencia una aceptación del principio *forum non conveniens* y un rechazo de la citación personal como criterio atributivo de jurisdicción.

Para Currie, por su parte, la internacionalidad de la relación no implica un desplazamiento automático de la *Lex fori*. El sistema de Currie funciona sobre la base de dos conceptos: el *governmental policy*, referido a las tendencias o políticas que subyacen bajo un Derecho determinado; y, el *governmental interest*, como el interés razonable que pueda tener un Estado en que su ordenamiento jurídico sea aplicado a un caso concreto. A partir de ellos, el autor plantea tres posibilidades cuyas soluciones tienden a la aplicación del Derecho propio.

Así, en primer lugar, frente a un conflicto verdadero, es decir, cuando todos los Derechos involucrados tienen interés en ver aplicadas sus políticas, el juez debe verificar si la *Lex fori* tiene interés y solo en caso de no tenerlo, podrá analizar el interés del Derecho extranjero. En segundo lugar, en caso de falso conflicto, que se produce cuando las políticas de los Estados interesados son idénticas, CURRIE no ve problema en aplicar la *Lex fori*, pues en este caso cualquiera que sea el Derecho aplicado, la solución será idéntica. Finalmente, la *Lex fori* también es la solución para los conflictos negativos, es decir, cuando ninguno de los Estados involucrados tenga interés en ver aplicadas sus políticas, pues de acuerdo con el propio autor, aplicar la *Lex fori* es la forma racional y coherente de resolver el caso cuando no hay ningún Estado interesado, resultando poco razonable poner a las partes y al juez la tarea de adivinar el Derecho extranjero aplicable.

De hecho, autores como COOK llegaron a negar la posibilidad de acordar efectos en el foro a ordenamientos jurídicos extranjeros. De manera que, si la norma de conflicto reclama la aplicación de un Derecho extranjero, se adopta como propia una norma idéntica, o al menos semejante, perteneciente a ese Derecho mediante la llamada recreación, con lo cual, según esta tesis, no se aplica una norma extranjera, sino una propia creada a imagen y semejanza de la extranjera.

Una doctrina semejante fue sostenida en Italia por autores como AGO, quien entendió que la norma material extranjera se incorpora al ordenamiento jurídico que reclama su competencia, con el mismo sentido y valor que se le da en el sistema al cual pertenece.

Ahora bien, lo cierto es que el propio Derecho internacional privado dispone de algunas herramientas que facilitan a la autoridad competente la aplicación de su propio Derecho. Mencionemos en primer término, la elección, por parte del legislador, de factores de conexión de corte territorial que, en la mayoría de los casos, aseguran la aplicación de la *Lex fori*. Figuran en este grupo el domicilio o el lugar de ubicación de los bienes.

Otra forma de garantizar la aplicación del Derecho propio es mediante el juego de algunas de las instituciones generales de Derecho internacional privado. Así, la calificación de una situación en particular como procesal, conduce, sobre la base del ya citado principio *Lex fori regit procesum*, a la necesaria aplicación del Derecho propio. Lo mismo ocurre con el reenvío de primer grado que, en los Estados que lo aceptan, garantiza cierta apariencia de respeto a la internacionalidad de la relación, la cual, por obra del reenvío de primer grado, habrá de estar sometida a la *Lex fori*.

Desde luego, el orden público en el Derecho internacional privado desempeña un rol esencial en el aseguramiento de la aplicación de la *Lex fori*. Ello, a pesar de las propuestas doctrinales referidas a la aplicación, en caso de evicción de una norma extranjera, del propio ordenamiento extranjero al que pertenece —como dispone el artículo 22.2 del Código Civil portugués— o del Derecho indicado por otro de los factores de conexión que pueda tener la norma de conflicto —como ocurre con el artículo 16 de la Ley italiana de Derecho internacional privado—.

En todo caso, calificando una determinada materia como regulada por principios esenciales del ordenamiento del juez, y señalando la mani-

fiesta contrariedad con estos del Derecho extranjero, también se aseguraría a la sujeción del caso al ordenamiento propio. Esta institución se hace aún más legeforista cuando se la entiende, tal como ocurre en el ámbito del Código Bustamante, como una regla, de manera que su actuación se produce *a priori*, antes incluso de la actuación de la norma de conflicto y sin esperar siquiera la determinación de los efectos de la aplicación del Derecho extranjero.

Concebir como facultativa a la norma de conflicto es otra posible herramienta a favor de la aplicación del Derecho propio. Esta teoría fue formulada por Axel FLESSNER en 1970. Flessner sostuvo que las partes están en desventaja cuando el juez aplica Derecho extranjero, pues este está lejos de ser un experto en la materia, con lo cual la calidad de su decisión puede ser cuestionable. En lo que al procedimiento se refiere, cuando se aplica el Derecho del foro, el diálogo entre las partes y el tribunal se desarrolla en un mismo nivel, ambos pueden intervenir en la apreciación de los méritos de la causa y pueden motivar mejor sus respectivos argumentos. Tal cuestión no sería posible, de resultar aplicable el Derecho extranjero, pues puede ocurrir que el tribunal esté mejor enterado del contenido del Derecho extranjero aplicable que las partes o viceversa.

Esta tesis ha llevado a la doctrina a afirmar que la norma de conflicto resulta obligatoria si somete la solución del supuesto concreto al Derecho del foro, mas conserva su carácter dispositivo si selecciona un Derecho extranjero.

El principal argumento de esta corriente es que no puede imponerse a las partes la aplicación de un Derecho que ellas no han pedido, y tampoco puede someterse al juez a las complicaciones propias de la aplicación de un Derecho extranjero, a menos que las partes así lo soliciten. Además, añaden los defensores de esta tesis, al aplicar el Derecho del foro, las partes podrán tener recurso ante un tribunal superior. Mas, con respecto a esta última afirmación, debemos agregar que en países en los

que se ha adoptado la tesis jurídica de la aplicación de Derecho extranjero, es perfectamente posible el recurso ante el tribunal superior por falta de aplicación o errónea interpretación de este último.

Evidentemente, el sistema facultativo no hace más que favorecer la aplicación de la *Lex fori*, y lo que es peor, la convierte en la regla, con lo que la aplicación del Derecho extranjero será una excepción.

La expresión *Lex fori* suele ser utilizada para referirse a la normativa material del juez. Así ocurre, por ejemplo, con la clásica solución dada al problema de las calificaciones que recibe ese nombre. Así, cuando KAHN y BARTIN identificaron el problema de las calificaciones en el Derecho internacional privado, propusieron, en primer lugar, la calificación *ex lege fori*, tesis de conformidad con la cual deben considerarse los criterios contenidos en el Derecho material del juez. Esta es la solución acogida por gran parte de la doctrina, la legislación y la jurisprudencia. Sin embargo, se admiten excepciones relacionadas con los bienes, los contratos, la forma de los testamentos y la institución desconocida, entre otras.

A favor de esta tesis, se afirma que cuando el legislador nacional elabora la norma de conflicto —o de jurisdicción— tiene en cuenta los conceptos de su propio sistema. Además, la aplicación del Derecho extranjero constituye una merma en la soberanía del foro, lo menos que puede reservarse el Estado es la medida de esa merma. Finalmente, se afirma que calificar conforme al Derecho extranjero es dificultoso. Por otra parte, se acusa a la calificación *ex lege fori* de representar una concepción cerrada y chauvinista, que fracasa cuando se trata de instituciones desconocidas.

A pesar de las críticas, una lógica interpretación del Derecho internacional privado conduce a entender que la primera aproximación a la naturaleza de la relación concreta, con lo cual se determina la norma competente, ha de llevarse a cabo necesariamente de conformidad con los criterios materiales consagrados por el Derecho del juez. No hay otra ma-

nera de llegar al Derecho aplicable, o presumiblemente aplicable, que brinde elementos de calificación a la relación jurídica de que se trate. Más aun, no hay otra manera posible de proceder, cuando el juez busca la norma que determinará si tiene o no jurisdicción.

No obstante, cuando la expresión *Lex fori* se utiliza para referir la solución dada a la determinación del Derecho aplicable a la cuestión previa, preliminar o incidental, supone utilizar las normas de conflicto de leyes del juez. En efecto, esta solución, denominada *Lex fori* o teoría de la equivalencia o independencia, implica la aplicación de la norma de conflicto del foro, para determinar el Derecho aplicable a la cuestión incidental.

El fundamento de esta solución se encuentra en el principio de la independencia propuesto por VALLINDAS y que consiste en que el juez solo ha de aplicar las normas de conflicto emanadas de su legislador. Tal solución presenta la indiscutible ventaja de la seguridad jurídica. Mas también ha sido criticada por su tendencia a desconocer situaciones jurídicas válidamente creadas. Por ello se propuso una fórmula según la cual, si la cuestión previa incide de tal modo que afecta a una situación jurídica que vive predominantemente en el medio jurídico del sistema del foro, entonces se otorgará primacía a la solución de la *Lex fori*; pero si el contacto con el foro es pequeño, accidental y coincidente con la valoración de los ordenamientos extranjeros, habrá que preconizar como más importante el criterio de la uniformidad, de la armonía internacional y aplicar más bien la norma de conflicto del Derecho que rige la cuestión principal.

Autora: Claudia Madrid Martínez

*(Universidad Central de Venezuela, Universidad Católica Andrés Bello,
Universidad Autónoma Latinoamericana)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CURRIE, Brained. *Selected essays on the conflict of laws*, Durham, Duke University Press, 1963; EHRENZWEIG, Albert. «A counter-revolution in conflicts law? From Beale

to Cavers», en: *Harvard Law Review*, 1966, vol. 80, p. 377 y ss.; KEGEL, Gerhard y Klaus SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, München, Verlag C.H. Beck, 9.ª ed., 2004; KROPHOLLER, Jan. *Internationales Privatrecht: einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 4. Auflage, 2001; MADRID MARTÍNEZ, Claudia. «Instituciones generales de Derecho internacional privado: más allá del problema conflictual», en: GUERRA, V. H., MADRID MARTÍNEZ, C. y PÉREZ, Y. (coords.). *Estudios de Derecho internacional privado, Homenaje a Tatiana Maekelt*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2012, p. 155 y ss.; MADRID MARTÍNEZ, Claudia. *La norma de Derecho internacional privado*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 2004, Serie Trabajos de Grado n.º 2; MAEKELT, Tatiana. *Teoría general del Derecho internacional privado*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2.ª ed. actualizada, Edición Estudios n.º 87, 2010; MELCHIOR, George. *Die Grundlagen des deutschen internationalen Privatrechts*, Berlin, De Gruyter, 1932; NEUHAUS, Paul Heinrich, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, Berlin, Tübingen, Walter de Gruyter & Co., J.C.B. (Paul Siebeck), 1962; PARRA ARANGUREN, Gonzalo. «General Course of Private International Law. Selected problems», en: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1988, vol. 210, p. 9 y ss.; VON OVERBECK, Alfred. «La théorie des «règles de conflit facultatives» et l'autonomie de la volonté», en: *Festschrift für Frank Vischer, Zum 60. Geburtstag*, Zürich, 1983, p. 257 y ss.; *Diccionario panhispánico del español jurídico*, Real Academia Española, Cumbre Judicial Iberoamericana, Asociación de Academias de la Lengua Española, 2020, <https://dpej.rae.es/>

VOCABLOS CONEXOS: Ley aplicable.

LEY APLICABLE

La expresión Ley aplicable alude al resultado del funcionamiento de la norma de conflicto de leyes, cuya consecuencia jurídica es siempre la

indicación de un determinado ordenamiento jurídico, que puede ser el propio o uno extranjero. En América Latina es más frecuente la expresión «Derecho aplicable», a la que se le atribuye una significación más amplia pues no se limitaría a la Ley en sentido formal, sino que abarca todas las fuentes del ordenamiento jurídico.

En todo caso, el Derecho aplicable suele estar referido a las normas de naturaleza material del Derecho designado como competente por la norma de conflicto. Esto quiere decir que hablar de Ley o Derecho aplicable supone, desde luego, haber resuelto problemas vinculados al funcionamiento de la norma de conflicto de leyes, tales como el reenvío o la cuestión previa, preliminar o incidental.

Según apunta PARRA ARANGUREN, la determinación del Derecho aplicable es necesaria cuando los distintos ordenamientos jurídicos vinculados con el caso establecen soluciones diferentes, es decir, cuando se plantea un conflicto verdadero. Pues en el caso de que las soluciones materiales sean idénticas, de manera que se plantee un conflicto falso, la elección no sería necesaria porque el resultado sería siempre el mismo, independientemente del sistema legal elegido.

Conviene tener en cuenta que la determinación del Derecho aplicable depende de la norma de conflicto del juez y constituye una de las funciones fundamentales del Derecho internacional privado. Se trata, como hemos afirmado, del resultado del proceso seguido por el operador jurídico para elegir uno —o varios, como ocurre en caso de *dépeçage*— entre los varios sistemas jurídicos vinculados a la relación jurídica y que, por ello, son potencialmente aplicables a la misma. Este concepto está ligado al corazón del Derecho internacional privado y se refleja en su contenido.

En efecto, en sus orígenes, de acuerdo con los postulados de Bartolo de Sassoferrato (siglo XIII) que darían paso a la Escuela Estatutaria Italiana (siglos XIV-XV), la preocupación de la incipiente disciplina se centró en

la necesidad de determinar los casos en los cuales se aplicaría extraterritorialmente el estatuto de una ciudad, lo cual dependería de la célebre clasificación de los estatutos propuesta por el propio Sassoferato y que se fue acomodando al paso de las siguientes Escuelas Estatutarias: la francesa (siglo XVI) y la flamenco holandesa (siglo XVII).

En esta etapa, según reconoce la mayoría de los autores, el objeto del Derecho internacional privado se centró en la propia norma con miras a determinar su ámbito de aplicación, con lo cual, el objeto del Derecho internacional privado era, precisamente, la norma. En este sentido, la Ley aplicable dependía de su propio ámbito de aplicación y de su vocación extraterritorial.

Esta metodología, que se plasmó por primera vez en el artículo 3 del Código Civil francés y que de él pasó a la mayoría de los códigos tributarios de ese sistema, se mantuvo hasta los cuestionamientos realizados por autores como WÄCHTER en Alemania y STORY en Estados Unidos. Pero fue definitivamente SAVIGNY quien inició un cambio en la forma de entender al Derecho internacional privado.

En efecto, Savigny sería el causante de lo que NEUHAUS denominó, un giro copernicano en la forma de entender el objeto del Derecho internacional privado. Para el maestro alemán el punto de partida ya no sería la norma —tal como postuló el sistema estatutario—, sino la relación jurídica. Esa relación que, vista su internacionalidad, exige un análisis de su naturaleza con el objetivo de determinar su sede (Sitz) jurídica y con ello su Derecho aplicable.

Para SAVIGNY, al determinarse la sede de la relación debía aplicarse el Derecho vigente en ese lugar, sin importar que fuese el Derecho propio o uno extranjero, con lo cual coloca a ambos sistemas en un plano de igualdad y postula la aplicación del Derecho extranjero como una obligación y ya no simplemente con una cuestión de cortesía o reciprocidad.

En la década de los cincuenta del siglo pasado, los trabajos de Francescakis dieron pie a la admisión de la llamada pluralidad metodológica del Derecho internacional privado. En efecto, el autor se preguntaba si determinar el campo de aplicación de cada Ley —función a la cual, según hemos afirmado antes, se limitaba el Derecho internacional privado, de acuerdo con las escuelas estatutarias— sería lo mismo que determinar el Derecho aplicable a cada relación humana, a lo cual respondió negativamente. En su opinión, ambas operaciones están cubiertas por el Derecho internacional privado, pero no son resueltas únicamente por normas de conflicto.

A partir de las ideas de Francescakis —seguidas por buena parte de la doctrina clásica y consolidadas por Henri BATIFFOL— se aceptó la llamada pluralidad metodológica del Derecho internacional privado, con lo cual termina la exclusividad del método conflictual y se admite que las relaciones de tráfico jurídico externo sean atendidas tanto por normas de conflicto como por normas materiales.

Esta visión, de alguna manera, modificó la forma de proceder de los operadores jurídicos en la determinación del Derecho aplicable. Así, se admitió que una vez que el operador jurídico ha calificado la relación como internacional y ha afirmado su jurisdicción para conocer de la causa debe, en primer lugar, recurrir a las normas internacionalmente imperativas, en ausencia de estas, ha de aplicar normas materiales especialmente diseñadas para regulación de casos de Derecho internacional privado; y, finalmente, recurrirá a las normas de conflicto, pues es en ese momento, habiendo constatado la ausencia de normas materiales, cuando se plantea el verdadero conflicto de leyes.

En todo caso, la expresión Ley o Derecho aplicable, parece reservada a los casos en los cuales se recurre al método conflictual con el objeto de determinar el régimen jurídico que regulará la relación de que se trate.

Así, en el caso de los instrumentos internacionales aprobados en el ámbito de la Conferencia de La Haya sobre Derecho Internacional Privado, las Convenciones que hacen uso del método conflictual suelen ser denominadas, precisamente, con la expresión «Ley aplicable», así ocurre con los convenios en materia de accidentes de circulación por carretera (1971); responsabilidad por productos (1973); regímenes matrimoniales (1978); contratos de intermediarios y representación (1978); *trust* (1985); sucesiones por causa de muerte (1989); responsabilidad parental y medidas de protección de niños (1996); derechos sobre valores depositados en un intermediario (2006); obligaciones alimenticias (2007); entre otras.

Igualmente, en este foro de codificación, destacan los Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales, en cuyo ámbito la determinación del Derecho aplicable tiene que ver con «la cuestión de qué conjunto de normas jurídicas rige la operación». Según se lee en los comentarios oficiales, la finalidad de estos principios «es reforzar la autonomía de la voluntad y garantizar que el Derecho elegido por las partes tenga el ámbito de aplicación más amplio posible, con sujeción a unos límites claramente definidos».

En el ámbito de los Principios vale la pena resaltar que la expresión «Derecho aplicable» alude entonces al sistema de normas que las partes, en ejercicio de la autonomía conflictual, han decidido aplicar a su contrato y tal sistema no se limita a un Derecho estatal, sino que incluye las llamadas «normas de Derecho». En una clara referencia a los componentes de la *Lex mercatoria* o Derecho espontáneo, el artículo 3 de los Principios se refiere a la posibilidad de que las partes elijan, «como Derecho aplicable al contrato», las normas «generalmente aceptadas a nivel internacional, supranacional o regional como un conjunto de normas neutrales y equilibradas, salvo estipulación en otro sentido del Derecho del foro».

En la codificación de la Conferencia destaca el Convenio sobre forma de las disposiciones testamentarias, que usa más bien la expresión con-

flicto de leyes para referirse a la metodología conflictual en la determinación del Derecho aplicable.

La expresión conflicto de leyes es en cambio más frecuente en el ámbito de las Convenciones aprobadas en las Conferencias Interamericanas Especializadas de Derecho Internacional Privado, en el ámbito de la OEA. En este foro de codificación reciben tal denominación las convenciones en materia de cheques (1975-1979); sociedades mercantiles (1979); letras de cambio, pagarés y facturas (1975); y adopción (1984). La Convención sobre contratos internacionales (1994) se refiere, en cambio, al Derecho aplicable y también admite calificar como tal, no solo el Derecho estatal con exclusión de las normas sobre conflicto de leyes (artículo 17), sino también, los diversos componentes de la *Lex mercatoria* (artículos 9 y 10).

*Autora: Claudia Madrid Martínez
(Universidad Central de Venezuela,
Universidad Católica Andrés Bello,
Universidad Autónoma Latinoamericana)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BATIFFOL, Henri. «Le pluralisme des méthodes du Droit international privé», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1973 II, tomo 139, p. 75 y ss.; BUCHER, Andreas. «La dimension sociale du Droit international privé: cours général», en: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 2009, vol. 341, p. 9 y ss.; FRANCESCAKIS, Phocion. *La théorie du renvoi et les conflits des systèmes en Droit international privé*, París, Sirey, 1958; KEGEL, Gerhard y Klaus SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, München, Verlag C.H. Beck, 9.^a ed., 2004; MADRID MARTINEZ, Claudia, *La norma de Derecho internacional privado*, Caracas, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Central de Venezuela, 2004, Serie Trabajos de Grado n.º 2; MAEKELT, Tatiana. *Teoría general del Derecho internacional privado*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2.^a ed. actualizada, Edición Estudios n.º 87, 2010; NEUHAUS Y Paul HEINRICH, *Die Grundbegriffe des internationalen Privatrechts*, Berlin, Tübingen, Walter de

Gruyter & Co., J.C.B. (Paul Siebeck), 1962; PARRA ARANGUREN, Gonzalo. «General Course of Private International Law. Selected problems», en: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1988, Vol. 210, p. 9 y ss.

VOCABLOS CONEXOS: *Lex Fori*.

LEY APLICABLE AL CONVENIO ARBITRAL

1. Introducción

La existencia de una ley aplicable al convenio arbitral nace de uno de los principios básicos que regula el arbitraje: el principio de separabilidad. Este principio, también denominado principio de autonomía del acuerdo arbitral, determina que el contrato principal y el acuerdo arbitral son dos contratos distintos y separables. Teniendo ello en cuenta, al ser contratos distintos, puede aplicárseles también leyes distintas.

Esta posibilidad ha sido reconocida por diversas fuentes. Por ejemplo, la Convención de Nueva York tiene como uno de sus pilares «la premisa que el acuerdo arbitral es un acuerdo separable, regido por reglas especiales internacionales sobre la validez sustancial y formal, las cuales se encuentran en los artículos II(1), II(2) y II(3) de la convención» (BORN, p. 473).

Asimismo, el artículo V(1) sigue la misma orientación, pues posibilita la denegación del reconocimiento y ejecución de un laudo en caso se determinará que el acuerdo arbitral «no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido». Dicho artículo refuerza la idea que la Convención de Nueva York permite a las partes elegir una ley aplicable específicamente al acuerdo arbitral (SCHRAMN, GEISINGER y PINSOLLE, pp. 37, 54; BORN, p. 478; y VAN DEN BERG, pp. 126-28, 291-96).

2. *La ley aplicable al acuerdo arbitral*

Lo explicado en la sección precedente trae como consecuencia que los árbitros y jueces tengan una doble tarea. En primer lugar, tienen que determinar cuál es la ley aplicable al arbitraje y, en segundo lugar, tienen que determinar cuál es el dominio de dicha ley aplicable. Sin embargo, como señaló el Tribunal Supremo de España en su decisión del 23 de julio de 2001, «determinar la ley aplicable al acuerdo arbitral es complejo debido a que la ley aplicable se divide en varias leyes aplicables a distintos aspectos específicos: capacidad, efectos, etc.».

En el presente caso, nos concentraremos solo en uno de ellos: la ley aplicable a la validez sustantiva del acuerdo arbitral.

3. *Determinación de la «ley de arbitraje» en caso falta de pacto expreso entre las partes*

Como explica BORN, «casi toda la doctrina contemporánea reconoce la autonomía de las partes para elegir la ley aplicable a la formación y a la validez sustantiva de un acuerdo arbitral internacional» (BORN, p. 560). El problema, es que «en la mayoría de casos no (existe) una ley aplicable al convenio arbitral elegida de forma expresa» (BORN, p. 580).

Por lo anterior, la doctrina, la jurisprudencia y los legisladores nacionales se han visto obligados a crear reglas que lleven el vacío dejado por las partes. Las reglas más usadas son dos, y parten de la aplicación de distintos factores de conexión: (i) la ley aplicable al contrato principal; y, (ii) la ley de la sede del arbitraje (*lex arbitri*). Veamos brevemente cada una de estas reglas:

| LEY APLICABLE AL CONTRATO PRINCIPAL | LEY DEL LUGAR DE LA SEDE DEL ARBITRAJE |
|---|--|
| <p>Un primer grupo dentro de la doctrina y de la jurisprudencia se ha pronunciado a favor de la extensión de la ley aplicable al fondo del litigio, es decir, la ley aplicable al contrato principal, al convenio arbitral. Para este grupo, la ventaja de aplicar la ley del fondo del contrato en estos casos es que asegura la unidad del régimen concerniente a las relaciones entre las partes y también de limitar, por tanto, la posibilidad de conflicto de leyes y de complicaciones.</p> <p>Esta regla ha sido adoptada por una variedad de tribunales arbitrales y cortes judiciales (por ejemplo: el Caso CCI 6840, el caso <i>Owerri Commercial Inc. V. Dielle Srl</i> y el caso <i>Svenska Petroleum Exploration AB v. Lituania</i>). Dentro de la doctrina, la aplicación de esta regla ha sido apoyada por los profesores Blackaby, Partasides, Redfern & Hunter (<i>BLACKABY et al</i>, p. 312).</p> | <p>Un segundo grupo dentro de la doctrina y de la jurisprudencia, sustentándose en las diversas objeciones a la aplicación de la ley del fondo del contrato a la cláusula arbitral, se ha pronunciado a favor de la aplicación de una regla distinta ante la falta de pacto de las partes: la utilización de ley de la sede del arbitraje.</p> <p>Esta posición ha sido recogida tanto en la Convención de Nueva York de 1958 (artículo V, inciso a), como en la de Ginebra de 1961 (artículos VI y IX); las cuales no obstante hacen referencia a la ley lugar donde el laudo arbitral ha sido emitido, deben interpretarse bajo el entendimiento, como explican BORN (BORN, p. 499), CRAIG, PARK y PAULSON (<i>CRAIG et al.</i>, p. 505) y VAN DEN BERG (VAN DEN BERG, p. 124), que será aplicable la ley de la sede arbitral. También ha sido reconocida por el Tribunal del Caso CCI 6162 de 1992.</p> |

La acogida de esta regla por un sector de la doctrina y de la jurisprudencia ha generado que se incluya en el borrador del Restatement (Third) US. Law of Internacional Commercial Arbitration.

Sin embargo, esta regla presenta serias objeciones, siendo las más importantes las siguientes: (i) deja de lado el Principio de Separabilidad de la cláusula arbitral; y, (ii) entra en contradicción con el artículo V(1)(a) de la Convención de Nueva York y con los Arts. 34 y 36 de la Ley Modelo CNUDMI.

Por ello, «un número sustancial de autoridades (en arbitraje), pertenecientes al civil y *common law*, han rechazado la aplicación de la ley aplicable al contrato, a la cláusula arbitral» (BORN, p. 586). Siguiendo esa línea, varios tribunales arbitrales y judiciales se han opuesto a la aplicación de la ley del fondo del contrato ante una falta de elección de las partes (por ejemplo: el Caso CCI 7453).

Las cortes inglesas han ido más lejos y han adoptado una presunción de que, en ausencia de elección de las partes, la ley aplicable al acuerdo arbitral es *prima facie* aquella de la sede arbitral (BORN, p. 585). Por su lado, algunos países, como Suecia, han incluido la aplicación de la ley de la sede como regla *default* en su legislación arbitral (ver artículo 48 de la Ley de Arbitraje de Suecia de 1999).

Sin embargo, esta posición también presenta serias objeciones: (i) se fija netamente en los aspectos procedimentales del arbitraje y deja de lado su carácter contractual; y, (ii) mezcla la ley aplicable al acuerdo arbitral con la ley aplicable al procedimiento arbitral (*lex arbitri*). Por estas razones, «el hecho que la ley de la sede (*lex arbitri*) determine la ley aplicable al acuerdo arbitral ya no debe ser visto como escrito en piedra» (BANTEKAS, p. 27).

No obstante gran parte de la doctrina se encuentra dividida entre la aplicación de la ley del contrato principal y la ley de la sede del arbitraje, existen autores y cortes que favorecen la aplicación de reglas distintas a las anteriores. Veamos dos ejemplos:

| LEY DEL PAÍS CON LA CONEXIÓN MÁS ESTRECHA | ANÁLISIS CUMULATIVO |
|--|---|
| <p>Se sustenta en el rechazo a la aplicación exclusiva de la ley del contrato principal o la ley de la sede y utiliza conceptos como «la relación más significativa» o del «vínculo más estrecho».</p> <p>Por ejemplo, la Corte de Apelaciones de La Haya señaló en su decisión del 4 de agosto de 1993 en el caso <i>Owerri Commercial Inc. V. Dielle Srl</i>. «que era opinión de la corte [...] que la ley con las conexión más estrecha era la Ley Inglesa».</p> <p>Sin embargo, «la utilización del vínculo más estrecho recoge lo peor de los dos mundos, en tanto que se caracteriza por generar incertidumbre <i>ex ante</i> conjuntamente con una elección arbitraria <i>ex post</i> entre la ley de la sede y la ley del contrato principal» (BORN, p. 832).</p> | <p>También se sustenta en el rechazo a la aplicación exclusiva de un solo punto de conexión. Sin embargo, en vez de elegir una ley específica, toma en cuenta todas las reglas utilizadas por las leyes potencialmente aplicables.</p> <p>Dicho análisis ha sido aplicado, por ejemplo, por el tribunal arbitral del Caso CCI 6850, el cual se aplicó de forma cumulativa la ley alemana y la ley francesa para determinar la validez de la cláusula arbitral.</p> <p>El problema con este análisis es que no asiste realmente a los tribunales y a los jueces en aquellos casos en los que surge un conflicto entre las diferentes leyes aplicables.</p> |

4. La aplicación del principio de validación

Los problemas que traen las reglas que han venido siendo utilizadas por los tribunales arbitrales y las cortes judiciales han generado que «tanto leyes como cortes nacionales, además de tribunales arbitrales, han empezado a acoger con mayor frecuencia el principio de validación» (BORN, p. 494).

Este principio determina, a partir del principio de inevitabilidad del arbitraje, que, a falta de pacto de las partes, la ley que se debe aplicar a la validez sustantiva del acuerdo arbitral es la ley del lugar que le va a dar validez a dicho acuerdo. Su aplicación parte de dos presupuestos fundamentales: (i) el primero es que el objetivo de las partes es siempre firmar un acuerdo válido y ejecutable. Este supuesto se deriva del principio de autonomía de la voluntad, el cual se encuentra recogido, por ejemplo, en el artículo II (1) de la Convención de Nueva York; (ii) el segundo, es que no tiene sentido asumir que las partes han querido elegir una ley que invalide su acuerdo. Este supuesto se deriva, por su parte, de la presunción de validez de la cláusula arbitral, el cual se encuentra recogido, por ejemplo, en el artículo II (3) de la Convención de Nueva York.

En el fondo lo que este principio hace es cambiar el foco de la discusión de la búsqueda de una ley específica que debe regir la validez de la cláusula arbitral a la búsqueda de la validez de dicha cláusula. Como explica BORN, «la ley aplicable a la validez del convenio arbitral se debe obtener no de factores de conexión abstractos, sino de los propósitos comerciales de las partes al pactar acuerdos de arbitraje internacional y de los objetivos subyacentes de los procesos arbitrales internacionales» (BORN, p. 541).

Este principio ha sido adoptado por diversas legislaciones nacionales a través de la inclusión de normas de conflicto que permiten la aplicación alternativa, y no jerarquizada, de más de una ley, con la finalidad de dar la mayor cantidad de opciones posibles para que se puede determinar la

validez de la cláusula arbitral (por ejemplo: Ley de Arbitraje del Perú, Ley de Arbitraje de España, Código de Procedimientos Civiles de Algeria y Ley Suiza sobre DIPr).

Dicho principio también ha sido utilizado por algunos tribunales arbitrales y cortes nacionales. Por ejemplo, el tribunal arbitral del Caso CCI 11869 de 2011 señaló que «el acuerdo de arbitraje debía ser interpretado de aquella forma que permita determinar su validez, dándole efecto a la intención de las partes de someter su controversia a arbitraje». En esa misma línea se pronunció la Corte Suprema de Austria, en su sentencia del 26 de agosto del 2008.

No obstante, este principio aun no es de uso extendido en la jurisprudencia arbitral y judicial, un grupo grande y representativo de la doctrina moderna se encuentra a favor de su aplicación. Así, autores como CRAIG, PARK y PAULSSON (CRAIG *et al.*, p. 505), DERAIS (DERAIS, p. 28), FOUCHARD (FOUCHARD, pp. 604-605), HONOTIAU (HONOTIAU, pp. 146, 156-157), GAILLARD y SAVAGE (GAILLARD y SAVAGE, p. 446) y NACIMIENTO (NACIMIENTO, pp. 205, 220, 227) están de acuerdo con que este principio sea la nueva regla para la determinación de la ley aplicable a la validez del acuerdo arbitral a falta de pacto de las partes.

5. *Conclusión*

Como se ha podido apreciar, actualmente las leyes nacionales de arbitraje, así como la doctrina y la jurisprudencia, no han llegado a una solución uniforme para determinar cuál es la ley aplicable al convenio arbitral. La corriente moderna se inclina más hacia el reconocimiento del principio de validación, en tanto este le otorga una protección a la voluntad de las partes que no ha sido cubierta por otras reglas. Sin embargo, este principio solo será efectivo en tanto que deje de ser parte de la corriente moderna y pase a ser parte de la corriente mayoritaria.

Autor: Milan Pejnovic Delgado
(Asociado sénior de BFE+ y
Profesor de Derecho Internacional Privado,
Pontificia Universidad Católica del Perú)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BANTEKAS, I. «The Proper Law of the Arbitration Clause: A Challenge to the Prevailing Orthodoxy», en *Journal of International Arbitration*, 2010; BLACKABY, N. *et al.* (eds.) «Redfern and Hunter on International Arbitration», 5.^a ed., Oxford University Press, 2009; BORN, G. *International Commercial Arbitration. Volume 1: International Arbitration Agreements*, 2.^a ed., Kluwer Law International, 2014; BORN, G. «The Law Governing International Arbitration Agreements: An International Perspective», en *Singapore Academy of Law Journal*, 26 SAcL, 2014; CRAIG, W., PARK, W. y PAULSSON, J. *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3.^a ed., Oxford University Press, 2000; DERAINS, Y. «Determination de la *lex contractus*», en *L'apport de la jurisprudence arbitrale*, ICC Publications, 1986; FOUCHARD, P. «Suggestions to Improve the International Efficacy of Arbitral Awards», en *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention* (editado por A. VAN DEN BERG), ICCA Congress Series n.º 9, 1999; GAILLARD, E. y SAVAGE, J. (eds.). *Fouchard, Gaillard y Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law, 1999; HANOTIAU, B. «The Law Applicable to Arbitrability», en *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention* (editado por A. VAN DEN BERG), ICCA Congress Series n.º 9, 1999; NACIMIENTO, P. «Article V(1)(a)», en *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (editado por H. KRONKE *et al.*), 2010; DELGADO, M. A. y PEJNOVIC, M. «A prueba de balas: el principio de validación como mecanismo de protección del arbitraje», en *Litigio arbitral: el arbitraje desde otra perspectiva*, Palestra Editores, 2015; SCHRAMM, Dorothee, GEISINGER, Elliot y PINSOLE, Philippe. «Article II», *Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: A Global Commentary on the New York Convention* (editado por H.

KRONKE *et al.*), 2010; VAN DEN BERG, A. *The New York Convention of 1958*, T.M.C. Asser Institute, 1981.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES: Laudo del Caso CCI 6840, en: *Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995* (editado por J. J. ARNALDEZ, Y. DERAIS y D. HASCHER), ICC Publications, 1997; Laudo Final del Caso CCI 6162, en: *Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995* (editado por J. J. ARNALDEZ, Y. DERAIS y D. HASCHER), ICC Publications; Laudo Final del Caso CCI 6850, en XXIII *Y.B. Comm. Arb.* 37, 1998; Laudo Final del Caso CCI 7453, en XXII *Y.B. Comm. Arb.* 107, 111, 1997; Laudo Final del Caso CCI 11869, en XXXVI *Y.B. Comm. Arb.* 47, 2011; Sentencia del 23 de julio de 2001 (Tribunal Supremo de España), en XXXI *Y.B. Comm. Arb.* 825, 830, 2006; Sentencia del 4 de agosto de 1993 (Corte de Apelaciones de La Haya), *Owerri Commercial In. v. Diehle Srl*, en XIX *Y.B. Comm. Arb.* 703, 706, 1994; *Svenska Petroleum Exploration AB v Lithuania* (Corte Superior de Inglaterra) EWHC 2437, (Comm), 2005; Sentencia del 26 de agosto de 2008 (Corte Suprema de Austria), en XXXIV *YB Comm. Arb.* 404, 405, 2009.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje. Arbitraje internacional. Cláusula arbitral.

LEY MODELO SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Cuando hablamos de la Ley Modelo en el ámbito del arbitraje, nos referimos precisamente a la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI o UNCITRAL por sus siglas en inglés) el 21 de junio de 1985 («LM») en su 18.º periodo de sesiones. La LM fue recomendada por la Asamblea General de las Naciones Unidas («la Asamblea General») en su Resolución 40/72 de 11 de diciembre de 1985 para que todos los Estados la examinaran debidamente por «la conveniencia de la uniformidad del Derecho procesal arbitral y las necesi-

dades específicas de la práctica del arbitraje comercial internacional». En 2006 la CNUDMI aprobó una serie de enmiendas a la LM.

Como señala SEKOLEC JERNEJ, antiguo secretario de la CNUDMI y director de la División de Derecho Mercantil Internacional de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas, la LM es uno de los mayores logros alcanzados en el ámbito del arbitraje internacional junto con la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 («Convención de Nueva York»), («Foreword of the Guide to the 2006 Amendments to the UNCITRAL Model Law», in Howard M. HOLTZMANN, Joseph E. NEUHAUS *et al.*, *A Guide to the 2006 Amendments to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Kluwer Law International, 2015, pp. vii-viii).

1. *¿Qué se entiende por ley modelo?*

Como se puede intuir por su nombre, y tal y como la propia CNUDMI señala en su página web oficial, «una ley modelo es un arquetipo de texto legal preparado para que los legisladores consideren la conveniencia de incorporarlo a su legislación interna». Por tanto, en términos generales, este tipo de instrumento legal se confeccionó para ayudar, o más bien guiar, a los Estados a redactar o modernizar sus leyes nacionales con el objetivo de armonizar a nivel global la regulación de una materia específica. Uno de sus objetivos es reducir las disparidades de las leyes nacionales y responder a las deficiencias detectadas en distintas materias.

A diferencia de las convenciones, que son instrumentos vinculantes, y que en principio los Estados signatarios no tienen capacidad de adoptar parcialmente (salvo que una convención permita formular reservas a ciertas disposiciones), una ley modelo permite mayor flexibilidad a los legisladores de cada Estado a la hora de redactar o adecuar sus leyes nacionales dada la falta de rigidez de esta. Asimismo, el proceso de negociación y de finalización del texto de una ley modelo suele ser menor

y más práctico que el de una convención, además de que a este último hay que añadirle un periodo de tiempo adicional para completar el proceso de ratificación por parte de los Estados.

No obstante, como menciona la Secretaría de la CNUDMI, es importante que para lograr una mayor armonización en arbitraje y así cumplir con el propósito de la LM, los Estados deben intentar no alejarse del texto de la LM y por tanto evitar, en la medida de lo posible, introducir modificaciones al respecto. De este modo se puede lograr aumentar «la confianza de las partes extranjeras, que son las que recurren principalmente al arbitraje internacional, en la fiabilidad de la legislación de arbitraje del Estado promulgante» (Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006, párrafo tercero, disponible en la segunda parte de la LM, con las enmiendas de 2006, pp. 25-26).

2. *¿Qué importancia tiene los trabajos preparatorios de la CNUDMI?*

En la Resolución 40/72 aprobada por la Asamblea General el 11 de diciembre de 1985 se pide al Secretario General que «transmita a los gobiernos, a las instituciones arbitrales y a otros órganos interesados, como las cámaras de comercio, el texto de la Ley modelo sobre arbitraje comercial internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, junto con los *travaux préparatoires* del 18.º período de sesiones de la Comisión».

La inclusión de los *travaux préparatoires* en la anterior resolución, refleja la importancia que tiene la historia legislativa del texto de la LM. En particular, estos trabajos preparatorios ayudan a la hora de interpretar algunos artículos y pueden aclarar algunos aspectos ya que son útiles para conocer el significado o intención de los redactores (HOLTZMANN Howard M., NEUHAUS Joseph, «Introduction to the Guide to the 1985 UNCITRAL Model Law», *A Guide to the UNCITRAL Model Law on In-*

ternational Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary, Kluwer Law International 1989, pp. 15-16).

Por otro lado, resultan también relevante y útil las distintas sentencias o decisiones emitidas por los tribunales nacionales de los países que han adoptado la LM en relación con la interpretación que hacen de sus disposiciones. Gracias a CLOUT («Case law on UNCITRAL texts»), el sistema online de recopilación y difusión de información establecido por la Secretaría de CNUDMI, cualquier persona interesada puede acceder de manera gratuita, rápida y fácil a varias de estas decisiones.

3. ¿Qué motivos impulsaron la adopción de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional?

Los principales motivos que originaron la adopción de la LM fueron: (i) la insuficiencia de las leyes nacionales para abordar los procedimientos arbitrales, y en particular los casos internacionales, siendo inadecuadas o en muchas ocasiones insuficientes por no existir legislación específica al respecto; y, (ii) las diferencias entre las distintas leyes nacionales, creando inseguridad entre los usuarios que participaban en arbitrajes internacionales y afectando a la elección del lugar del arbitraje (Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial internacional, apartado A. Antecedentes de la Ley Modelo, párrafos 4-8, disponible en la versión original de la LM de 1985, pp. 20-21).

4. ¿Qué principales enmiendas se adoptaron en 2006?

Ante la evolución del arbitraje surge la necesidad de modernizar algunos aspectos más acordes a la práctica actual, consecuentemente, el 7 de julio de 2006, en su período 39.º de sesiones, la CNUDMI aprobó varias enmiendas al texto de la LM. Sin embargo, a pesar de que han pasado más de 10 años, dichas enmiendas no han sido incorporadas todavía por la

mayoría de los Estados que han basado su legislación en el texto original de la LM.

Las nuevas disposiciones incorporadas tras la revisión en 2006 incluyen principalmente: (i) un capítulo específico (IV A) respecto del uso de medidas cautelares y órdenes preliminares; (ii) la adición del artículo 2A que tiene como objeto facilitar la interpretación de la LM; y, (iii) la modificación del artículo 7 relativo al convenio arbitral (ofreciendo ahora a los legisladores nacionales dos opciones en relación con la definición y forma). Teniendo en cuenta la reforma respecto del convenio arbitral, se aprobó asimismo una Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención de Nueva York (cuyo texto se puede encontrar en la tercera parte de la LM, pp. 43-44).

Como señala PERALES VISCASILLAS, Pilar, («Retos y tendencias actuales en la interpretación de los textos de la CNUDMI», BIB 2017\43173, *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 306/2017, ed. Civitas S.A., p. 15) dicha Recomendación está dirigida fundamentalmente a los jueces y busca que el artículo II.2 de la Convención de Nueva York se interprete a la luz del nuevo artículo 7 de la LM, con el objetivo de alcanzar una interpretación uniforme de la Convención de Nueva York.

5. *¿Qué regula la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional?*

La LM, incluidas las enmiendas aprobadas en 2006, regula todas las etapas de un procedimiento arbitral desde el inicio hasta el final, abarcando también el reconocimiento y ejecución del laudo. Primordialmente se desarrollan los siguientes capítulos por orden cronológico:

- i. Disposiciones generales (como el ámbito de aplicación o la recepción de comunicaciones escritas).

- ii. Acuerdo de arbitraje (como hemos mencionado anteriormente, con las enmiendas del 2006 se ofrecen dos opciones respecto del convenio arbitral).
- iii. Composición del tribunal arbitral (incluido entre otros el nombramiento de los árbitros y el procedimiento de recusación).
- iv. Competencia del tribunal arbitral (respecto de la facultad para decidir acerca de su propia competencia).
- iv.A. Medidas cautelares (partiendo de la facultad del tribunal arbitral para otorgar estas medidas y las condiciones para el otorgamiento de las mismas) y órdenes preliminares.
- v. Sustanciación de las actuaciones arbitrales (incluido el lugar del arbitraje, el idioma, la determinación del procedimiento, el nombramiento de peritos o la asistencia de los tribunales para la práctica de la prueba entre otros).
- vi. Pronunciamiento del laudo y terminación de las actuaciones (incluida la forma y contenido del laudo, las normas aplicables al fondo, la transacción o la corrección e interpretación del laudo entre otros).
- vii. Impugnación del laudo (artículo 34 sobre la petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral).
- viii. Reconocimiento y ejecución de los laudos (artículo 35 y 36, incluido los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución).

Como señala la propia CNUDMI en su página web oficial, la LM «refleja un consenso mundial sobre los aspectos más importantes de la práctica internacional aceptados por Estados de todas las regiones y los diferentes ordenamientos jurídicos o sistemas económicos el mundo».

6. *¿Qué constituye una adopción de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional?*

En principio, la CNUDMI no establece oficialmente qué requisitos o mínimos se deben dar por parte de los Estados para que se entienda que han adoptado válidamente la LM. No obstante, por lo general, puede entenderse que, si los Estados deciden adoptar la LM, la mayoría de los artículos (o al menos los más importantes y fundamentales, como los artículos 16, 18, 34-36) serán incorporados en la legislación nacional. En todo caso, el articulado de las leyes nacionales que se promulgan en esta materia respetará el espíritu y los principios de la LM, sin incurrir en contradicciones o incompatibilidades (BINDER, Peter, «Introduction to Part A - The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 [With Amendments as adopted in 2006]», *International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, 4.^a ed. Kluwer Law International 2019, pp. 19-20).

En numerosas ocasiones, acudiendo a la exposición de motivos de las leyes nacionales, podemos confirmar *a priori* (sin perjuicio del examen y lectura de los artículos) si se han inspirado los legisladores en la LM, dadas las referencias expresas que se hacen a la misma. Un ejemplo claro es la Ley de Arbitraje española, 60/2003 de 23 de diciembre («LA») que en su Exposición de Motivos señala que la LM es «el principal criterio inspirador» y que el régimen jurídico español del arbitraje se basa en la misma. Adicionalmente, la LA recoge otras referencias a la LM a lo largo de su Exposición de Motivos, como son las siguientes: «el legislador español sigue la recomendación de las Naciones Unidas, acoge como base la Ley Modelo [...]» o «tanto las necesidades de mejora y seguimiento de la evolución del arbitraje como la acomodación a la Ley Modelo hacen necesaria la promulgación de esta ley».

7. *¿Qué acogida ha tenido la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional?*

Según señala la página web oficial de CNUDMI, en la actualidad 87 Estados (recordemos que el número de Estados Miembros de las Naciones Unidas es 193) y un total de 120 jurisdicciones han promulgado legislación basada en la LM, sin embargo, por el momento, ni un tercio de los mismos ha reflejado en su legislación las enmiendas de 2006.

Es importante destacar que algunos Estados, cuyas ciudades son reconocidas a nivel mundial por ser las principales sedes de arbitrajes comerciales internacionales y por contar con las instituciones arbitrales de mayor prestigio, no han adoptado la LM. Entre ellos se encuentra Estados Unidos (a excepción de algunos estados que si lo han hecho como California o Florida), Francia, Inglaterra y Gales, o Suiza.

Dado el idioma del presente diccionario, resulta oportuno resaltar que la mayoría de los países hispanohablantes sí han adoptado la LM.

*Autora: Begoña Charro de Mendieta
(Asociada del departamento de Arbitraje y Procesal de
Pinsent Masons, Madrid)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: HOLTZMANN HOWARD, M. y NEUHAUS Joseph. *Introduction to the Guide to the 1985 UNCITRAL Model Law, A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Kluwer Law International, 1989, pp. 1-17; BINDER, Peter, «Introduction to Part A (The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration 1985 [With Amendments as adopted in 2006])», *International Commercial Arbitration and Mediation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*, 4.ª ed., Kluwer Law International, 2019, pp. 7-28; PERALES VISCASILLAS, Pilar. «Retos y tendencias actuales en la interpretación de los textos de la CNUDMI», BIB 2017\43173, *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 306/2017, ed. Civitas,

pp. 10-17; SEKOLEC, Jernej. «Foreword of the Guide to the 2006 Amendments to the UNCITRAL Model Law», in Howard M. HOLTZMANN y Joseph E. NEUHAUS, *et al. A Guide to the 2006 Amendments to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Kluwer Law International, 2015, pp. vii-x.

VOCABLOS CONEXOS: Derecho uniforme. *Soft law*.

LEY PERSONAL

Con dicha expresión, se hace referencia al ordenamiento jurídico nacional que regula el denominado estatuto personal. Definición que, a su vez, plantea dos interrogantes: primero, qué se entiende por estatuto personal; segundo, cuáles son los criterios que, como puntos de conexión, son los más frecuentemente utilizados por las normas de conflicto para determinar qué legislación es la que tiene que aplicarse al conjunto de situaciones jurídicas englobadas en aquel.

Debido a la relatividad de soluciones que resulta inherente al Derecho internacional privado, la respuesta a tales preguntas no es uniforme, sino que dependerá de cuál sea el sistema que estemos considerando, es decir, de la posición adoptada al respecto por cada país, sin perjuicio de la unificación que se ha producido en materias específicas, gracias al creciente número de instrumentos internacionales que se ocupan de tales situaciones jurídicas.

1. El estatuto personal

Bajo este término, cuyos orígenes se remontan al medievo, se designa aquellas instituciones jurídicas que se encuentran más directamente vinculadas al individuo, lo que constituye, de entrada, un concepto bastante difuso.

Tradicionalmente, el debate se ha centrado en delimitar cuáles son las situaciones o relaciones jurídicas que quedarían comprendidas dentro de su ámbito, pudiendo distinguirse, básicamente, tres corrientes. La primera, que podríamos catalogar como restringida, ciñe su contenido, estrictamente, a la propia personalidad jurídica (el inicio y extinción de la personalidad), junto con el estado civil y la capacidad; la intermedia, que lo amplía dando acogida a las relaciones familiares; y la más amplia, que integra asimismo la esfera sucesoria.

Por citar un ejemplo, el sistema español, representado en este punto por el artículo 9.1 del Código Civil, es significativo de la concepción expansiva:

1. La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte.

Con todo, este problema ha ido perdiendo paulatinamente cierta importancia práctica, debido a la ruptura del tratamiento unitario del estatuto personal, por cuanto la creciente regulación internacional de las materias tradicionalmente comprendidas en el mismo conduce a la existencia de soluciones diferentes para las situaciones jurídicas a las que nos estamos refiriendo, según la fuente normativa que consideremos, esto es, en función de que esta tenga un carácter interno o transnacional.

2. Los posibles puntos de conexión

Como indicábamos al principio, no existe una única solución a esta cuestión, sino que cada sistema autónomo de Derecho internacional privado es potencialmente libre para escoger aquel criterio que considere más idóneo sobre este particular, sin perjuicio de los compromisos internacionales que se tengan contraídos.

El problema ha radicado habitualmente en establecer cuál sería el país que cabría considerar más íntimamente ligado a una persona, para, en

consecuencia, aplicar el ordenamiento jurídico perteneciente al mismo. Y, en esa línea, la pugna ha gravitado esencialmente sobre dos circunstancias específicas, las cuales, en muchas ocasiones, coincidirán al mismo tiempo en una persona determinada, pero que pueden encontrarse obviamente disociadas en bastantes casos: por un lado, la nacionalidad (*lex patriae*); por otro, el domicilio (*lex domicilii*).

En la protohistoria del Derecho internacional privado, dominada por la conocida como técnica estatutaria y la prevalencia del criterio de territorialidad, el domicilio constituía el elemento preeminente. Si bien, a partir del siglo XIX, se observa su progresivo desplazamiento en favor de la nacionalidad, especialmente en la Europa continental (salvo las excepciones noruega y danesa), sobre todo por la influencia del Código napoleónico de 1804 (cuyo artículo 3 establecía que las leyes relativas al estado y capacidad de las personas obligaban a los franceses, aun cuando residieran en el extranjero) y el trascendental impulso de MANCINI, así como de VON BAR.

Esa prevalencia (dentro del ámbito en el que se enmarca dicha resolución) fue asimismo destacada por la Sentencia de la Corte Internacional de Justicia de 6 de abril de 1955, caso *Nottebohm*:

According to the practice of States, to arbitral and judicial decisions and to the opinions of writers, nationality is a legal bond having as its basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interests and sentiments, together with the existence of reciprocal rights and duties. It may be said to constitute the juridical expression of the fact that the individual upon whom it is conferred, either directly by the law or as the result of an act of the authorities, is in fact more closely connected with the population of the State conferring nationality than with that of any other State.

Los partidarios de la nacionalidad apuntan diversos motivos para defender su elección. Así, se enfatiza que el país con el que una persona suele tener un mayor grado de vinculación es precisamente aquel cuya ciuda-

danía ostenta; siendo en principio, además, una circunstancia mucho más estable y duradera, por cuanto resulta más complicado modificar la nacionalidad que el domicilio, lo que permite una mayor permanencia en el tratamiento del estatuto personal, contribuyendo asimismo a evitar fraudes. Añadiéndose que, en aquellos países de fuerte emigración hacia el exterior, facilita el mantenimiento de la conexión con su país de origen a aquellos nacionales que se han asentado, más o menos indefinidamente, en otro lugar distinto.

Sin embargo, existen asimismo detractores que ponen el acento en lo que tildan de inconvenientes, apuntando a la falta de identidad en el tratamiento del estatuto personal entre los ciudadanos de un Estado y los nacionales de terceros países radicados en el mismo, produciendo una ausencia de vinculación con su realidad diaria, acrecentando su exclusión y conduciendo, como efecto pernicioso, a la aplicación de regulaciones extranjeras que podrían entrar en colisión con el orden público del foro, ante la patente diferencia que, en no pocas ocasiones, existe entre los principios nucleares que gobiernan una y otra legislación. Añadiéndose, a mayor abundamiento, que el punto de conexión de la nacionalidad ofrece una difícil solución para los supuestos de doble nacionalidad, así como los de apatridia, reforzando ello la tesis de que el domicilio sería un criterio mucho más operativo y adecuado. En apoyo del cual, también se argumenta en ocasiones que incrementa las posibilidades de coincidencia entre el *forum* y el *ius*, en la medida en que el domicilio, singularmente el del demandado, suele ser el foro general de atribución de competencia judicial. Surgiendo así una corriente defensora de este criterio, en su día impulsada fundamentalmente por SAVIGNY y STORY.

Esos pros y contras, principalmente, junto con la propia idiosincrasia de la respectiva tradición jurídica de cada país, ha llevado a la adopción de diferentes políticas legislativas, por lo que respecta a la elección de uno otro factor como determinante de la regulación del estatuto de las personas físicas. Así, por ejemplo, en el ámbito iberoamericano, la dificultad de hallar una regla única llevó en su día a la solución transaccional del

artículo 7 del Código de Derecho Internacional Privado (conocido como Código de Bustamante) de 1928, según el cual: «Cada Estado contratante aplicará como leyes personales las del domicilio, las de la nacionalidad o las que haya adoptado o adopte en lo adelante su legislación interior». Regulación que contrasta con la adoptada por el Tratado de Derecho Civil Internacional, hecho en Montevideo el 12 de febrero de 1889, que se había decantado claramente por el factor del domicilio.

Por otro lado, puede trazarse una línea divisoria en este campo: de una parte, los países del *civil law*, que se decantan mayoritariamente por el criterio de la nacionalidad; de otra, los correspondientes al *common law*, particularmente Gran Bretaña y los Estados Unidos de América, así como muchos países iberoamericanos, que hacen prevalecer el domicilio como elemento decisivo, distinguiéndose a su vez entre el domicilio de origen, relacionado con lugar de nacimiento y normalmente coincidente con la propia nacionalidad del sujeto (*domicile of origin*) y el electivo (*domicile of choice*), fruto de la voluntad del sujeto.

No obstante, la frontera entre ambos sistemas va siendo progresivamente menos clara, debido fundamentalmente a la incidencia de diversos instrumentos internacionales que, cada vez más, va provocando un cambio en las raíces propias de los diferentes sistemas.

Así, en los últimos tiempos, se ha ido abriendo paso un tercer criterio, consistente en la residencia habitual, que es el mayoritariamente utilizado en la actualidad tanto en los textos emanados de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, como en los Reglamentos de la Unión Europea, producidos a raíz de la creciente potestad normativa de la misma en este sector. Así, dentro de los primeros y por lo que se refiere a soluciones conflictuales, pueden citarse, entre otros, el Convenio de 14 de marzo de 1978 sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales, el Convenio de 1 de agosto de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte o el Protocolo de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, si bien dichos

textos han corrido, hasta la fecha, suerte desigual por lo que atañe a su firma y ratificación por los potenciales Estados parte de los mismos. Entre la normativa europea, por otro lado, pueden reseñarse el Reglamento (UE) 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial o el Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, en materia de sucesiones *mortis causa*, normas que, permitiendo un margen limitado de actuación a la autonomía de la voluntad, toman como referencia, en su defecto, la residencia habitual como elemento prioritario, la de los cónyuges implicados en el primer caso y la del causante en el segundo; línea igualmente seguida, más recientemente, por el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, en materia de regímenes económicos matrimoniales.

Como ventaja de este criterio, se señala su mayor proximidad con la vida cotidiana del sujeto en cuestión, lo que permite enraizar su estatuto personal en el ordenamiento jurídico del país donde ha fijado su centro de intereses, es decir, donde se encuentra radicado de manera efectiva, más allá de cuál sea su nacionalidad o su domicilio legal. Destacándose asimismo su mayor visibilidad externa, por cuanto, según se defiende, se trata de un criterio más fácilmente acreditable por ser más evidente y cognoscible por terceros.

No obstante, su delimitación exacta con respecto al domicilio no es del todo clara, pareciendo que este último haría referencia a un aspecto más formal, mientras que la residencia habitual atendería a dato puramente fáctico (se ha llegado a calificar como «domicilio de hecho»), consistiendo esencialmente en la permanencia más menos continuada de una persona en un determinado territorio, debiendo atenderse por tanto a las circunstancias concurrentes y no tanto a la legalidad de dicha residencia o a su consignación administrativa como domicilio de aquella. Distinción que cobra sentido en aquellos sistemas que separan nítidamente ambos conceptos, pero que se diluye en aquellos otros que equi-

para ambos términos, como sucede, por ejemplo, con el artículo 40 del Código Civil español («Para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, y, en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil»).

Por su parte, los instrumentos internacionales tampoco suelen ofrecer definiciones concretas de qué se entiende por residencia habitual o, al menos, parámetros precisos para su identificación, por lo que la cuestión adquiere tintes marcadamente casuísticos, debiendo analizarse tanto factores objetivos como subjetivos (indefinición que ha llevado a un sector doctrinal a poner de relieve la inseguridad jurídica que ello podría significar). En ese sentido, en el informe explicativo de Pérez-Vera del Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores se apuntaba que «se trata en efecto de un concepto familiar a la Conferencia de La Haya, en la que se entiende como un concepto de puro hecho que difiere en particular del concepto de domicilio»; habiéndose rechazado en general, en los diferentes textos adoptados en el seno de la misma, efectuar una definición precisa de este concepto, como lo demuestran los trabajos preparatorios del Convenio 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, en el curso de los cuales se rechazaron diversas propuestas en ese sentido.

No obstante, no han faltado ciertos intentos de clarificación sobre qué debe entenderse por residencia habitual, como la Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa para la unificación de los conceptos de domicilio y de residencia de 18 de enero de 1972; mostrando los textos más recientes una tendencia dirigida a ofrecer, al menos, ciertas referencias que puedan ser tomadas en consideración para delimitar esta noción, como por ejemplo sucede con los Considerandos 23 y 24 del Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el recono-

cimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo:

(23) Habida cuenta de la creciente movilidad de los ciudadanos y con el fin de asegurar la correcta administración de justicia en la Unión y de garantizar que exista un nexo real entre la sucesión y el Estado miembro en que se ejerce la competencia, el presente Reglamento debe establecer como nexo general, a efectos de la determinación tanto de la competencia como de la ley aplicable, la residencia habitual del causante en el momento del fallecimiento. Con el fin de determinar la residencia habitual, la autoridad que sustancie la sucesión debe proceder a una evaluación general de las circunstancias de la vida del causante durante los años precedentes a su fallecimiento y en el momento del mismo, tomando en consideración todos los hechos pertinentes, en particular la duración y la regularidad de la presencia del causante en el Estado de que se trate, así como las condiciones y los motivos de dicha presencia. La residencia habitual así determinada debería revelar un vínculo estrecho y estable con el Estado de que se trate teniendo en cuenta los objetivos específicos del presente Reglamento.

(24) En algunos casos, determinar la residencia habitual del causante puede revelarse complejo. Tal sería el caso, en particular, cuando por motivos profesionales o económicos el causante hubiese trasladado su domicilio a otro país para trabajar en él, a veces por un período prolongado, pero hubiera mantenido un vínculo estrecho y estable con su Estado de origen. En tal caso, dependiendo de las circunstancias, podría considerarse que el causante tenía su residencia habitual en su Estado de origen, en el que estaba situado el centro de interés de su familia y su vida social. También podrían suscitarse otras situaciones complejas cuando el causante haya residido en diversos Estados alternativamente o viajado de un Estado a otro sin residir permanentemente en ninguno de ellos. Si el causante fuera nacional de uno de dichos Estados o tuviera sus principales bienes en uno de ellos, la nacionalidad de aquel o la localización de dichos bienes podrían constituir un factor especial en la evaluación general de todas las circunstancias objetivas.

La residencia habitual consiste por tanto en un concepto intermedio entre la nacionalidad y el domicilio, más próximo a este último, pero siendo menos persistente y más flexible; pudiendo ser equivalentes en muchas ocasiones, pero siendo posible que no sean coincidentes en otros casos, sobre todo si se trata del domicilio originario.

Autor: Manuel de Lorenzo

*(Abogado, profesor asociado Derecho Internacional Privado
Universidad de Valencia y Universidad CEU Cardenal Herrera)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, Manuel. «El estatuto personal», en *Lecciones de Derecho civil internacional* VV. AA., Tecnos, 2006; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Derecho internacional privado*, vol. II, Comares, 2018; DAVRADOS, Nikolaos A. «Nationality, domicile, and private international law revisited», in *Essays in Honour of Nestor Courakis* (editado por C.D. SPINELLIS, Nikolaos THEODORAKIS, Emmanouil BILLIS, George PAPADIMITRAKOPOULOS), Ant. N. Sakkoulas Publications, 2017, pp. 123-138; ESPLUGUES MOTA, Carlos, IGLESIAS BUHIGUES, José Luis y PALAO MORENO, Guillermo. *Derecho internacional privado*, Tirant lo Blanch, 2020; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto Alfonso. *Derecho internacional privado*, Civitas, 2020; RODRÍGUEZ BENOT, Andres. «El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho internacional privado», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 2, n.º 1, Universidad Carlos III de Madrid, marzo 2010, pp. 186-202; UBERTAZZI, Benedetta. «Capacidad y estatuto de la persona en el Derecho internacional privado», en *Revista Española de Derecho Canónico*, n.º 162, Universidad Pontificia de Salamanca, 2007, pp. 199-228; ZHANG, Mo. «Habitual Residence v. Domicile: A Challenge Facing American Conflicts of Laws», *Maine Law Review*, vol. 70, n.º 2, University of Maine School of Law, junio 2018, pp. 161-197.

VOCABLOS CONEXOS: Capacidad. Conflicto de leyes. Derecho aplicable. Domicilio. Estatuto personal. *Lex societatis*. Nacionalidad. Norma de conflicto. Residencia habitual.

LIBRE CIRCULACIÓN DE DECISIONES JUDICIALES

La creciente movilidad de los ciudadanos europeos y el incremento de las relaciones comerciales, consecuente con la libertad de circulación de personas, mercancías, servicios y capitales, han traído consigo el aumento de la litigiosidad con elemento transfronterizo. El papel que representan los juzgados y tribunales europeos resulta esencial para el mantenimiento de estas relaciones y de la protección de los intereses en juego. Las decisiones jurisdiccionales que se adoptan en un Estado pueden tener impacto en otro diferente, en el que se han de reconocer los derechos o situaciones jurídicas y llevarlas a efectiva ejecución. Se trata, en definitiva, de que las fronteras entre Estados miembros no constituyan un obstáculo para la resolución de los asuntos civiles ni para incoar procedimientos o ejecutar resoluciones en materia civil.

La libre circulación de decisiones judiciales se produce en el ámbito de la Unión Europea (UE), y tiene por objetivo que no se impida a ningún ciudadano europeo la tutela judicial de sus derechos e intereses legítimos, y, para ello, cualquier resolución dictada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro debe ser tratada como si se hubiera dictado en el Estado miembro requerido. De esta manera, sobre la base del reconocimiento mutuo de resoluciones —basado en el principio de confianza recíproca— pueden soslayarse las dificultades inherentes a la diversidad de sistemas jurídicos vigentes en los Estados miembros de la UE, que podrían hacer ineficaces las resoluciones dictadas en otro Estado por su incompatibilidad o complejidad.

Esta garantía encuentra su base en el Espacio Europeo de Justicia, constituido por los Tratados fundacionales de la UE. El artículo 3.2 del Tra-

tado de la Unión Europea (TUE) establece que la Unión ofrecerá a sus ciudadanos un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ); y, por otra parte, el Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE) bajo el título de «Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia» señala que la Unión constituye este espacio dentro del respeto de los derechos fundamentales y de los distintos sistemas y tradiciones jurídicos de los Estados miembros (artículo 67 TFUE), y, así, facilitará la tutela judicial, que es objetivo de la cooperación judicial (artículos 67.4 y 81.2 TFUE) y derecho fundamental de la Unión (artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE).

El Espacio Europeo de Justicia, tras el avance que supuso el Tratado de Ámsterdam de 1997, fue impulsado en el Consejo Europeo de Tampere (1999), que lo introdujo entre las políticas y acciones internas de la Unión. Con este objeto, se promovió un mejor reconocimiento mutuo de las resoluciones y sentencias judiciales, así como la aproximación de las legislaciones, para facilitar la cooperación entre autoridades y la protección judicial de los derechos individuales. El siguiente impulso vino con el Programa de La Haya de 2004, que pretendía reforzar el espacio de justicia mediante la adopción de medidas para instaurar una confianza recíproca, así como «la terminación del programa de reconocimiento mutuo de decisiones en materia civil y mercantil». Finalmente, con el Tratado de Lisboa se desarrolló una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en este principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales.

Posteriormente, el Programa de Estocolmo de 2010 fijó las prioridades en materia de justicia para los años 2010 a 2014, con el objeto de conseguir lo que se denominó una «Europa de la ley y la justicia». Se trataba de superar la fragmentación concediendo prioridad a los mecanismos destinados a facilitar el acceso a la justicia, para que las personas puedan hacer valer sus derechos en toda la Unión y proteger a los niños y a los grupos más vulnerables. En atención a este objetivo se impulsaron medidas como la supresión del *exequatur* —con una serie de salvaguar-

días— y se amplió el reconocimiento mutuo a ámbitos aún no cubiertos, como la sucesión y los testamentos, los regímenes económicos matrimoniales y las consecuencias para la propiedad en caso de separación de los cónyuges, teniendo en cuenta al mismo tiempo los sistemas judiciales de los Estados miembros, incluido el orden público, y las tradiciones nacionales en este ámbito. Asimismo, se acordó la racionalización de los instrumentos existentes para garantizar la coherencia y la facilidad en su utilización, con el fin de asegurar una aplicación más eficaz y uniforme de los mismos (punto 3.1.2).

Dentro del Espacio Europeo de Justicia, la libre de circulación de decisiones judiciales se enmarca en la cooperación judicial en la UE. La piedra angular de esta cooperación es el principio de reconocimiento mutuo, pues permitirá el reconocimiento automático de dichas resoluciones en el espacio europeo sin necesidad de procedimientos intermedios, como era el procedimiento de *exequatur*, en el que se debía verificar que la resolución judicial cumplía con todas las formalidades exigidas por el ordenamiento del Estado miembro de destino para gozar de fuerza ejecutiva. Solo se mantiene un elenco de causas tasadas de denegación del reconocimiento, sin que pueda efectuarse ningún otro control, para no entorpecer este reconocimiento automático.

Efectivamente, el artículo 81 TFUE, base jurídica de la cooperación judicial en materia civil, establece que la UE desarrollará una cooperación judicial en asuntos civiles con repercusión transfronteriza, basada en el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y extrajudiciales, que podrá incluir medidas de aproximación de disposiciones legales y reglamentarias, para lograr un correcto funcionamiento del mercado interior. Esta previsión ha permitido que comience a legislarse a nivel de la Unión sobre materia procesal, que había sido patrimonio exclusivo de los Estados miembros. Se consigue de esta forma una colaboración más estrecha entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y se profundiza en el objetivo de consolidar la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea.

Fue durante el periodo de actuación programado en Estocolmo en el que se aprobó la norma de referencia para la libre circulación de decisiones judiciales —incluidas las cautelares no dictadas inaudita parte o sin conocimiento del demandado—, en el aspecto relativo al reconocimiento y ejecución, esto es, el Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (denominado también Reglamento «Bruselas I bis»), heredero del Convenio de Bruselas de 1968 y del Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000.

El Considerando 6 del Reglamento *Bruselas I bis* establece que «para alcanzar el objetivo de la libre circulación de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, es necesario y oportuno que las normas relativas a la competencia judicial y al reconocimiento y a la ejecución de las resoluciones judiciales se establezcan en un instrumento jurídico de la Unión vinculante y directamente aplicable». Con esta declaración, la norma permite la ejecución automática —aunque no incondicionada— en un Estado miembro de la UE de cualquier resolución ejecutiva en materia civil o mercantil de otro Estado miembro, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional que la haya dictado y sin sujetarse a un procedimiento intermedio de exequatur, lento y costoso —entre 2000 y 3000 euros dependiendo del Estado miembro—, que hacía perder eficacia al sistema. El órgano jurisdiccional solo tendrá que comprobar que no concurren los motivos de denegación tasados en la norma (v. gr. ser contraria al orden público).

Con este sistema, los acreedores pueden conseguir una resolución con fuerza ejecutiva en el Estado miembro donde tienen ubicada su residencia y la pueden hacer efectiva en otro Estado miembro distinto sin tener que recurrir a ningún otro procedimiento, aunque con sujeción a algunas garantías —como declara el Considerando 2—, esto es, que no concurren motivos de denegación tasados en el Reglamento. En definitiva, a efectos de la libre circulación de las resoluciones judiciales, una resolu-

ción dictada en un Estado miembro debe reconocerse y ejecutarse en otro Estado miembro incluso si se ha dictado contra una persona no domiciliada en un Estado miembro. La normativa beneficia a los consumidores y trabajadores, pues podrán acudir a los órganos jurisdiccionales de su país de residencia, cuando el vendedor o el empleador se encuentren en otro país, incluso no miembro de la UE. Según las previsiones realizadas por la Comisión Europea, las normas sobre reconocimiento de resoluciones judiciales transfronterizas produciría un ahorro de hasta *48 millones de euros anuales y 10.000 procedimientos todos los años*.

También ha de destacarse el Reglamento (CE) 2015/848, de 20 de mayo de 2015, sobre procedimientos de insolvencia, que fija normas uniformes sobre la competencia jurisdiccional, el reconocimiento y el Derecho aplicable en este ámbito, con el fin de aumentar la eficacia y la eficiencia de los procedimientos de insolvencia transfronterizos. Efectivamente, con este instrumento se persigue la mejora de los procedimientos de insolvencia con repercusiones transfronterizas, para lo que resulta imprescindible establecer un reconocimiento inmediato de las decisiones relativas a la apertura, desarrollo y conclusión de los procedimientos de insolvencia que entran en su ámbito de aplicación y de las resoluciones judiciales dictadas en dichos procedimientos. Este reconocimiento automático conlleva que los efectos que el Derecho del Estado miembro de apertura del procedimiento atribuye a este se extiendan a todos los demás Estados miembros, por lo que los motivos de denegación del reconocimiento se reducen al mínimo necesario.

En materia de Derecho de familia, los instrumentos específicos que afectan a la libre circulación de decisiones judiciales son el Reglamento (UE) 2019/1111, del Consejo de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, que es el texto refundido (*recast*) del Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003 (conocido como «Reglamento Bruselas II bis»). El texto refundido entró

en vigor en 2019, a los veinte días de su publicación, pero su aplicación se ha diferido a 1 de agosto de 2022, con la salvedad de algunos preceptos.

En el caso de obligaciones de alimentos, el Consejo adoptó el Reglamento (CE) 4/2009, que agrupó en un único instrumento normas uniformes sobre competencia, la ley aplicable y el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales, con el fin de dar mayor eficacia a los medios de que disponen los acreedores de tales pensiones para hacer respetar sus derechos. El objetivo de la norma es permitir el cobro del crédito alimenticio contenido en una resolución judicial, si no concurren las causas de denegación, aunque diferenciando procedimentalmente entre si el Estado miembro está o no vinculado por el Protocolo de La Haya de 2007. Su aplicación lo será sin perjuicio del Convenio del 23 de marzo de 1962 entre Suecia, Dinamarca, Finlandia, Islandia y Noruega, sobre la cobertura de créditos de alimentos.

Al lado de los anteriores reglamentos, son normas que regulan esta libre circulación de resoluciones basadas en el reconocimiento mutuo y confianza recíproca las relativas al régimen de propiedad de las parejas internacionales, en el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, y Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales y en aspectos patrimoniales de uniones de hecho registradas. En estos, las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros que participen en esta cooperación reforzada (artículo 70.2 de ambos Reglamentos y conforme a la Decisión (UE) 2016/954, de 9 de junio de 2016), sin necesidad de seguir procedimiento alguno.

Por su parte, el Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento

y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo pretende eliminar los obstáculos a los que se enfrentan los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos en el contexto de una sucesión internacional. De esta forma, las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás sin necesidad de procedimiento alguno, sin perjuicio de los motivos de denegación.

La libre circulación de resoluciones judiciales no solo se traduce en el reconocimiento y ejecución de resoluciones, sino también en títulos ejecutivos propiamente europeos, mediante una regulación de mercado carácter procesal en la que los jueces nacionales actúan con «jurisdicción de la UE». Se trata del título ejecutivo europeo para los casos de créditos no impugnados por el Reglamento (CE) 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que una resolución que se haya certificado como tal en el Estado miembro de origen será reconocida y ejecutada en los demás Estados miembros sin que se requiera ninguna declaración de ejecutividad y sin posibilidad alguna de impugnar su reconocimiento.

También es el caso del proceso monitorio europeo a través del Reglamento (CE) 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, que permite el cobro rápido y eficiente de créditos pendientes que no son objeto de controversia jurídica, mediante un requerimiento europeo de pago articulado en unas normas mínimas, cuya observancia hace innecesario un proceso intermedio en el Estado miembro de ejecución con anterioridad al reconocimiento y a la ejecución. Como señala el Considerando 27 del Reglamento 1896/2006, «un requerimiento europeo de pago expedido en un Estado miembro y que haya adquirido fuerza ejecutiva debe considerarse, a efectos de su ejecución, como si se hubiera expedido en el Estado miembro en el que se solicita la ejecución».

Y, por último, con el proceso europeo de escasa cuantía en el Reglamento (CE) 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, y así con el fin de facilitar su reconocimiento y ejecución, cualquier sentencia dictada en un Estado miembro en el proceso europeo de escasa cuantía debe reconocerse y ejecutarse en otro Estado miembro sin que se requiera ninguna declaración de ejecutabilidad y sin posibilidad alguna de oponerse a su reconocimiento.

*Autor: José-Ramón de Blas Javaloyas
(Magistrado)*

LITISPENDENCIA EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

1. Concepto general

El concepto general del principio de la litispendencia es que solo un único tribunal conozca un asunto concreto y que, por tanto, *no* debe haber *procedimientos paralelos que versen sobre el mismo objeto y entre las mismas partes*.

De lo contrario, cabría la posibilidad de que se produjeran dos decisiones de carácter contradictorio. Si este fuera el caso, la ejecución de las resoluciones sería inviable y las partes volverían al punto de partida y sin una solución efectiva a su controversia.

Lejos de lo que se acaba de indicar, uno de los objetivos esenciales del arbitraje es, precisamente, que el procedimiento arbitral culmine con un laudo definitivo que resuelva la controversia entre las partes y que tenga el efecto de cosa juzgada (*res iudicata*) que evite posteriores litigios sobre el mismo asunto («Chapter 27: Preclusion, Lis Pendens and Stare Decisis in International Arbitration», in Gary B. BORN, *International Commercial Arbitration*, 2.^a ed., Kluwer Law International, 2014, pp. 3733-3734).

Así pues, ante la situación de que existan dos procedimientos paralelos con el mismo objeto, cabe analizar la aplicación del principio de litispendencia para determinar el *orden* y *prioridad* entre estos.

De modo ilustrativo (aunque no aplicable al arbitraje), el artículo 29 del Reglamento UE 1215/2012 («Bruselas I») recoge el concepto de litispendencia en el supuesto de procedimientos paralelos ante tribunales de distintos Estados miembros de la UE: «cuando se formulen demandas con el mismo objeto y la misma causa entre las mismas partes ante órganos jurisdiccionales de Estados miembros distintos, el órgano jurisdiccional ante el que se formule la segunda demanda suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se declare competente el órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera».

Del citado precepto se desprende el principio básico de que el procedimiento iniciado primero tiene preferencia sobre un procedimiento iniciado con posterioridad. Según esta regla, y sin perjuicio de posible excepciones, (*ibid*, p. 3793) son múltiples las jurisdicciones (tanto de *civil law* como de *common law*) en las que se aplica el principio de litispendencia para suspender o archivar un procedimiento mientras que exista un procedimiento en tramitación ante otro tribunal. Dada su inclusión en el derecho procesal de muchas jurisdicciones, algunos autores consideran que el principio de litispendencia forma parte del Derecho internacional consuetudinario, (*Ibid*, 3793, con referencia a: «The Use and Limits of Res Judicata and Lis Pendens as Procedural Tools to Avoid Conflicting Dispute Settlement Outcomes», 3 *L. & Prac. Int'l Cts. & Tribs.* 37, 48 (2004) (con referencia a «Certain German Interests in Polish Upper Silesia», *PCIJ Series A*, n.º 6, 20 [P.C.I.J. 1926]); Compare Estate of Jean-Baptiste Caire (France) v. Mexico, Decision 33 in French - Mexican Claims Commission of 7 June 1929, V R.I.A.A. 516, 523-25 [1953]) y, por tanto, ha de tenerse en cuenta en la práctica del arbitraje internacional (aunque no necesariamente aplicable) («Chapter 27: Preclusion, Lis Pendens and Stare Decisis in International Arbitration», in Gary B.

BORN, *International Commercial Arbitration*, 2.^a ed., Kluwer Law International, 2014, pp. 3794-3795).

Aunque el problema que el principio de litispendencia pretende solucionar es idéntico tanto si se plantea en arbitraje como si se plantea ante la jurisdicción de los estados (i. e. procedimientos paralelos con el mismo objeto entre las mismas partes), la aplicación de este principio en los arbitrajes puede resultar más compleja. Ello se debe a la carencia de un instrumento único a nivel internacional (análogo al Reglamento Bruselas I o al Convenio de Lugano) que regule la litispendencia o la existencia de procedimientos paralelos («Chapter 1: Jurisdictional Pleas and Actions with Parallel Proceedings before an Arbitral Tribunal and a National Court»), in Nadja *Erk-Kubat*, *Parallel Proceedings in International Arbitration: A Comparative European Perspective*, International Arbitration Law Library, vol. 30, Kluwer Law International, 2014, p. 16).

No obstante, el artículo II(3) de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras («Convención NY») ofrece una solución práctica y es el punto de partida seguido por varios autores para el análisis de la litispendencia en arbitraje internacional (por ejemplo: Nadja *Erk-Kubat*, *Parallel Proceedings in International Arbitration: A Comparative European Perspective*, International Arbitration Law Library, vol. 30, Kluwer Law International, 2014; «Chapter 27: Preclusion, Lis Pendens and Stare Decisis in International Arbitration», in Gary B. BORN, *International Commercial Arbitration*, 2.^a ed., Kluwer Law International, 2014, pp. 3732-3827). Dicho artículo reza:

El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable.

En términos prácticos, el artículo II(3) de la Convención NY tiene el efecto de evitar que se inicie un procedimiento judicial en paralelo a un

arbitraje cuando exista un convenio arbitral válido. No obstante, cabe destacar los siguientes matices con respecto a su aplicación en relación con el análisis de la litispendencia:

(a) No se trata estrictamente de la regulación de la litispendencia, dado que el artículo II(3) es también de aplicación cuando todavía no existen procedimientos paralelos; el criterio que debe seguir un tribunal estatal bajo el artículo II(3) de la Convención NY para, en su caso, remitir un asunto a arbitraje es que *exista (o no) un acuerdo arbitral válido (y no la existencia de un procedimiento arbitral ya iniciado sobre el mismo asunto)*. Por ende, por la mera existencia de un acuerdo arbitral, un tribunal estatal puede remitir la controversia a arbitraje aun cuando no se ha iniciado el procedimiento arbitral. El artículo II(3) de la Convención NY no establece un criterio de prioridad entre dos procedimientos vivos, sino el reconocimiento de la sumisión expresa a un tribunal arbitral, así como las consecuencias que esta tiene para un tribunal estatal.

(b) El artículo II(3) impone la obligación a un «tribunal de uno de los Estados Contratantes» a remitir un determinado asunto a arbitraje, con lo cual, esta obligación no sería de aplicación a un tribunal arbitral que se viese afectado por otro procedimiento arbitral paralelo en trámite con el mismo objeto.

(c) Aunque un tribunal estatal considerase que tiene competencia por entender que no existe un convenio arbitral válido de conformidad con el artículo II de la Convención NY, ello no interfiere con la posibilidad de que un tribunal arbitral también entienda que tiene competencia para resolver un determinado asunto (si concluye que ese mismo convenio arbitral es válido).

Dadas la peculiaridades en la aplicación del artículo II(3) de la Convención NY, a continuación se abordan los principios de arbitraje relevantes para la litispendencia, así como las soluciones prácticas para los escena-

rios de procedimientos paralelos (i) ante un tribunal estatal y un tribunal arbitral; y (ii) ante dos tribunales arbitrales.

2. *Principios relevantes. Kompetenz-kompetenz. Convención de Nueva York*

En virtud del principio de *kompetenz-kompetenz*, como regla general, un tribunal arbitral es competente para decidir sobre su propia competencia para conocer un determinado asunto. A modo ilustrativo, el artículo 16(1) de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 establece que «[e]l tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje».

La intervención de tribunales estatales en la determinación de la competencia de un tribunal arbitral (cuando tal intervención está permitida en la sede de arbitraje; a modo de ejemplo, la sección 32 del English Arbitration Act permite en ciertas circunstancias que un tribunal inglés determine una cuestión relacionada con la jurisdicción del tribunal arbitral; la sección 24 del mismo otorga a un tribunal inglés el poder de recusar a los árbitros), debería ser, por tanto, excepcional.

En el contexto de la litispendencia, el principio *kompetenz-kompetenz* es de especial relevancia en los siguientes aspectos:

(a) Si se iniciasen dos procedimientos arbitrales paralelos, ambos tribunales arbitrales estarían facultados para decidir sobre su propia competencia según el principio *kompetenz-kompetenz*. Ninguno estaría vinculado por la decisión del otro, por lo cual existe la posibilidad de que ambos tribunales se declaren competentes para conocer la disputa y, así, continuarían los dos procedimientos en paralelo.

(b) Del mismo modo, si se iniciasen en paralelo un procedimiento ante un tribunal arbitral y otro ante un tribunal estatal, cada uno de ellos habría de decidir sobre su propia competencia. En este caso, el tribunal arbitral tendría competencia para hacerlo en virtud del principio *kompetenz-kompetenz*, mientras que el tribunal estatal tendría competencia para hacerlo en virtud del artículo II(3) de la Convención NY, según el cual, estaría facultado a continuar su procedimiento si se comprueba «que dicho acuerdo [arbitral] es nulo, ineficaz o inaplicable», o si, en virtud de sus leyes procesales, procede que continúe el procedimiento judicial (p. ej. en el caso de la sumisión tácita a la jurisdicción de tribunales estatales por falta de interposición de una declinatoria). En estos casos existe también el riesgo de que tanto el tribunal arbitral como el estatal se declaren competentes para conocer la disputa y, así, se desarrollen dos procedimientos en paralelo.

Ante estos dos escenarios, a continuación, se indican las soluciones que en la práctica de arbitraje internacional podrían ser de aplicación.

3. *Litispendencia entre dos procedimientos arbitrales*

Aunque en dos procedimientos arbitrales paralelos cada tribunal es competente para decidir sobre su propia competencia y ambos pueden decidir continuar con su procedimiento, ello no significa que dichas decisiones pueden ser tomadas de manera arbitraria.

En el ámbito doméstico (en el lugar de la sede de arbitraje) existen mecanismos para que un laudo sea conforme con el orden público y con las garantías procesales. Así, un laudo parcial o final que contenga una decisión sobre la competencia del tribunal arbitral puede ser revisado (i) por los tribunales estatales del lugar de la sede de arbitraje mediante una posible acción de anulación; o, (ii) por los tribunales del lugar donde se pretendiese ejecutar el laudo en el contexto de una eventual demanda de ejecución o de reconocimiento del laudo.

Entre los motivos de anulación o de oposición a la ejecución o al reconocimiento (formulados ante tribunales estatales) pueden incluirse irregularidades procesales, vulneraciones del derecho a la defensa o del orden público. El alcance y la interpretación de estos motivos es una cuestión de Derecho doméstico del lugar de la sede de arbitraje o, en su caso, del lugar donde se pretendiese ejecutar el laudo.

En este sentido, si la aceptación por uno de los tribunales arbitrales de su competencia estuviera comprendida dentro de los mencionados motivos de anulación o de oposición a la ejecución, el laudo podría ser anulado o, en su caso, no reconocido en el lugar de ejecución.

En el caso de que se estimase la acción de anulación, uno de los laudos dictados en uno de los procedimientos paralelos quedaría anulado y ya no sería ejecutable por lo que la controversia quedaría resuelta mediante el laudo del otro procedimiento paralelo (suponiendo que este no fuese también objeto de la acción de anulación).

Ante este riesgo, los árbitros deben prestar especial atención a las garantías procesales y tener en cuenta la existencia de procedimientos paralelos con el mismo objeto y entre las mismas partes.

A modo de ejemplo, el Tribunal Supremo de Suiza se ha pronunciado indicando que el objetivo de evitar decisiones contrarias en relación con el mismo objeto entre las mismas partes sería una cuestión de orden público (Christian OETIKER, «The Principle of Lis Pendens in International Arbitration: The Swiss Decision in Fomento v. Colon», *Arbitration International*, vol. 18, Issue 2, 1 June 2002, pp. 137-145, p. 138, con referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de Suiza (DSFSC) Fomento v. Colon 127 [2001] del 14 de mayo de 2001). Aunque la sentencia en cuestión fue hecha en el contexto de un procedimiento estatal y un procedimiento paralelo arbitral, el principio general de evitar decisiones contradictorias fue expuesto sin reserva alguna con respecto a su aplicación en procedimientos paralelos de otro tipo.

Por tanto, un tribunal arbitral debe examinar con especial atención el cumplimiento de los requisitos procesales y las garantías exigibles de conformidad con la Ley de la sede del arbitraje o de los lugares de una potencial ejecución (que integrarían el concepto de orden público). Así pues, aunque la litispendencia no resultara, en dichos lugares, estrictamente aplicable al arbitraje, es muy posible que la finalidad del principio de litispendencia pudiera formar parte de las garantías procesales y, por tanto, servir de base de una eventual decisión en sede de acción de anulación o de ejecución y reconocimiento del laudo.

La *International Law Association* («ILA») en su Resolución 1/2006 elaboró una lista de recomendaciones que deberían ser tenidas en cuenta por los tribunales arbitrales en el caso de que existiesen procedimientos paralelos con el mismo objeto. Así, si existe un procedimiento paralelo ante otro tribunal arbitral, la ILA recomienda declinar la competencia o suspender el procedimiento cuando se reúnen las siguientes condiciones:

- a) Que la suspensión o declinatoria de competencia no sea contraria a la Ley aplicable.
- b) Que se pueda apreciar que el tribunal arbitral en el arbitraje paralelo tiene competencia para conocer el asunto.
- c) Que no se cause ningún perjuicio material a la parte que se opusiera a la solicitud de suspensión o de archivo del procedimiento paralelo por (i) insuficiencia de acciones disponibles en el procedimiento paralelo que el tribunal pueda estimar; (ii) falta de garantías procesales en el procedimiento paralelo; (iii) riesgo de anulación o de denegación del reconocimiento de un laudo resultante del procedimiento paralelo; o, (iv) cualquier otra razón convincente que pudiera causar un perjuicio material.

4. *Litispendencia arbitraje-tribunales estatales*

En el escenario de que el procedimiento paralelo tenga lugar ante un tribunal estatal, la decisión de un tribunal arbitral sobre su propia competencia puede también estar sujeta al análisis por los tribunales del lugar de la sede de arbitraje mediante una posible acción de anulación o por tribunales del lugar donde se pretendiese ejecutar el laudo mediante una oposición al reconocimiento del laudo.

Por tanto, las mismas precauciones expuestas anteriormente en el contexto de dos procedimientos arbitrales paralelos serían también imprescindibles cuando un tribunal arbitral tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento con un mismo objeto ante un tribunal estatal. Es decir, un tribunal arbitral debe analizar los requisitos procesales y garantías procesales que resultarían de aplicación en la sede del arbitraje o en el lugar de ejecución del laudo (y que integrarían el concepto de orden público).

No obstante lo anterior, debe distinguirse entre dos posibles escenarios: (i) un procedimiento paralelo ante un tribunal estatal del *mismo* lugar en el que se encuentra la sede del arbitraje, o (ii) un procedimiento paralelo ante un tribunal estatal de un lugar *distinto* al de la sede de arbitraje.

En este segundo escenario, el análisis del tribunal arbitral podría proyectarse, además, a determinar si el procedimiento paralelo ante los tribunales estatales extranjeros y la sentencia resultante pudiera, eventualmente, ser reconocida en el lugar del arbitraje o si, por cualquier otra razón, se pudiese vulnerar el derecho de defensa de las partes. En esos casos, se podría valorar si las partes tendrían una solución efectiva a su controversia.

También sería relevante considerar el fundamento seguido por el tribunal estatal para aceptar su competencia. Así, cabría que este lo hubiese aceptado sobre la base del artículo II(3) de la Convención NY al consi-

derar que no existe un acuerdo arbitral válido, o en virtud de las leyes procesales del tribunal estatal (p. ej. debido a una sumisión tácita por no interponer una declinatoria en tiempo). En el primer caso, cabe destacar que el alcance del análisis de un convenio arbitral por un tribunal estatal en virtud el artículo II(3) de la Convención NY puede variar significativamente entre distintas jurisdicciones que puede ser o bien un análisis *prima facie* o un análisis más profundo del convenio arbitral y de la capacidad de las partes («Chapter 3: Jurisdictional Pleas and Actions with Parallel Proceedings before an Arbitral Tribunal and a National Court», in Nadja Erk-Kubat, *Parallel Proceedings in International Arbitration: A Comparative European Perspective*, International Arbitration Law Library, vol. 30, Kluwer Law International, 2014, pp. 102-103).

En todo caso, las recomendaciones de la ILA son (ILA Resolución 1/2006, paras 3-4):

- a) Para el caso de un procedimiento paralelo ante un tribunal estatal en el mismo lugar que el de la sede del arbitraje: el tribunal arbitral debe analizar el Derecho de su sede y valorar el riesgo de una posible anulación en el caso de un laudo contrario a una sentencia del procedimiento judicial con el mismo objeto.
- b) Para el caso de un procedimiento paralelo ante un tribunal estatal en distinto lugar que la sede del arbitraje: el tribunal arbitral debe determinar su competencia según el principio *kompetenz-kompetenz* y continuar con el procedimiento, a no ser que la parte que inició el procedimiento arbitral hubiese renunciado a sus derechos bajo el convenio arbitral o hubiese tenido lugar alguna otra circunstancia excepcional.

Autor: Wojtek Zaluska
(Abogado/ barrister en Herbert Smith Freehills
Profesor asociado de Derecho Procesal Comparado en IE University, Madrid)

LITISPENDENCIA INTERNACIONAL

1. Definición

La litispendencia internacional se da cuando un mismo asunto, con identidad de objeto, partes y causa, se encuentra pendiente ante tribunales de distintos Estado, siendo su finalidad esencial evitar pronunciamientos contradictorios. Dicho de otro modo, la litispendencia internacional se genera cuando con anterioridad a un litigio ante el tribunal del foro existe un proceso abierto en el extranjero con el mismo objeto y la misma causa entre las mismas partes. Es por tanto un concepto dual, una excepción formal que puede plantearse a la vista de la existencia concreta de un proceso pendiente, prohibiendo que vuelva a suscitarse la misma cuestión cuando esté siendo juzgada ante otro tribunal extranjero.

2. Elementos de la litispendencia internacional

Para que se pueda interponer la excepción de litispendencia internacional se deben reunir demandas entre las mismas partes, con igual objeto e idéntica causa ante tribunales de distintos Estados. En este sentido identidad de causa es identidad de origen jurídico, es decir, aquellos hechos y normas que fundamentan la interposición de la demanda.

Respecto a la identidad de objeto se refiere a que ambas demandas persigan el mismo fin (cumplir un contrato) o un objetivo contrapuesto (una quiere el cumplimiento de un contrato y otra solicita su nulidad).

La identidad de partes se refiere a que aun siendo las mismas personas, procesalmente estarán en una situación diferente. Es decir, en un pleito será demandante y en el otro demandado.

3. *Procedimiento de la excepción de litigación internacional ante el tribunal del foro*

El tribunal ante el que se plantea la excepción de litispendencia suspenderá de oficio el procedimiento hasta que el primer tribunal se pronuncie respecto a su competencia. A continuación el segundo tribunal se inhibirá en favor del primero si este se declara competente.

Esta solución se fundamenta en el principio *prior tempore, potior iure*, por el que el segundo tribunal debe aguardar a la reacción del primero. Si este se declara incompetente, el segundo puede declararse competente si lo establecen sus normas de competencia judicial internacional. Si el primero se considera competente, el segundo debe inhibirse en su favor.

El objetivo perseguido por este procedimiento es el de evitar dobles sentencias contrapuestas que irían en contra del principio de economía procesal. No obstante se le critica que incentiva la fácil litigiosidad, ya que las partes saben que conviene ser el primero en interponer una demanda.

La litispendencia internacional no suele apreciarse de oficio, ya que el juez del foro no puede estar informado de todos los procedimientos abiertos en otros Estado, no obstante, si el juez tuviera conocimiento de ello, podría abrir procesalmente la excepción de litispendencia. Por lo dicho anteriormente, es normal que la parte interesada interponga la excepción de litispendencia en el proceso. No obstante, el tribunal del foro admite la litispendencia con efectos suspensivos, ya que en el caso de que la sentencia no surgiera efectos en el foro, el tribunal podría recuperar el caso y entrar a conocer del asunto, previa solicitud presentada por la parte interesada.

4. Doctrina en torno a la excepción de litispendencia internacional

La excepción de litispendencia internacional no ha sido aceptada unánimemente por la doctrina procesal siendo solo aceptada cuando existe una norma que expresamente prevé la protección de las partes involucradas en ambos procedimientos, A continuación se exponen las diferentes posturas defendidas por los autores.

4.1. Doctrina que no acepta la litispendencia internacional

A falta de la existencia de un instrumento legal internacional, la pendencia de un proceso ante un tribunal extranjero no es suficiente para impedir que el mismo proceso se desarrolle en el tribunal del foro. Ello se basa en una serie de razones que han sido defendidos por diferentes autores.

En concreto los autores defienden que no se debe admitir la litispendencia porque la sentencia dictada por un tribunal extranjero puede no ser reconocida en el foro, en función de las condiciones que este establezca para el reconocimiento (ej. que sea contraria al orden público del foro). Otra razón hace referencia a la falta de seguridad sobre si el tribunal extranjero resulta o no competente. Esto podría llevar a una denegación de justicia, ya que, al suspenderse el procedimiento, en el foro no existirían garantías suficientes de que el proceso seguido en el extranjero pudiera dar lugar a una sentencia que produjera efectos en el foro.

4.2. Doctrina que acepta la litispendencia internacional

Las razones de los autores que apoyan la litispendencia se basan en que esta suspensión evitaría la repetición de procesos, el fraude procesal y la incompatibilidad de resoluciones judiciales dictadas por tribunales situadas en diferentes Estados. Sin embargo esta postura no tiene en cuenta que, sin garantías internacionales contenidas en un texto consensuado

por los Estados en los que se sitúan los tribunales, se podría dar una denegación de justicia para las partes litigantes en el foro.

Para evitar todos estos casos, los defensores de esta postura consideran que la litispendencia internacional solo puede admitirse si se realiza una valoración anticipada de los efectos de la futura sentencia extranjera teniendo en cuenta que existe realmente un litigio pendiente ante un tribunal extranjero, lo que tiene que ser acreditado por la parte que alega la litispendencia con base en las norma de Derecho procesal. Este proceso (ante el tribunal extranjero, debe coincidir con el proceso del foro en los sujetos, el objeto y la causa y debe terminar con una sentencia dictada por el tribunal extranjero, susceptible de exequatur en el foro.

4.3. *Doctrina que acepta la litispendencia internacional pactada en un instrumento internacional*

En este caso la litispendencia internacional es aceptada como un mecanismo procesal, siempre que se respeten una serie de condiciones que tienen como finalidad asegurar la tutela judicial efectiva de las partes. Con ello además de conseguir respetar el principio de economía procesal, se evitaría desarrollar procesos paralelos en distintos Estados, De este modo se conseguiría que solo resolviera un único tribunal evitando así sentencias contradictorias y eliminando fraudes dilatorios cuya única finalidad es la de paralizar el proceso para retrasar la emisión de la sentencia.

En conclusión, solo cuando existe un instrumento internacional, se puede admitir la excepción de litispendencia internacional ya que será esta norma la que garantice la tutela judicial efectiva de las partes.

5. *Respuestas para la litispendencia internacional a través de los instrumentos internacionales*

Tradicionalmente la litispendencia internacional ha sido incorporada en diferentes convenios bilaterales de materia procesal, dada la dificultad de su funcionamiento en procedimientos desarrollados en diferentes Estados. No obstante en la actualidad los instrumentos internacionales (artículos 29 a 34 del Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012) y las normas procesales estatales (artículo 37 a 41 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil), han dado un paso más allá extendiendo la litispendencia internacional a terceros Estados que no forman parte de instrumentos internacionales.

Estas nuevas regulaciones se caracterizan por incorporar los requisitos enumerados por la doctrina reforzada por la jurisprudencia de los tribunales de los Estados. Para ello consideran necesario que existan dos procedimientos «reales» en dos tribunales de dos Estados diferentes, con identidad de sujetos, objeto y causa aplicando el principio *prior tempore, potior iure*. A partir de esta premisa, la novedad consiste en establecer los requisitos que deben tener los procedimientos para poder disfrutar de esta figura procesal:

- Debe haber identidad de objeto, partes y causa.
- El procedimiento pendiente en el tercer Estado se debe haber iniciado con anterioridad.
- Se aplicará de oficio o a instancia de parte según lo previsto en el Derecho nacional.
- En estos casos el órgano jurisdiccional del Estado miembro podrá suspender el procedimiento si:

- El órgano jurisdiccional del tercer Estado dicta una resolución susceptible de ser reconocida y, en su caso, ejecutada en el Estado del foro.
 - El órgano jurisdiccional del Estado del foro considera necesaria la suspensión del procedimiento en aras de la buena administración de justicia.
- Sin embargo, el órgano jurisdiccional del Estado del foro podrá continuar con el procedimiento en cualquier momento si:
- El procedimiento ante el órgano jurisdiccional del tercer Estado fuese suspendido o sobreseído.
 - El órgano jurisdiccional del Estado del foro estima poco probable que el procedimiento ante el órgano jurisdiccional del tercer Estado pueda concluirse en un tiempo razonable.
 - La continuación del procedimiento se considera necesaria para la buena administración de justicia.

El órgano jurisdiccional del Estado del foro pondrá fin al proceso si el procedimiento ante el órgano jurisdiccional del tercer Estado ha concluido con una resolución susceptible de reconocimiento y, en su caso, de ejecución en el Estado del foro.

*Autora: Carmen Parra Rodríguez
(Profesora titular de Derecho Internacional Privado,
Universidad Abat Oliba CEU)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: AZCÁRRAGA MONZONÍS, C. «la litispendencia internacional», en *Comentarios a la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, Fernando Pedro MÉNDEZ GONZÁLEZ (dir.). Guillermo PALAO MORENO (dir.), 2017 pp. 444-455; CALVO CARAVACA

A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho internacional privado*, 16.^a ed., vol. I, Granada, 2016, p. 306 y ss.; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. *Derecho*, 4.^a ed., Cizur Menor, 2017, p. 203 y ss.; CANO BAZAGA, E. *La litispendencia comunitaria*, Madrid, 1997; CHOZAS ALONSO, J. M. «Litispendencia internacional y conexidad», en *Derecho procesal civil europeo*, vol. I (dir. A. DE LA OLIVA SANTOS, coord. F. GASCÓN INCHAUSTI), Cizur Menor, 2011, p. 269 y ss.; GARDEÑES SANTIAGO, M. «Procedimientos paralelos en España y en el extranjero: El título IV de la Ley 29/2015 (artículos 37 a 40)», *REDI*, vol. 68, n.º 1, 2016, pp. 109-199; GASCÓN INCHAUSTI, F. «Litispendencia internacional y actuaciones previas al proceso: consideraciones a propósito de la STJUE de 4 de mayo de 2017 (*Hanseychts*) y de la STJUE de 20 de diciembre de 2017 (*Schlömp*)», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2018), vol. 10, n.º 1, pp. 581-591; GAUDEMET TALLON, H. «Compétence et exécution de jugement en Europe. Règlement n.º 44/2001, Convention de Bruxelles et de Lugano», *LGDJ*, 3.^a ed. París, 2002; MALAGA DIEGUEZ, F. *La litispendencia*, Barcelona, Bosch, 1999, pp. 229-407; NIBOYET-HOEGY, M. L. «Les conflits de procédures», *Travaux com.f. fr. Int. Pr.* 1995-1998, pp. 71-86; QUINZÁ REDONDO, P. «Procedimiento», en *Comentarios a la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil*, Fernando Pedro MÉNDEZ GONZÁLEZ (dir.), Guillermo PALAO MORENO (dir.), 2017, pp. 433-439; ROMERO IGLESIAS, M. «Comentarios a los artículos 29 al 32», en *Comentario al Reglamento (UE) n.º 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (coords. P. BLANCO-MORALES LIMONES, F. GARAU SOBRINO, M. L. LORENZO GUILLÉN y F. MONTERO MURIEL), Cizur Menor, 2016, p. 625 y ss.; SUDEROW, J. «Nuevas normas de litispendencia y conexidad para Europa: ¿el ocaso del torpedo italiano? ¿Flexibilidad versus previsibilidad?», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 5, n.º 1, 2013, pp. 184-1.

M

MARCA

Una marca es un derecho de propiedad industrial, un bien intangible. Es un signo distintivo que permite que una empresa pueda distinguir su producto o servicio en el mercado respecto de los productos o servicios de otras empresas. Para que se pueda poseer una marca, es necesario cumplir con los requisitos que la legislación de un determinado Estado determina. De este modo, el uso de una marca es un derecho que los ordenamientos jurídicos otorgan a los titulares de las mismas. Junto con el derecho de uso de una marca, vamos a estudiar en esta voz otro tipo de prerrogativas que la Ley de Marcas española concede a los titulares.

Vamos a utilizar la Ley 17/2001, de 7 de diciembre de Marcas (*BOE* n.º 294, de 8.12.2001) (en adelante, Ley española de marcas) como referencia para el desarrollo de esta voz. Esto es así porque una marca es lo que quiere un ordenamiento jurídico que sea. En la Unión Europea, el Derecho material sobre marcas se encuentra armonizado en atención a la *Directiva (UE) 2015/2436 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas* (*DOUE* L 336/1, de 23 de diciembre de 2015). Por lo tanto, aunque la referencia es la Ley de Marcas española, no hay grandes diferencias con otras Leyes sobre marcas europeas. La primera armonización se llevó a cabo por el legislador europeo a través de la *Directiva 89/104/CEE del Consejo de 21 de diciembre de 1988 relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas* (*DO* L 40, de 11/02/1989).

La Ley de Marcas española ha sido modificada por el Real Decreto-Ley 23/2018 de 21 de diciembre (*BOE* n.º 312, de 27/12/2018). El objetivo

de esta modificación es la implementación de la *Directiva (UE) 2015/2436 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2015, relativa a la aproximación de legislaciones de los Estados miembros en materia de marcas* (DO L 336/1, de 23/12/2015).

El artículo 4 de la Ley española de marcas define el concepto de marca. En atención a este precepto, una marca es todo signo, ya sean palabras, dibujos, letras, cifras o colores, incluidos los nombres de personas, la forma del producto o de su embalaje, también los sonidos pero siempre y cuando dichos signos puedan: 1) distinguir los productos o servicios de una empresa en el mercado de los de otras; 2) la posibilidad de que sean representados en el Registro de Marcas para que permita a las autoridades competentes y al público en general determinar con precisión el objeto de la protección.

Esta definición sobre marca ha cambiado con respecto a la que se recogía en la Ley de Marcas antes del 14 de enero de 2019. Antes del Real Decreto-Ley 23/2018 (el cual implementa la Directiva europea 2015/2436), la Ley de marcas exigía el requisito forma de representación gráfica (ILARDIA LORENTEZ/VELASCO VEGA, p. 36). Sin embargo, tras la transposición de la última Directiva europea sobre marcas tal requisito de representación gráfica se ha sustituido por una representación clara y precisa. Esto permite que se puedan considerar marcas incluso archivos multimedia. El propio artículo 4 de la Ley 17/2001 sobre marcas señala que una marca pueden ser palabras, nombres de personas, letras, cifras, colores, la forma del producto, su embalaje o sonidos.

De este modo, se ha ampliado el tipo de marcas existentes. Esto permite diferenciar entre:

- *Marcas denominativas*. Se trata de marcas que se componen exclusivamente por palabras.

- *Marcas gráficas.* Se trata de marcas que se conforman por dibujos o gráficas.
- *Marcas mixtas.* Se trata de marcas que combinan palabras y dibujos.
- *Marcas tridimensionales.* Se trata de marcas en tres dimensiones que lo que persiguen normalmente es la protección de la forma de un producto, envase o embalaje. Un ejemplo podría ser el envase de algún perfume que tiene forma de busto de mujer.
- *Marcas de color.* Se trata de marcas que consisten en un color o en una combinación de colores sin contornos (ILARDIA LORENTEZ/VELASCO VEGA, p. 40). Un ejemplo podría ser el color morado de la tableta de chocolate de la marca Milka.
- *Marcas sonoras.* Se trata de marcas donde lo que se protege es un sonido o melodía. Un ejemplo podría ser el rugido de león de Metro-Goldwyn-Mayer Lion Corporation. Este rugido está registrado como marca de la Unión Europea.
- *Marcas multimedia.* Se trata de marcas que combinan imagen y sonido. Estas deben representarse mediante un archivo audiovisual que contenga la combinación de la imagen y del sonido (artículo 3.3. letra i del *Reglamento de ejecución UE 2018/626 de la Comisión de 5 de marzo de 2018 por el que se establecen normas de desarrollo de determinadas disposiciones del Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la marca de la Unión Europea, y se deroga el Reglamento de Ejecución (UE) 2017/1431*).
- *Marcas de movimiento.* Se trata de marcas que se conforman de un movimiento o un cambio en la posición en los elementos que componen la marca.

- *Marcas basadas en un holograma.* Se trata de marcas que se componen de elementos que tienen características holográficas.
- *Marcas de posición.* Se trata de marcas donde lo que se persigue es la protección de la colocación del signo en el producto.
- *Marcas patrón.* Se trata de marcas que consisten en un conjunto de elementos que se repiten de forma sistemática. Este tipo de marcas es útil para proteger estampados en prendas de ropa.

Toda esta gran variedad en el tipo de marcas persigue una función primordial: *la diferenciación de un producto o servicio en el mercado.* Las empresas crean sus marcas y la asociación a los productos y/o servicios que comercializan con el fin de que se puedan diferenciar sus productos de los de la competencia. Así, se puede señalar que la función esencial de la marca es su *función distintiva.* En definitiva, que la marca permita a la empresa que usa ese signo que los consumidores identifiquen su producto y/o servicio y los diferencien de los que ofertan otras empresas en el mercado. Junto con la función distintiva, la marca también cumple otras funciones, estas son: a) la función publicitaria; b) la función reputacional; c) la función informativa.

Con relación a la *función publicitaria* permite al titular realizar promoción sobre sus productos y/o servicios designados con esa marca con el objetivo de aumentar su clientela.

Por otro lado, se encontraría la *función informativa*, esta permite que el consumidor conozca las características, modo de utilización o calidad del producto que se designa con esa marca (ILARDIA LORENTEZ/VELASCO VEGA, p. 36).

Por último, en cuanto a las funciones de la marca, se encontraría una de las funciones más importantes junto con la función distintiva, esta es, la *función reputacional.* La marca es un elemento muy importante que permite

condensar el prestigio, imagen o buen hacer de una empresa. Por esa razón, la función reputacional de una marca se puede proteger por su titular. Esta función es especialmente importante en las marcas de lujo. El consumo de productos de lujo es diferente al consumo de productos de fabricación masiva. Los clientes que compran productos de lujo están dispuestos a pagar más por un determinado producto debido a que el mismo está designado con una determinada marca. De este modo, la reputación e imagen de las marcas de lujo es esencial porque si no se protege y cuida por el titular se puede diluir esa buena imagen y perder su estatus.

Muy relacionado con las funciones que cumple la marca se encuentran los derechos que concede una marca a su titular. De este modo, sería posible diferenciar entre un derecho positivo y un derecho negativo. El derecho positivo otorga al titular del signo la facultad de usar el signo en exclusiva. Por su parte, el derecho negativo impide que terceros sin el consentimiento del titular puedan usar el signo o registrar otros signos idénticos o similares para evitar un riesgo de confusión (artículo 6 Ley española de marcas). No hay que olvidar que las marcas están sometidas a un período de validez. Este período puede variar de unos países a otros, en atención a la Ley española de marcas ese período se extiende hasta los diez años con la posibilidad de que se pueda renovar indefinidamente (artículo 31 Ley española de marcas).

Un principio clave en el Derecho marcario es el *principio de especialidad*. Es decir, el titular de la marca ostenta sus derechos sobre una determinada clase de productos y/o servicios. Esos productos o servicios se clasifican de forma ordenada y concreta mediante la *Clasificación de Niza*. Esta Clasificación abarca 45 tipos diferentes de marcas. Así, el Derecho de marca no es en general y con base en el mismo su titular no puede prohibir que un tercero use un signo idéntico para productos que no tienen nada que ver. En el Derecho de marca existe el principio de especialidad, así el titular solo puede ejercer sus derechos con relación a los productos o servicios para los que ha registrado el signo. De este

modo, cuando uno se plantea registrar una marca debe tener muy claro la clase a elegir, para qué productos o servicios se va a utilizar el signo distintivo. Es decir, si el sector de actividad de una empresa es el cosmético, se deberá registrar la marca para la clase 3, la cual en la Clasificación de Niza abarca productos como perfumes, cosméticos, aceites esenciales y extractos aromáticos, productos para la higiene corporal y del cabello, entre otros. Por ese motivo, no tendría sentido si el sector de actividad es el cosmético registrar la marca también para la clase 9 (aparatos científicos) o para la 19 (materiales de construcción no metálicos). No es aconsejable llevar a cabo un registro de una marca para todo tipo de producto o servicio, ya que aparte del coste económico, si la marca no se usa de forma efectiva en el mercado para distinguir esos productos o servicios se podría perder por falta de uso.

Así, *ad ex.*, el mismo signo puede ser registrado por dos compañías diferentes para designar a productos distintos y convivir pacíficamente. Este es el caso de la marca Magnum. La compañía británica Unilever la tiene registrada para helados (clase 30) y la compañía española Hi-tec Spain para calzado (clase 25).

El principio de especialidad tiene una excepción y es en el caso de las *marcas renombradas*. En otras palabras, esas marcas que son conocidas por el público en general, no solo por un sector concreto o particular en el mercado. A este tipo de marcas el principio de especialidad no se le aplica. Así, el titular de una marca renombrada podría prohibir que un tercero use un signo idéntico a su marca no solo para la clase de productos o servicios para los que tiene registrado el signo sino también para otros que sean diferentes. El fin es evitar que el tercero se pueda beneficiar de la conocida notoriedad o fama de una marca para su propio beneficio.

Otro principio importante es el *principio de territorialidad*. Como ya sostuvimos anteriormente, las marcas son signos concedidos en exclusiva, una de sus características básicas es que son una prerrogativa estatal. Es

decir, al cumplir los requisitos que exige la legislación de un determinado ordenamiento jurídico, el titular registra su marca y puede disfrutar y usar el signo en su territorio. Esta idea podría encajar con lo que puede entenderse por marca nacional. Sin embargo, no solo existen marcas nacionales, en atención a su ámbito de protección podríamos diferenciar entre marcas nacionales, marca europea (antes se denominaba comunitaria) y marca internacional. Vamos a desarrollar cada una de ellas:

- *Marca nacional.* Este signo distintivo se protege en un único país. En España se protegería una marca si se registra en la Oficina Española de Patentes y Marcas.
- *Marca de la Unión Europea.* Este signo distintivo permite que el titular pueda ostentar un derecho de marca en todos los Estados miembros mediante un único registro. La protección del signo distintivo se extiende a todos los Estados sin necesidad de que se use por igual en todos ellos. Así, se considera que su uso obligatorio se cumple y es suficiente aunque solo se use (de forma real y efectiva) en un país europeo (ILARDIA LORENTEZ/VELASCO VEGA, p. 44).
- *Marca internacional.* Una marca se considera internacional cuando se circunscribe al sistema internacional de marcas. Este sistema también conocido como *sistema de Madrid* debido al Arreglo de Madrid adoptado en 1891 y su Protocolo adoptado en el año 1989 incluye en la actualidad a más de 122 países. Este sistema evita tener que ir solicitando el registro de marcas en todos los países del mundo donde se desarrolla una actividad comercial y se quiere utilizar el signo. De este modo, en atención a este sistema es posible mediante un único registro extender la protección del signo a varios países a la vez, siempre que se encuentren dentro del sistema internacional de marcas. Los trámites administrativos y el coste de este sistema es menor que si se tuviera

que acudir de forma individual a la oficina concreta en cada país extranjero a registrar la marca.

- *Marca nacional en un Estado extranjero.* En el supuesto de que deseemos ostentar una marca de un país que no es parte de la UE ni tampoco del Sistema Internacional de marcas será necesario acudir a la oficina nacional de ese Estado y solicitar una marca nacional.

Un aspecto a tener en cuenta es que todo no se puede registrar como una marca. Habrá que acudir a la regulación concreta para saber los límites de ese ordenamiento jurídico. De este modo, prácticamente en todas las legislaciones marcarias del mundo es posible diferenciar entre las prohibiciones absolutas (artículo 5 Ley española de marcas) y las prohibiciones relativas (artículo 6 Ley española de marcas).

En atención al artículo 5 de la Ley española de marcas no es posible registrar como marca los siguientes signos:

1. Los que no puedan ser considerados marcas en atención al artículo 4 de la Ley española de marcas.
2. Los que no tienen carácter distintivo. Para apreciar ese carácter distintivo es necesario tener en cuenta qué percepción crea el signo al público al que va dirigido (STJUE de 12 de febrero de 2004, C-363/99, *Koninklijke KPN Nederland NV*, ECLI:EU:C:2004:86, apartado 27). La Oficina Europea de Propiedad intelectual ha considerado que una marca no tiene capacidad distintiva bien cuando son muy simples o excesivamente complejas. Como ejemplo de marcas denegadas por carecer de carácter distintivo se podrían citar algunas que denegó la Oficina Española de Patentes y Marcas: i) la marca «embellece tus peinados» para productos la clase 28, es decir juegos y juguetes, aparatos de videojuegos, artículos de gimnasia y deporte; ii) la marca

«la vida por delante» para servicios de la clase 35 y 42, las cuales se corresponden con publicidad, gestión de negocios y servicios científicos y tecnológicos, entre otros.

3. Los que se conforman de signos o indicaciones que puedan servir para indicar la calidad, el destino, el valor, la procedencia geográfica, el valor o el momento del año en el que se obtiene el producto.
4. Los que se componen de signos o indicaciones que se hayan convertido habituales en el lenguaje común o en las costumbres del mercado.
5. Los que se constituyen exclusivamente de la forma u otra característica impuesta por la naturaleza misma del producto o por la forma u otra característica del producto necesaria para conseguir un resultado técnico o que dé un valor sustancial al producto. Ejemplos de esta prohibición: i) marca tridimensional que se correspondía con un dibujo de la forma que normalmente tiene un desatascador. Esa marca se pretendía registrar para productos desatascadores; ii) marca tridimensional que se correspondía con la forma de un sacacorchos para designar a este tipo de productos.
6. Los que sean contrarios a la Ley, el orden público o las buenas costumbres. Así, en España se han denegado marcas por ser contraria al orden público como «23 F». Por ser contrarias a las buenas costumbres «Hijoputa» para bebidas alcohólicas. Sin embargo, se ha permitido el registro de otras como «Cara culo» para juegos. No hay que olvidar que el concepto de orden público no coincide entre todos los países, tampoco el de buenas costumbres. Así, *ad ex.*, en Perú se denegó la marca «Don Jijuna» por el significado que en dicho país tiene el término (ROBLES CLARKEMODET). Sin embargo, en otros países como España no plan-

tearía problema alguno. La clave es el análisis de todos los elementos del caso con el fin de detectar como se puede percibir ese signo por el público en general teniendo en cuenta dos elementos: 1) la visión de una persona razonable con una tolerancia y aceptación media; 2) el contexto en el que dicha persona se puede ver expuesto a ese signo distintivo (MORENO).

7. Los que puedan inducir al público a error, por ejemplo con relación a la naturaleza, calidad o el origen geográfico del producto o del servicio. Ejemplos de esta prohibición podrían ser: i) «PESCA FRESCA» para pescado; ii) «MUCHO MUEBLE», para muebles; iii) «GRANDE» para frutas. Todas estas marcas se intentaron registrar ante la OEMP y se denegaron.
8. Los que están excluidos del registro en virtud de la legislación de la Unión o de Tratados internacionales en los que esta se parte.
9. Los que consistan en, o reproduzcan en sus elementos esenciales, la denominación de una obtención vegetal anterior, registrada en atención a la legislación nacional o europea.
10. Los que reproduzcan o imiten el escudo, la bandera, las condecoraciones y otros emblemas de España y no haya sido autorizado previamente.

En atención al artículo 6 de la Ley de marcas española no podrían registrarse como signos:

- a) Los que sean idénticos a una marca anterior que designe productos o servicios idénticos.
- b) Los signos que por ser idénticos o semejantes a una marca anterior y por ser idénticos o similares los productos o servicios que designan exista un riesgo de confusión en el público. El riesgo de confusión incluiría el riesgo de asociación con la marca anterior.

Un ejemplo podría ser la denegación del registro de la marca «ESTÉVEZ ABELEDO» por la OEPM y confirmado por los tribunales (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de diciembre de 2019, Sala de lo Contencioso-administrativo, sección 2.ª, n.º 734/2019, ECLI:ES:TSJM:2019:13870) para distinguir productos de la clase 33 (bebidas alcohólicas, excepto cervezas) debido al riesgo de confusión que genera con un signo anterior cuya denominación «ESTEVEZ» para distinguir el mismo tipo de productos en el mercado.

Isabel Antón Juárez
(Profesora titular acr. de Derecho Internacional Privado,
Universidad Carlos III de Madrid)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BAYLOS CORROZA, Hermenegildo. *Tratado de Derecho industrial*, Thomson Reuters Aranzadi, 2009, pp. 1232-1240; GÓMEZ MONTERO, Jesús. «El concepto de marca», en TATO PLAZA, Anxo (dir.). *Nuevas tendencias en el Derecho de la competencia y de la propiedad industrial II*, Comares, 2019, pp. 261-279; ILARDIA LORENTEZ, Fernando y VELASCO VEGA, Cristina. «Marcas», en ORTEGA BURGOS, Enrique. *Fashion Law (Derecho de la moda)*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 35-77; MORENO, V. «¿Es “Jódete Goethe” una marca inmoral para vender cosméticos?», *Diario Expansión*, 5 de marzo de 2020, disponible en

<https://www.expansion.com/juridico/sentencias/2020/03/05/5e612db2468aeb211a8b45a6.html> (consultado el 4 de septiembre de 2020);

ROBLES CLARKEMODET, Encarna. «Marcas contrarias a la ley, al orden público o a las buenas costumbres», *Diario Expansión*, 21 mayo 2020, disponible en

<https://www.expansion.com/juridico/opinion/2020/05/21/5ec6a8f5468aeb3f558b46a9.html> (consultado el 4 de septiembre de 2020).

VOCABLOS CONEXOS: Marca comunitaria.

MARCA COMUNITARIA (MARCA DE LA UNIÓN EUROPEA)

La marca de la Unión Europea (en adelante, marca de la UE) es un signo que permite que las empresas puedan distinguir sus productos o servicios en el Espacio Económico Europeo mediante un elemento propio y singular con efectos unitarios en todos los Estados europeos. La marca de la UE presenta ventajas para aquellas empresas que comercializan sus productos o venden sus servicios en diferentes Estados europeos. Así, con un solo registro y a un coste bastante razonable se puede ostentar un derecho exclusivo de marca en todos los Estados europeos mediante un único procedimiento. La marca de la UE se regula actualmente en atención al Reglamento (UE) 2017/1001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de junio de 2017 (*DOUE* L 154/1, de 16 de junio de 2017) (en adelante, RMUE).

Este Reglamento es especialmente importante ya que no solo establece el régimen jurídico de la marca de la UE sino que también regula la existencia de órganos judiciales especializados encargados de conocer de los asuntos que afecten a la violación y validez de las marcas de la Unión (considerando 31 RMUE). Esos órganos judiciales especializados en España son los *juzgados mercantiles de Alicante*, los cuales se denominan *Juzgado de Marca de la Unión Europea*. Estos tribunales forman parte del sistema jurisdiccional nacional y fueron creados por la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Consursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (*BOE* n.º 164, de 10 de julio de 2003). Estos juzgados de Marca de la Unión europea podrán conocer de los asuntos en primera y segunda instancia. De la primera instancia, los encargados serían los juzgados mercantiles de Alicante y de la segunda, las secciones correspondientes de la Audiencia Provincial del Alicante. Además, estos tribunales no solo resolverán asuntos relacionados estrictamente con marcas de la Unión, también con otro Derecho de creación europea como es el dibujo y el modelo comunitario. Derecho comunitario regulado por el Reglamento (CE) 6/2002

de 12 de diciembre de 2001 sobre los dibujos y modelos comunitarios (DOUE L 3/1, de 5 de enero de 2002).

La marca de la UE se concede por diez años con posibilidad de renovación (artículo 52 RMUE) si existe un registro previo ante la Oficina Europea de Propiedad Intelectual (conocida por sus siglas en inglés como EUIPO) (considerando 9 RMUE). Para que una marca pueda ser registrada como marca de la UE, es necesario que se trate de un signo con carácter distintivo, siendo indiferente que se pueda registrar gráficamente. De este modo, al igual que estudiamos en la *voz marca*, una marca de la Unión podrían ser palabras (marca denominativa), también dibujos (marca gráfica), pueden combinar palabras y dibujos (marcas mixtas) y que del mismo modo sean los protagonistas los colores (marcas de color), las formas (marca de forma), la posición (marcas de posición), los elementos que la componen (marcas patrón), los sonidos (marcas sonoras) y la tecnología (marcas hologramas y marcas multimedia). Junto con esta clasificación también sería interesante diferenciar entre: 1) la marca individual; 2) la marca colectiva; 3) la marca de certificación.

La *marca individual* distingue los productos o servicios de una empresa frente a los de otras en el mercado. La marca individual consiste en denominar un producto o servicio concreto como vía para diferenciarlo de otros productos similares que esa misma compañía comercializa en el mercado o sus competidores. Sin embargo, que se trate de una marca individual no significa que pertenezca solo a una persona física o jurídica. La marca individual puede pertenecer a varias personas al mismo tiempo. En ese caso, cuando se realiza la solicitud deberán aparecer sus distintos solicitantes, que si finalmente se acaba concediendo serán los copropietarios del signo.

La *marca colectiva* distingue los productos o servicios de los miembros de una asociación (artículo 74.1 RMUE). Es una vía para que el consumidor pueda identificar el origen de los productos y reforzar así su confianza. De este modo, pueden solicitar marcas colectivas asociaciones de fabri-

cantes, de productores, de prestadores de servicios o de comerciantes. Un ejemplo podría ser la marca de la Unión que tienen registrada los productores de Azafrán de Castilla y La Mancha.

La *marca de certificación* permite certificar que determinados productos o servicios tienen unas determinadas características. Entre estas una podría ser la calidad pero también los materiales con los que se ha fabricado ese producto, su modo de fabricación o de prestar el servicio u otras características. Pero en ningún caso la marca de certificación puede servir para indicar la procedencia geográfica de un producto o servicio (artículo 84.1 RMUE). Las marcas de certificación se pueden solicitar desde el 1 de octubre de 2017. Un aspecto importante a tener presente es que el titular de una marca de certificación puede ser una persona física o jurídica, pero no puede desarrollar una actividad empresarial que implique la comercialización de productos o prestación de servicios que certifica. Es decir, se exige obligación de neutralidad.

La marca de la Unión se caracteriza por lo siguientes principios:

- a) *Principio de efectos unitarios*. El artículo 1.2 RMUE precisa que las marcas de la UE tienen carácter unitario, es decir, producen los mismos efectos en toda la Unión. Es decir, igual que su registro único provoca que se conceda un derecho de marca en todos los Estados miembros, su cancelación, su renuncia o nulidad también tendrá efectos de forma unitaria salvo que el RMUE establezca otra disposición al respecto (considerando 4 RMUE).
- b) *Principio de no sustitución y de complementariedad con el Derecho nacional*. El considerando 7 RMUE señala que el Derecho de marcas de la Unión no sustituye al Derecho nacional de los Estados miembros. De este considerado número 7 pero también de otros como el 29, el 39 y los artículos 17, 39 y 40 RMUE se puede llegar a varias conclusiones:

- i. La persona interesada puede seguir solicitando marcas nacionales. El sistema de la marca de la Unión no elimina el sistema nacional.
 - ii. La relación entre los sistemas marcarios nacionales y el sistema europeo es de complementariedad. Así, *ad ex.*, el titular de una marca nacional anterior registrada puede hacer valer la antigüedad de una marca nacional en el momento de la solicitud de una marca de la UE (artículo 39 RMUE) del mismo modo que el titular de una marca de la UE puede reivindicar la antigüedad de una marca nacional después de registrada la marca de la Unión.
- c) *Principio de autonomía relativa.* El sistema de marcas europea se rige por las normas europeas como el RMUE pero también de forma subsidiaria por las normas nacionales de los Estados miembros. Un ejemplo de ello es el artículo 123 RMUE.

Los *derechos* que confiere a su titular son similares a la marca nacional, el titular de una marca europea ostenta un derecho exclusivo (artículo 9.1 RMUE) por lo que puede prohibir: 1) el uso de un signo que sea idéntico y que se utilice para productos o servicios que puedan ser idénticos o similares para los que la marca de la unión está registrada (artículo 9.2 letra a) RMUE; 2) el uso de un signo que sea idéntico o similar a la marca de la Unión, que sea utilizado con relación a productos o servicios idénticos o similares para los que la marca esté registrada y que genere un riesgo de confusión para el público (artículo 9.2. letra b) RMUE; 3) el uso de un signo idéntico o similar independientemente de si se utiliza para designar a los mismos productos y servicios cuando la marca europea ostente renombre en la Unión y sin con ese uso por un tercero se persigue obtener una desventaja desleal o afecta negativamente a su carácter distintivo o a su reputación (artículo 9.2. letra c RMUE).

Hay que tener en cuenta que una marca europea no podrá perjudicar a marcas nacionales concedidas con anterioridad. De este modo, el titular de una marca nacional podrá oponerse a la concesión de una marca europea mediante dos acciones: 1) acción de oposición al registro; 2) acción de revocación. En el caso de que el titular consienta su uso teniendo conocimiento de ello durante 5 años no podrá ejercitar acciones contra la marca europea salvo que esa solicitud se haya realizado de mala fe.

Al titular de una marca europea se le podría revocar su derecho en las siguientes situaciones:

1. No hace uso efectivo de la misma durante 5 años (artículo 18.1 RMUE).
2. Se convierte en un signo engañoso.
3. Cuando el registro se haya concedido inválidamente por causas como la mala fe del solicitante o la existencia de una marca anterior.

Con relación al procedimiento de registro destacar que una marca europea podría solicitarse bien ante una oficina nacional de marcas de cualquier Estado miembro o ante la EUIPO (con sede en Alicante). El idioma de la solicitud podría ser cualquiera de los idiomas oficiales de los Estados miembros. Sin embargo, la EUIPO tiene como idiomas oficiales: el inglés, el francés, el español, el italiano y el alemán. Por lo tanto, si se elige como idioma de la solicitud el portugués, hay que tener en cuenta que la solicitud se podría llevar a cabo en ese idioma pero hay que designar un segundo idioma que se debe corresponder con los oficiales de la EUIPO. La solicitud de marca cubre 3 clases de las Clasificación de Niza, a partir de la 3.^a se debería pagar un complemento adicional, aún así el solicitante que lo desee podría solicitar el registro de su marca para las 45 clases del Nomenclátor internacional.

El examen que lleva a cabo la EUIPO para revisar una solicitud podrían ser los siguientes:

1. Se examina si la marca carece de suficiente carácter distintivo.
2. Si el primer aspecto se cumple, se lleva a cabo una investigación para saber si existen marcas europeas anteriores a la solicitud que se está examinando.
3. La EUIPO remite la solicitud a las Oficinas nacionales para que revisen si esa solicitud coincide con otra inscrita anteriormente en sus oficinas.
4. Terminadas las investigaciones de la EUIPO y de los Oficinas nacionales de marca se envían al solicitante. No obstante, la EUIPO no podrá rechazar una solicitud con base en marcas anteriores descubiertas. Las razones por las que se podrá denegar una marca se establecen en el artículo 7 RMUE, *ad ex.* por ser contraria al orden público o a las buenas costumbres, por falta de distintividad o porque no se cumplen los requisitos que señala el artículo 4 RMUE.
5. En el caso de que la solicitud se rechace, el solicitante puede defender la viabilidad legal de su digno y aportar prueba al respecto. En principio, este procedimiento es por escrito, las visas orales tienen un carácter muy excepcional.
6. Si la marca se acaba concediendo, la solicitud se publicará en el Boletín de Marcas de la UE. Esta publicidad permite que terceros puedan conocer de la solicitud y oponerse al registro de la marca durante los 3 meses posteriores a la publicación de la solicitud. También la EUIPO informa a los titulares de marcas europeas anteriores que hayan aparecido como resultado de la investigación.

7. El solicitante tiene la posibilidad de retirar la solicitud en cualquier momento o incluso limitar la lista de los productos o servicios que aquella contenga (artículo 49.1 RMUE).
8. La EUIPO podrá aceptar la solicitud total o parcialmente, si se rechaza la misma, el solicitante tendría dos meses para recurrir la resolución (artículo 68 RMUE).

Las ventajas de la marca de la UE son innegables, el procedimiento de solicitud es sencillo, con una única solicitud se inicia un procedimiento que desplegará efectos uniformes en todos los Estados europeos y el coste es bastante razonable si se compara con las ventajas que presenta. En definitiva, el titular de una marca de la UE va a poder ostentar un derecho exclusivo de marca en 27 Estados miembros y la posibilidad de defender su signo en todos los Estados miembros mediante una única acción.

Isabel Antón Juárez
(Profesora titular *acr.* de Derecho Internacional Privado,
Universidad Carlos III de Madrid)

VOCABLOS CONEXOS: Marca.

MATRIMONIO

El matrimonio sigue siendo mayoritariamente, un elemento de gran relevancia en el Derecho de familia. ENTRENA KLETT llegaba a afirmar que del matrimonio surgía la familia y que constituía una sociedad natural de raíz biológica, que interesaba sobre todo y ante todo a la pareja, pero que interesaba de igual forma a la colectividad social, religiosa y política. El concepto mismo de matrimonio, y las relaciones que se establecían entre los contrayentes, ha venido reflejando, tal y como ha ocurrido en el propio Derecho de familia la evolución sociológica de una

sociedad moderna, democrática, en un mundo en que las tradicionales fronteras se han ido atenuando o —en ciertos casos— desapareciendo.

Suelen destacarse, como caracteres del matrimonio:

- El constituir una declaración de voluntad, libre y de igual contenido entre los contrayentes para su constitución.
- Ser un negocio jurídico, no sujeto a condición, término o modo.
- Constituir una relación estable y duradera de una persona con otra. A diferencia de otros ordenamientos jurídicos, en el matrimonio debe ser monógamo. El Código Penal español en su artículo 217 castiga al que contrajere segundo o ulterior matrimonio, a sabiendas de que subsiste legalmente el anterior.

1. *Evolución*

Se destacaba tradicionalmente, como derivado de la terminología canónica, una distinción en cuanto al matrimonio acto (el acto de contraer matrimonio), y el matrimonio estado (con el conjunto de relaciones jurídicas, derechos y deberes de contenido jurídico entre los cónyuges, y frente a los demás).

Del concepto clásico de matrimonio que destacaba el carácter de unión «legal», de «un hombre y una mujer», para una plena y perpetua comunidad de existencia, tal y como exponía Castán, y que reflejaba una situación, a menudo desigual de los cónyuges, se ha evidenciado una gran evolución, particularmente a partir de los principios de la Constitución española de 1978.

Los grandes hitos, en el ámbito de la legislación civil, que se pueden destacar, a través de reformas legislativas, se han centrado por una parte en el carácter indisoluble del matrimonio, así la Ley 30/1981 de 7 de

julio, que reintrodujo en España, la separación y el divorcio, y de otra en la erradicación de cualquier forma de posible discriminación, tanto al contraer matrimonio, como durante el matrimonio, en una nueva visión más amplia del Derecho de familia en torno al principio de respeto del derecho a la igualdad y a la libertad personal, con la Ley 13/2005, que reguló la relación de convivencia entre personas del mismo sexo, con iguales requisitos, y derechos, a los establecidos para contrayentes de distinto sexo, estableciendo el artículo 44 del Código Civil español que: «El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código. El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo».

En la actualidad el matrimonio homosexual es legal en Holanda, Bélgica, Canadá, España, Sudáfrica, Noruega, Suecia, Portugal, Islandia, Argentina, Dinamarca, Nueva Zelanda, Uruguay, Francia, Luxemburgo y Brasil, e Irlanda.

Es de destacar igualmente que el Tribunal Supremo de EE. UU. falló el 26 de junio de 2015 a favor de la legalización del matrimonio entre personas del mismo sexo en todo el país, una decisión histórica que anuló la potestad de los estados para prohibir las uniones entre personas del mismo sexo.

La Ley 15/2005, de 8 de julio estableció la redacción vigente del artículo 68 del Código Civil, relativo a las obligaciones personales de los cónyuges, añadiendo a la tradicional previsión que existe igualdad entre los cónyuges, que deben ayudarse y actuar en interés de la familia, que: «están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente».

Incluyó expresamente la declaración de que «Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo».

2. *Formas de celebración*

A tenor de lo establecido en el artículo 49 del Código Civil, cualquier español puede contraer matrimonio, bien en España, en la forma regulada en el propio código, o en la forma religiosa legalmente establecida, y fuera de España con arreglo a la forma fijada en el lugar de celebración del matrimonio.

Si ambos contrayentes son extranjeros, podrá celebrarse el matrimonio en España con arreglo a la forma prescrita para los españoles o cumpliendo la establecida por la ley personal de cualquiera de ellos. Salvo el caso especial del matrimonio en peligro de muerte, se requiere que al menos uno de los contrayentes tenga su domicilio en España.

3. *Matrimonio religioso*

Se reconoce la libertad religiosa derivada del artículo 16 de la Constitución, así como la libertad de forma en el matrimonio, con respeto y eficacia de los matrimonios religiosos (no solo canónicos) junto al matrimonio civil (artículos 49, 59, 60 CC, al RD 142/1981, de 9 de enero sobre organización y funcionamiento del Registro de entidades religiosas, a los Acuerdos Jurídicos entre el Estado Español y la Santa Sede 3 de enero de 1979, Leyes 24, 25, 26 de 10 de noviembre de 1992, sobre efectos civiles de los matrimonios celebrados ante ministros de culto de Iglesias Evangélicas, Comunidades Israelitas de España o en la forma establecida en la Ley Islámica).

El Código Civil también regula la celebración, en determinadas circunstancias del matrimonio por poder (artículo 55), y el matrimonio secreto (artículo 54).

Existe una previsión específica de celebración de matrimonio en peligro de muerte en el artículo 51 del Código Civil. En tal supuesto podrán celebrar el matrimonio del que se halle en peligro de muerte:

1.º El juez de paz, alcalde o concejal en quien delegue, Secretario judicial, Notario o funcionario a que se refiere el artículo 51.

2.º El oficial o jefe superior inmediato respecto de los militares en campaña.

3.º El capitán o comandante respecto de los matrimonios que se celebren a bordo de nave o aeronave.

El matrimonio en peligro de muerte no requerirá para su celebración la previa tramitación del acta o expediente matrimonial, pero sí la presencia, en su celebración, de dos testigos mayores de edad y, cuando el peligro de muerte derive de enfermedad o estado físico de alguno de los contrayentes, dictamen médico sobre su capacidad para la prestación del consentimiento y la gravedad de la situación, salvo imposibilidad acreditada, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 65.

4. *Requisitos*

La ley establece los requisitos de capacidad, y la existencia de posibles impedimentos que pueden o no ser dispensados en el matrimonio civil. La capacidad para contraer matrimonio debe de determinarse conforme al Derecho conflictual español, que remite a la ley nacional (artículo 9.1 del Código Civil).

No pueden contraer matrimonio a tenor del artículo 46 del Código, los menores de edad no emancipados, y lo que estén ya ligados con vínculo matrimonial.

Por otra parte el artículo 47 del mismo cuerpo legal establece que:

Tampoco pueden contraer matrimonio entre sí:

1.º Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción.

2.º Los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado.

3.º Los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos.

El ministro de Justicia puede dispensar, a instancia de parte, el impedimento de muerte dolosa del cónyuge anterior, atribuyéndose al juez de primera instancia podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, los impedimentos del grado tercero entre colaterales y de edad a partir de los catorce años.

La dispensa ulterior convalida, desde su celebración, el matrimonio cuya nulidad no haya sido instada judicialmente por alguna de las partes.

A tenor de lo previsto en el artículo 59 del Código Civil, la competencia para constatar mediante acta o expediente el cumplimiento de los requisitos de capacidad de ambos contrayentes y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, o cualquier género de obstáculos para contraer matrimonio corresponderá al letrado de la administración de justicia, notario o encargado del Registro Civil del lugar del domicilio de uno de los contrayentes o al funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil si residiesen en el extranjero.

Requisito indispensable es el consentimiento de los contrayentes, a tenor del artículo 73 del Código Civil, bajo sanción de nulidad. El consentimiento debe ser libre y públicamente manifestado, debiendo ser recíproco y sin que pueda someterse a plazo, reserva o condición. Se debe estar en posesión de la capacidad de obrar, reuniendo los contrayentes los requisitos de capacidad establecidos en este Código. Por ello, si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento.

La jurisprudencia se ha cuidado de hacer precisiones acerca de los vicios del consentimiento o de las reservas que pudieran efectuar los contra-

yentes, así, SAP, Civil sección 10 del 25 de noviembre de 2019 (ROJ: SAP V 5297/2019 - ECLI:ES:APV:2019:5297) indica que: «El artículo 73 del Código Civil dice que “Es nulo, cualquiera que se la forma de su celebración: 1.º El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial”. Y, como dijimos en sentencia de esta Sala de 2 de octubre de 2.002 número 499-02 “según la doctrina más extendida, existe simulación cuando los cónyuges, mediante pacto, excluyen los efectos esenciales del matrimonio, o los modifican tan sustancialmente que el matrimonio se queda en un puro nombre: supone la utilización del matrimonio como medio para alcanzar un efecto que se deriva de este; la simulación matrimonial es siempre absoluta y no relativa porque no coexisten simultáneamente dos negocios, aunque como se ha dicho, mediante la simulación pretenda alcanzarse una determinada finalidad”».

Las dificultades probatorias en los procesos matrimoniales, y la llamada «presunción matrimonial», se han venido apreciando de antiguo, y así, la sentencia de 8 de noviembre de 1999 de la Audiencia Provincial de Barcelona indicaba con relación a la simulación:

[...] la concurrencia de esta circunstancia en el matrimonio se da cuando se comprueba en cualquiera de los contrayentes una discordancia, mantenida conscientemente, entre el querer interno y el querer manifestado en la celebración, con la finalidad de obtener determinados propósitos ocultos a través de la prestación de ese consentimiento aparente, de lo que se colige que los presupuestos necesarios que han de concurrir para apreciar dicha situación serán:

- a) la gestación consciente en el fuero interno de uno de los contrayentes, de la divergencia entre lo internamente querido y lo manifestado;
- b) dada la unilateralidad en la reserva mental, el secreto y desconocimiento para el otro contrayente matrimonial, lo que conlleva un engaño a este, y normalmente para terceros, sobre la verdadera intención o propósito real de quien realiza la reserva mental, y
- c) la existencia de una verdadera intención oculta, un fin realmente querido —«propositum in mente retentum»—, que se pretende conseguir

mediante la celebración de un matrimonio aparente, por lo que no coincide con la voluntad negocial declarada, no querida realmente, siendo meridianamente claro que ante la dificultad probatoria acerca de la falta de consentimiento producida por reserva mental en uno de los contrayentes matrimoniales y el carácter restrictivo con que debe ser examinada la causa legal de nulidad matrimonial, se hace exigible analizar los datos fácticos y elementos probatorios con especial cautela, de modo que solo cuando conste de modo inequívoco la concurrencia de condicionantes fácticos susceptibles de integrarse en alguna de las previsiones contenidas en aquel, puede llegar a proclamarse la radical solución sanadora propugnada que entra en colisión con el principio «favor matrimonio», bastante más atenuado en instituciones como la separación o divorcio, que no niegan la existencia del matrimonio, sino que partiendo necesariamente del mismo, sancionan con uno u otro alcance, la crisis surgida en las relaciones posteriores de los cónyuges, debiendo estarse a los hechos previos, coetáneos y posteriores a la celebración del matrimonio y al comportamiento del contrayente simulador, para lo cual, ante la carencia de material probatorio directo será necesario acudir a las presunciones, teniendo manifestado al respecto la Sala Primera del Tribunal Supremo que en tanto las pruebas directas prueban concluyentemente el hecho, las indirectas o indiciarias no son, por regla general, por sí mismas, suficientes para probar el hecho a demostrar, aunque acompañadas de otros indicios permiten formar la convicción judicial sobre la verosimilitud del hecho - SS. de 24 de noviembre de 1993 y 23 de enero, 16 de septiembre y 21 de octubre de 1996.

5. Celebración del matrimonio

Son competentes para celebrar el matrimonio:

- 1.º El juez de paz o alcalde del municipio donde se celebre el matrimonio o concejal en quien este delegue.
- 2.º El secretario judicial (hoy letrado de la administración de justicia, o Notario libremente elegido por ambos contrayentes que sea competente en el lugar de celebración.

3.º El funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil en el extranjero.

Especialmente relevante es la previsión legal de que la validez del matrimonio no queda afectada por la incompetencia o falta de nombramiento legítimo del juez, alcalde o funcionario que lo autorice, siempre que al menos uno de los cónyuges hubiera procedido de buena fe y aquellos ejercieran sus funciones públicamente.

La inscripción del matrimonio celebrado en España en forma religiosa se practicará con la simple presentación de la certificación de la Iglesia o confesión respectiva, que habrá de expresar las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil.

Se denegará la práctica del asiento cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez se exigen por la ley.

Es igualmente necesaria la inscripción en España de los matrimonios celebrados por españoles en el extranjero, así como de las resoluciones que hayan podido poner fin a los mismos, lo que adquiere especial relevancia cuando se pretenda contraer matrimonio nuevamente en España, lo que suele ser fuente de dificultades para la acreditación de la anterior disolución, y la ausencia de impedimentos que puedan obstar al matrimonio proyectado, dado que los Registros Civiles españoles, en especial el Registro Central, precisa completar los asientos registrales que afectan a los contrayentes (especial al español), y ya que en la práctica pueden surgir dificultades para obtener documentos fehacientes en ciertos países que acrediten la disolución del vínculo matrimonial anterior, y la ausencia de obstáculos legales al matrimonio proyectado.

6. *Efectos*

El matrimonio produce efectos civiles desde su celebración, siendo necesario para el pleno reconocimiento de los mismos la inscripción en el Registro Civil.

El matrimonio no inscrito no obstante, no perjudicará los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas.

7. *De la celebración del matrimonio se derivan múltiples derechos y obligaciones, así como posibles expectativas jurídicas*

De la celebración del matrimonio se derivan múltiples derechos y obligaciones, así como posibles expectativas jurídicas en aspectos tanto personales (facilidad para la adquisición de la nacionalidad), patrimoniales (deber de contribuir a las cargas familiares, y regímenes matrimoniales que se puedan pactar o a falta de pacto aplicar por ley), y, llegado el caso, posibles derechos hereditarios, cuando fallezca alguno de los cónyuges. Son objeto de tratamiento en otras partes del diccionario.

El lugar de celebración del matrimonio, y la residencia de los cónyuges, es de especial relevancia, ya que de ello se derivan numerosas reglas de competencia para el caso en que surjan conflictos.

Así, el artículo 9 del Código Civil establece:

1. La ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte.
2. Los efectos del matrimonio se regirán por la ley personal común de los cónyuges al tiempo de contraerlo; en defecto de esta ley, por la ley personal o de la residencia habitual de cualquiera de ellos, elegida por ambos en documento auténtico otorgado antes de la celebración del matrimonio; a falta de esta elección, por la ley de la residencia habitual co-

mún inmediatamente posterior a la celebración, y, a falta de dicha residencia, por la del lugar de celebración del matrimonio.

La separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el artículo 107.

Dicho precepto a su vez establece:

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 del matrimonio y, si los esposos tuvieran su residencia habitual en diferentes Estados, por la ley española, siempre que los Tribunales españoles resulten competentes.

Las sentencias de separación y divorcio dictadas por Tribunales extranjeros producirán efectos en el ordenamiento español desde la fecha de su reconocimiento conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Debe destacarse finalmente la existencia de numerosas previsiones legales internas, y mecanismos de reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial, debido a la importancia de la materia, y la relevancia que se le ha dado en el ámbito de la Unión Europea, debiéndose resaltar por su importancia, entre otros:

El Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales. Se adopta en el marco de cooperación reforzada por lo que solo se aplica en los países firmantes: Bélgica, Bulgaria, la República Checa, Chipre, Grecia, Alemania, España, Francia, Croacia, Italia, Luxemburgo, Malta, los Países Bajos, Austria, Portugal, Eslovenia, Finlandia y Suecia.

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

El Reglamento (CE) 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 materia de obligaciones de alimentos, que a tenor de su artículo primero resulta de aplicación a las obligaciones de alimentos derivadas de una relación familiar, de parentesco, matrimonio o afinidad.

Los mecanismos de comunicación directa entre autoridades por medios ágiles, el reconocimiento y admisión de varios idiomas de trabajo en las solicitudes y la utilización generalizada en estas de formularios uniformes, han contribuido a agilizar de manera notable la tramitación de expedientes y conflictos. Existen numerosos mecanismos de información, entre los que destacamos *e-justice*, el Atlas Judicial Civil y el Prontuario de Auxilio Judicial internacional en la página web del Consejo General del Poder Judicial y del Ministerio de Justicia, que resultan de utilidad.

Y en el ámbito de los convenios de La Haya es importante considerar: el Convenio de 14 de marzo de 1978 relativo a la Celebración y al Reconocimiento del Matrimonio y 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, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996.

*Autor: José Francisco Lara Romero
(Magistrado)*

VOCABLOS CONEXOS: Divorcio con elemento extranjero. Régimen económico matrimonial.

MATRIMONIO DE CONVENIENCIA

1. Derecho al matrimonio en España

En España, son titulares del derecho fundamental a contraer matrimonio, regulado en el artículo 32 de la Constitución española y normativa que lo desarrolla, los españoles y extranjeros que se encuentren en territorio español, en principio independientemente de su situación administrativa, siempre que cumplan los requisitos legales establecidos para ello. El derecho está también recogido en los Tratados internacionales de Derechos de las personas suscritos por España. En el artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 diciembre 1948; en el artículo 23.2 del Pacto internacional de Derechos civiles y políticos de 16 de diciembre de 1966; en el artículo 12 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950; o en el artículo 9 de la Carta de Derechos fundamentales de la UE.

El derecho no es absoluto, y quien quiera ejercerlo debe hacerlo cumpliendo los requisitos legales. Uno de ellos es el establecido en el artículo 51 del Código Civil por el cual uno de los contrayentes debe tener domicilio o residencia habitual en España al tiempo de contraer matrimonio, no permitiéndose el matrimonio en España de dos turistas que se encuentren de paso sin domicilio legal en nuestro país. Si ambos contrayentes fuesen españoles y residiesen en el extranjero deberán contraer matrimonio ante el funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil del lugar de su residencia si fuese permitido por el sistema jurídico del país en el que vivan.

En cuanto a los requisitos de fondo, el principal señala que no hay matrimonio sin el consentimiento previsto en el artículo 45 del Código Civil, válidamente efectuado entre los cónyuges. Podemos definirlo como el acto jurídico en el que se produce la externa manifestación de ambas partes del acuerdo de voluntades de unirse en matrimonio cumpliendo

las obligaciones que les impone el ordenamiento. Estas obligaciones están reguladas en los artículos 66 a 68 del citado cuerpo legal, y se concretan en las de vivir juntos, considerarse iguales en derechos y deberes, respetarse y ayudarse actuando en interés de la familia socorriéndose mutuamente, guardarse fidelidad y compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de los ascendientes, descendientes y personas a su cargo. En definitiva, podríamos resumirlas en formar una comunidad conyugal.

En cuanto a los requisitos de forma en España hay un único sistema matrimonial, pero nueve formas posibles de contraer matrimonio, una civil y ocho religiosas. De forma civil cumpliendo los requisitos recogidos en esencia en el Código Civil y religiosa por los ritos católico, según los acuerdos con la Santa Sede de 1979, evangélico, judío e islámico según las Leyes 24, 25 y 26 de 1992 respectivamente, todas de 10 de noviembre. La redacción del artículo 60 del CC vigente a partir de 30 de junio de 2017 tras modificación realizada por la Ley 15/2015 de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria permite el matrimonio en la forma religiosa prevista por las iglesias, confesiones, comunidades religiosas o federaciones de las mismas que, inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, hayan obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España. Antes se deberá acreditar la capacidad matrimonial en el Registro Civil. El notorio arraigo se concede por la Comisión Asesora de Libertad Religiosa, en ejecución del artículo 7 de la LO 7/1980 de 5 de julio de Libertad Religiosa acreditando un número relevante de practicantes, un tiempo considerable de presencia en España y su grado de difusión. En 2021, han sido consideradas como tales la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días (mormones) en 2003, los Testigos Cristianos de Jehová en 2006, la Federación de Entidades Budista de España en 2007 y la Iglesia Ortodoxa en 2010.

El matrimonio otorga derechos en el ámbito de la extranjería y la nacionalidad, por lo que puede ser empleado con la intención de lograr un trato ventajoso en ellos. En la extranjería, en aplicación de lo establecido

en la Directiva 2004/38/UE, transpuesta en España por el RD 240/2007, otorga a los cónyuges no comunitarios casados con ciudadanos comunitarios, el derecho a la reagrupación y residencia en la UE como familiar de ciudadano comunitario. A los extracomunitarios, en aplicación de los artículos 16 y siguientes de la Ley Orgánica de Extranjería, el derecho a reagrupar al cónyuge tras residir un año en España y cumplir otros requisitos de permiso de residencia y capacidad económica. En lo relativo a la nacionalidad, el artículo 22.2.d del Código Civil concede al cónyuge de un nacional español el derecho a obtener la nacionalidad tras un año de residencia en España y matrimonio con la persona española siempre que no estuviere, pasado dicho año, separado legalmente o de hecho.

2. Definición de matrimonio de conveniencia o complacencia

El matrimonio de conveniencia se puede definir como el hecho en el cual dos personas contraen formalmente matrimonio sin que en el consentimiento expresado externamente tengan la intención de constituir una verdadera comunidad conyugal cumpliendo las obligaciones anteriormente citadas, sino con el interés de aprovechar las ventajas de la apariencia matrimonial, generalmente en el Derecho de extranjería o nacionalidad. Habitualmente ocurre tras el pago de un precio por ello al nacional con el que se contrae el matrimonio. En cuanto a la terminología empleada para este tipo de matrimonio, también se les conoce por parte de la doctrina como matrimonio de complacencia, lo que incide en el hecho de la simulación del matrimonio, o en blanco, como señala la doctrina francesa por la inexistencia de voluntad de contraer matrimonio.

La Jurisprudencia (por todas la Sentencia de la Sección 12 de la Audiencia Provincial de Barcelona 467/2020 de 16 de julio de 2020, ECLI:ES:APB:2020:6129), establece que para que se produzca la nulidad de estos matrimonios debe existir una diferencia entre lo manifestado y lo deseado, el engaño sobre la verdadera intención de quien rea-

liza la reserva mental y por último la existencia de una verdadera intención oculta. El consentimiento cumple los requisitos legales formales, pero es simulado respecto a su verdadera finalidad de constituir una comunidad conyugal.

Para determinar cuándo un consentimiento está viciado, en el ámbito del Derecho internacional privado, no existe en el Derecho español una norma concreta que regule la ley aplicable al consentimiento matrimonial. Sí a la capacidad matrimonial, que según el artículo 9.1 del Código Civil es la ley de la nacionalidad de la persona. También a los efectos civiles del matrimonio según lo establecido en el artículo 9.2, regulándose los regímenes económicos de los matrimonios celebrados tras el 29 de enero de 2019 en los Reglamentos Europeos 1103 y 1104 de 24 de junio de 2016. Por otro lado, en cuanto a la forma de celebración, será la ley del lugar en el que se celebre el matrimonio la que la establecerá. La doctrina española mayoritaria y la DGRN estiman que, dada esta falta de norma expresa, la ley aplicable al consentimiento matrimonial debe ser la misma aplicable al estatuto personal, es decir la ley de la nacionalidad de la persona, por lo que, a cada contrayente, sea español o extranjero, se le debe aplicar la ley de su nacionalidad para conocer la existencia de la simulación. Ahora bien, cuando una ley extranjera admita la validez del matrimonio a pesar de que el consentimiento sea ficticio o simulado, dicha ley no se aplicará por las autoridades españolas por resultar contraria al artículo 45 de nuestro Código Civil, que no reconoce matrimonio sin consentimiento, y por ello vulnerar el orden público internacional español, aplicando en su lugar el Derecho material español.

3. Prueba de la simulación

Al respecto de la simulación, la DGRN (hoy DGSJFP) ha dictado instrucciones con la intención de concretar las situaciones en las que se puede dar la misma, en la clara intención de combatirla, lo que debe llevar a considerar la existencia de un matrimonio de conveniencia o complacencia si las citadas circunstancias se dan. Así, inicialmente la Ins-

trucción de la DGRN de 9 de enero de 1995 sobre el expediente previo al matrimonio cuando uno de los contrayentes está domiciliado en el extranjero impuso la obligación de la tramitación de este expediente, con intervención del Ministerio Fiscal y con una audiencia reservada y por separado a los contrayentes, con la expresa finalidad de descubrir un posible fraude, tal y como señalaba la misma, ya que la audiencia «puede y debe servir para que el instructor se asegure del verdadero propósito de los comparecientes y de la existencia en ambos de real consentimiento matrimonial. Un interrogatorio bien encauzado puede llegar a descubrir la intención fraudulenta de una o de las dos partes y en tal caso, sin perjuicio del recurso oportuno, el instructor debe denegar la celebración».

Profundizando sobre esta clara voluntad de evitar el fraude, desarrollando la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 4 de diciembre de 1997 sobre las medidas a acordar en materia de lucha contra los matrimonios fraudulentos, dando un paso más allá y estableciendo situaciones objetivas en las que se presume el fraude, la DGRN emitió la Instrucción de 31 de enero de 2006. El contenido de la misma es esencial para entender la existencia práctica de este fenómeno, y optando por la terminología matrimonios de complacencia, tras señalar que son incontables las situaciones en las que se da el fenómeno, reacciona con vigor contra los mismos, estableciendo tanto orientaciones prácticas como presunciones que, para conocer correctamente el concepto, debemos al menos citar en su contenido básico.

En cuanto a las orientaciones, señala al encargado del registro civil que, sin suponer una enumeración cerrada, debe investigar el conocimiento o desconocimiento por los contrayentes de los datos familiares del otro, valorando la posible inexistencia de vida en común. Los datos sobre los que se debe indagar son, entre otros, la fecha y lugar de nacimiento, domicilio, profesión, aficiones relevantes, hábitos notorios, y nacionalidad del otro contrayente. Anteriores matrimonios, número y datos básicos de identidad de los familiares más próximos de uno y otro (hijos no

comunes, padres, hermanos), así como las circunstancias de hecho en que se conocieron. El conocimiento debe ser general, valorado en su conjunto, y si los contrayentes acreditan haber tenido relación anterior de duración e intensidad suficiente la falta de conocimiento de esos datos puede no ser relevante.

En cuanto a las presunciones que pueden conducir a establecer la existencia de un matrimonio de complacencia, se exponen varias, sin que ninguna de ellas sea concluyente por sí misma, debiendo ser valoradas en su conjunto con el resto de circunstancias del matrimonio. No hablar la misma lengua, un historial de alguno de los cónyuges de matrimonios simulados, haber entregado una cantidad monetaria para que se celebre el matrimonio, la residencia irregular de alguno de los contrayentes, que ambos nunca hayan convivido juntos, que uno de ellos no aporte bienes o recursos económicos al matrimonio mientras que sea el otro contrayente el que aporte el cien por cien de tales recursos, que se hayan conocido pocos meses o semanas antes del enlace, o que exista una diferencia significativa de edad entre los contrayentes. Ninguno de estos indicios establece, por sí solo, la presunción absoluta de la inexistencia de consentimiento, pero conjuntamente valorados pueden suponer que el encargado del registro, sin necesidad de tener una «certeza moral plena» o de obtener la «verdad material absoluta» o «evidencia total», de hallarse en presencia de un matrimonio simulado, pueda acordar la denegación de la autorización del matrimonio o de su inscripción. En todo caso, si no hay indicios o presunciones para poder acreditar el fraude con suficiente grado de certeza, se debe inscribir el matrimonio.

En la solución de las situaciones prácticas, la jurisprudencia anteriormente citada ha asentado que, si bien las pruebas directas probarían concluyentemente este tipo de matrimonio, no siempre se cuenta con ellas, toda vez que las partes buscan mantener ocultas sus verdaderas intenciones íntimas. Por ello, en aplicación del artículo 386 de la LEC, para esta prueba se debe contar con el conjunto de indicios, pruebas directas o indiciarias anteriormente citados que permitan formar la convicción

judicial sobre la veracidad o falsedad del consentimiento prestado. Debido a este hecho, y en aplicación del artículo 217.7 de la LEC, la jurisprudencia mayoritaria establece que son precisamente los contrayentes, cuyo matrimonio es objeto de impugnación, los que se encuentran en mejor situación para probar la existencia del consentimiento válido y del cumplimiento de las posteriores obligaciones conyugales.

4. Consecuencias de los matrimonios de conveniencia o complacencia

Al exigir el artículo 45 del Código Civil la existencia de consentimiento para la celebración del matrimonio y que el consentimiento se refiera al cumplimiento de las obligaciones que el mismo supone, la inexistencia de este conlleva de forma directa la nulidad del matrimonio y de todos sus efectos, los civiles, los del Derecho de extranjería y de nacionalidad que se hayan podido haber obtenido gracias a él. Y toda vez que el consentimiento es bilateral, esta nulidad se produce en los casos en los que ambos contrayentes o uno solo de ellos simulan el matrimonio. Los efectos de dicha nulidad, al faltar de raíz el imprescindible consentimiento, es un efecto ipso iure, que se produce automáticamente sin perjuicio de su declaración judicial, insubsanable, ya que no cabe su convalidación por el transcurso del tiempo ni por confirmación, y absoluta, pues no produce ningún efecto, salvo los excepcionales que la ley otorga al matrimonio putativo. En algunos procedimientos las partes afirman la inexistencia de objeto del procedimiento por la existencia de un divorcio posterior, alegación que no puede prosperar, por ser el posible divorcio posterior indiferente al análisis de la inexistencia, de origen, del matrimonio.

Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas la Sentencia de la Sala de lo Penal 261/2017 de 6 de abril de 2017, ECLI:ES:TS:2017:1486), y en la línea de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2002, de 19 de febrero, sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería, sitúa el ilícito de los matrimonios de complacencia en el ám-

bito del Derecho civil y administrativo, pudiendo provocar la nulidad del matrimonio y de los efectos administrativos vinculados a la residencia y/o a la nacionalidad antes señalados, pero no de forma inmediata una sanción penal. Estos matrimonios no suelen suponer un ilícito penal, ya que en muy determinados casos estos matrimonios pudieran ser tipificados como un delito contra los derechos de los extranjeros penados en el artículo 318 bis, para lo cual debe haber una relevancia penal más allá de la antijuridicidad meramente administrativa, que no se da si hay una excusa absolutoria de ayuda humanitaria, muy habitual en los casos individuales que excluye la punibilidad, y si no hay un ánimo de lucro acreditado. Esta jurisprudencia señala que para que el matrimonio de complacencia con el fin de obtener el título de residencia o adquirir la nacionalidad se sancione penalmente debe existir una tipificación específica de dicho hecho que en la actualidad no se da en nuestro Código Penal.

Autor: Lucas Andrés Pérez Martín
(Profesor contratado. Doctor Derecho Internacional Privado,
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ARENAS GARCÍA, Rafael. *Algunos problemas relativos al reconocimiento matrimonial en los supuestos internacionales (Matrimonios blancos y matrimonios convenidos en DIPr.)*, disponible en <http://adipr.files.wordpress.com/2007/07/matrimoniosconvenidos1def2>; CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. «Matrimonios de complacencia y Derecho internacional privado», en *El Derecho de familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, pp. 119-158; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. «Matrimonios de conveniencia y nacionalidad española», *Anales de Derecho*, n.º 20, 2002, pp. 7-34; DIAGO DIAGO, M. P. «Matrimonios de conveniencia», *Actualidad Civil*, n.º 2, 1996, pp. 329-347; GUZMÁN ZAPATER, M. «Matrimonios celebrados en el extranjero e inscripción en el Registro Civil: práctica de la Dirección General de los Registros y del Notariado», *REDI*, vol. 69, 2007, n.º 2, pp. 112-114; ORTEGA JIMÉNEZ, A. *Los matrimonios de conveniencia en Es-*

paña, Editorial Sepin, Madrid, 2018; ORTEGA JIMÉNEZ, A. «El fenómeno de la inmigración y el problema de los denominados matrimonios de conveniencia en España», *CDT*, octubre 2017, vol. 9, n.º 2, pp. 465-481; OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P. «Las uniones registradas: ¿fin del matrimonio de conveniencia?», en ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. (ed.). *Estudios de Derecho de familia y de sucesiones*, de Conflictu Legum, Santiago de Compostela, 2009, pp. 219-245; SÁNCHEZ LORENZO, S. «La inconveniente doctrina de la DGRN acerca de los matrimonios de conveniencia», en *Derecho registral internacional. Homenaje a la memoria del profesor Rafael Arroyo Montero*, Iprolex, Madrid, 2003, pp. 252-262.

VOCABLOS CONEXOS: Matrimonio. Nacionalidad.

MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS (MASC/ADR/MAGA)

1. Concepto

Los Métodos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC) o *Alternative Dispute Resolution* (ADR) designan, de modo general, a los procedimientos extrajudiciales de gestión de conflictos basados en la autonomía de la voluntad de las partes, aplicados por un tercero/s de forma imparcial. De ahí que, un rasgo común y esencial que todos los ADR/MASC comparten es que todos ellos se basan en la disponibilidad y en la autonomía de la voluntad.

2. De los MASC a los MAGA

El acrónimo ADR se ha mantenido constante desde su aparición, pero el de MASC se impuso, en la terminología de habla hispana, sobre otros como MARC, RAD, etc., gracias, entre otros, a trabajos internacionales y pluridisciplinarios como la obra: *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar* en 2006, que llevaron a la generalización del tér-

mino MASC. No obstante, con el tiempo surgieron varias precisiones conceptuales y terminológicas que nos llevan a cuestionar la propia acepción y su correspondiente acrónimo. En principio, resultaba impreciso señalar que estos métodos extrajudiciales se dediquen exclusivamente a solucionar conflictos. Aunque ello podría entenderse si se tomaba en consideración únicamente a la Escuela de Harvard, hoy, es sabido que lo importante es gestionar el conflicto, no solucionarlo exclusivamente. Y, si además, con una adecuada gestión se consigue la solución, total o parcial del conflicto, mejor que mejor, pero esta no es su única finalidad, ni aplicación, ni determinación.

Así, si bien, terminológicamente el término más utilizado es ADR o MASC, el que considerábamos más adaptado era el de MAGC, puesto que, sin entrar en distintas teorías y consideraciones de las distintas escuelas y modelos (Harvard, circular narrativo, transformativo, sistémicos, etc.) entendemos que solo con «gestionar» el conflicto, aunque no se llegue a solucionarlo, se está cumpliendo con la función y finalidad de estos mecanismos.

No obstante, en la actualidad, se impone la terminología propuesta por FAJARDO MARTOS: «métodos adecuados para gestionar acuerdos», que nos llevó a acuñar el acrónimo de MAGA. Término evocador que, además, traslada la magia que se produce en la mediación. Magia, no solo porque, gracias a la gestión adecuada logramos llegar a acuerdos allí donde parecía imposible sino porque, en particular, en las mejores mediaciones el mediador se vuelve invisible debido a que este, en su papel de facilitador de la comunicación, llega a lograr, al final del procedimiento, que las partes sigan hablando entre ellas sin que sea ya necesaria su presencia y sin que noten su ausencia.

3. Clasificación de Carnelutti

En la clasificación de Francesco CARNELUTTI, los equivalentes jurisdiccionales se dividen en dos hipótesis:

- a) Los equivalentes de autocomposición o métodos autocompositivos: cuando «la litis se compone por obra de las partes mismas» (negociación, conciliación y mediación)
- b) Los equivalentes de heterocomposición o métodos heterocompositivos: cuando «la litis se compone por obra de un tercero distinto del oficio judicial» (arbitraje y jurisdicción).

4. *Denominaciones más comunes de los ADRS/MASC/MAGA*

Los MASC/ADR/MAGA forman parte de un sistema conciliatorio y se conocen de diferente forma en distintos países y regiones, aunque la diferencia nominativa o terminológica no cambia su esencia. Lo importante es tener claro a qué nos estamos refiriendo cuando denominamos un ADR/MASC. De ahí que, por ejemplo, en mediación, a pesar de que no exista una denominación común y algunos países denominen «conciliación» (Ecuador, Costa Rica y Bolivia) a lo que para otros, la mayoría, es exclusivamente «mediación» (Cuba, Panamá, Colombia, México, Chile, Argentina y la práctica totalidad de Europa y los países anglosajones), estemos hablando del mismo MASC. De hecho, la Ley Modelo de la UNCITRAL en mediación se denominaba, antes de su reforma en 2018, Ley Modelo sobre Conciliación Internacional de la CNUDMI, de 2002.

Ello puede ser una de las causas por las que su adopción y, por tanto, la armonización terminológica y legislativa al respecto, no haya tenido el éxito que habría cabido esperar. Cosa distinta ocurre en el arbitraje donde prácticamente todos los países del mundo han adoptado la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional —CNUDMI/UNCITRAL— de 1985, armonizando así sus regulaciones y terminología en materia arbitral. No obstante, la Ley de mediación/conciliación del 2012, ya ha sido modificada por la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (2018):

https://uncitral.un.org/es/texts/mediation/modellaw/commercial_conciliation, abandonando, pues, el término conciliación asimilado al de mediación.

En la tabla siguiente se refleja las denominaciones más comunes de los ADR/MASC/MAGA, en función de los distintos acrónimos con los que estos son conocidos en el ámbito internacional. Por ejemplo, en Argentina, *Procesos RAD* (Resolución Alternativa de Disputas) o; en Estados Unidos, Reino Unido y en el ámbito anglosajón, en general: ADR: Alternative Dispute Resolution. Veámoslo, de forma más ordenada y esquemática en el siguiente cuadro:

| DENOMINACIÓN | SIGNIFICADO |
|----------------------|---|
| ADR | Alternative Dispute Resolution/Amicable Dispute Resolution |
| MAGA | Métodos Adecuados para Gestionar Acuerdos |
| MASC | Métodos alternativos para la solución de conflictos |
| MARD | Métodos alternativos/alternos para la resolución de disputas |
| MARC | Métodos alternativos para la resolución de conflictos |
| MASD | Métodos alternos para la solución de disputas |
| MAGC | Métodos alternativos para la gestión de conflictos |
| Justicia alternativa | Título que se asigna a los MASC en determinadas leyes de diversos Estados iberoamericanos, como en México a las leyes de las entidades de Colima, Guanajuato y Quintana Roo |

| | |
|------|---|
| RAC | Resolución alternativa de conflictos |
| RAD | Resolución alternativa de disputas |
| TARC | Técnicas alternativas de solución de conflictos |
| GAC | Gestión alternativa de conflictos |
| GAD | Gestión alternativa de disputas |

Fuente: GONZALO QUIROGA, Marta. Elaboración propia.

5. Características

A través de los MASC/MAGA, las partes, a través de ellas mismas o por recomendación de sus asesores legales, tienen otras posibilidades de resolver sus conflictos que no sean las estrictamente judiciales. Estas, pueden elegir, libre y voluntariamente en materias disponibles, solucionar sus conflictos de manera confidencial, más rápida, económica, ventajosa, segura, a medida y eficiente para ellas. Para esto, claro está, estos otros medios deben estar claramente reconocidos en el sistema, tanto a nivel legislativo como institucional; estar convenientemente regulados; y, a la vez, han de ofrecer alguna que otra ventaja respecto a la jurisdicción, teniendo en cuenta, también, sus desventajas en determinados casos. De modo que, en resumidas cuentas, la elección del arbitraje o la mediación proporciona a las partes, entre otras, las siguientes ventajas respecto a la justicia tradicional: autonomía de la voluntad, economía, confidencialidad, ausencia de riesgo reputacional, rapidez, ahorro de costes —económicos y psicológicos—, flexibilidad, participación, deuteronomía, satisfacción con el resultado, internacionalidad, en el caso de la mediación hacer una solución «a medida», etc.

Ventajas, brevemente descritas en uno de los siguientes apartados, que han contribuido en la práctica a favorecer su difusión y procurar su perfeccionamiento y consolidación. Precisamente, son estas ventajas las que convencen cada vez más a particulares y empresas que se deciden a incluir en sus contratos cláusulas por las que voluntariamente se remiten para la solución de sus conflictos, futuros o presentes, al arbitraje, na-

cional o internacional, a la mediación, o, incluso, cláusulas híbridas como los Med-Arb que remiten alternativamente a la mediación, en primer lugar, y si esta falla, directamente al arbitraje, en segundo lugar (*vid.*, Tipos de ADR/MASC/MAGA: los métodos híbridos).

Aun así, son muchas las cuestiones que los ADR/MASC/MAGA plantean todavía en cuanto a su funcionamiento, eficacia, implantación y utilidad real, pero de lo que no cabe duda es de su actualidad y crecimiento exponencial. Indudablemente, y aunque no hubiera debido ser así, la crisis de los sistemas judiciales (desafección de los ciudadanos por la justicia, la dilación y el elevado coste de los procedimientos, dudas sobre la eficacia y la eficiencia de los métodos judiciales clásicos, etc.); y la reciente pandemia ocasionada por el virus SARS COVID-19, que ha evidenciado todavía más las insuficiencias de una congestionada y desgastada justicia pública que no ha sabido dar respuesta a la propia tutela judicial efectiva) han influido en que los sistemas judiciales de todo el mundo presten más atención a los MASC. Pero, sobre todo, los ADR se emplean, en la actualidad, porque las experiencias realizadas sobre los mismos han demostrado sobradamente su eficacia como métodos de gestión de conflictos. Se utilizan por una cuestión meramente práctica: porque funcionan. Son buenos por ellos mismos y, esencialmente, ofrecen una serie de ventajas que los hace eficaces y prácticos.

6. Ventajas (desventajas) de los MASC/ADR/MAGA respecto de la justicia tradicional

Gracias a los MASC/MAGA, las partes pueden optar libremente por otros medios legales para resolver sus divergencias en los casos que voluntariamente así lo decidan y las vías de solución a alcanzar sean más convenientes, ventajosas y eficientes para ellos en el caso planteado o conflicto determinado. Pero, para ello, claro está, estos otros medios deben estar claramente reconocidos en el sistema, tanto a nivel legislativo como institucional; estar convenientemente regulados; y, a la vez, han de ofrecer alguna que otra ventaja respecto a la jurisdicción (teniendo en

cuenta, también, sus desventajas, si las hubiera) De modo que, en resumidas cuentas, la elección de los MAGA proporciona a las partes, entre otras, las siguientes ventajas, con sus respectivas desventajas, respecto a la justicia tradicional.

6.1. *Voluntariedad y libre disposición*

El arbitraje y la mediación, así como el resto de los ADR/MASC/MAGA, basan su legitimidad en la autonomía de la voluntad de las partes que «voluntariamente» deciden resolver sus diferencias acudiendo a estos métodos alternativos con la siguiente matización. A diferencia de lo que ocurre en el arbitraje, donde la autonomía de la voluntad de las partes solo rige al principio, ya que, una vez validado el convenio arbitral e iniciado el procedimiento las partes están obligadas a seguir en el mismo y a acatar el laudo dictado por el árbitro. El arbitraje no es un tren del que te puedes bajar una vez en marcha. Sin embargo, en la mediación, la voluntariedad del proceso rige desde el principio hasta el final. Las partes no están obligadas a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo. «Es un tren del que siempre se pueden bajar/subir», inclusive el mediador, que podrá poner fin a la mediación cuando considere que las partes tienen posturas irreconciliables.

6.2. *Rapidez y reducción de costes*

Ambas van íntimamente unidas. La rapidez la tendremos que discutir con nuestro representado o cliente. En algunos casos, nuestro cliente no tiene ningún interés en que la solución del litigio sea rápida. La elección de cualquier MASC/MAGA/ADR resuelve una importante cuestión temporal: un arbitraje suele durar entre seis, ocho meses o, incluso un año y medio como máximo, dependiendo de si es nacional o internacional y del límite temporal que la legislación aplicable establezca, que suele estar entorno a los seis meses. En la mediación, el tiempo, incluso se reduce más. Las mediaciones mercantiles pueden llegar a durar entre un

día y una semana o más, según la agenda y disponibilidad de las partes y dependiendo de si, para la mejor gestión de la misma, es necesario hacer alguna prueba pericial o cautelar. En las mediaciones familiares o civiles la duración no suele ser superior a cuatro meses. Todo depende de la disponibilidad de las partes y de la rapidez que estas tengan en finalizar el proceso.

No olvidemos que en la mediación las partes tienen en todo momento el control del procedimiento en sus manos, incluida la gestión del tiempo. Todo lo contrario, sucede en los tribunales judiciales donde las partes se someten a los tiempos judiciales y a los plazos procesales de un modo que, a veces, resulta de lo más desnaturalizado e injusto. No es justicia si esta llega tarde. Si a los clásicos problemas de dilación en la justicia le sumamos los atascos provocados en todo el mundo por la pandemia, donde el bloqueo judicial se ha hecho insostenible en la mayoría de los sistemas, la rapidez en la justicia se ha tornado un silogismo. Por ejemplo, en España, se están dando vistas en primera instancia para el año 2025, para demandas presentadas en 2020. Y, todavía queda el juicio y los sucesivos recursos que la acompañan. En definitiva, no es comparable el ahorro en tiempo y en costes que tienen las partes al optar por mediación o arbitraje en lugar de acudir a los tribunales judiciales. Los métodos extrajudiciales han demostrado su eficacia en términos de pandemia al seguir funcionando virtualmente sin los problemas observados en los tribunales de justicia.

Si bien el tiempo es dinero, el ahorro no solo se produce en tiempo sino también en términos económicos. Indudablemente, tanto el arbitraje como la mediación suponen un ahorro considerable sobre el proceso. No hay que pagar al procurador ni a los abogados. Solo si las partes prefieren acudir a la mediación con sus letrados se tendrían que desembolsar sus honorarios, pero no es necesario que las partes vayan acompañadas de sus letrados si no quieren. Existen además arbitrajes y mediaciones gratuitas, por ejemplo, en el ámbito laboral, penal y de consumo o, incluso otras en las que las partes se benefician de la justicia

gratuita para acudir a estos métodos extrajudiciales del mismo modo que lo tienen para los judiciales. Aspecto este último que contribuye a su elección desde una perspectiva muy favorable al implicar un claro acercamiento de la administración judicial al ciudadano (*vid.* el vocablo: Acceso internacional a la justicia).

6.3. *Confidencialidad*

Uno de los aspectos fundamentales que lleva a las partes a optar por los MASC/MAGA/ADR es por la absoluta discreción y confidencialidad de los mismos. Protegidas por esta confidencialidad, las partes no sufren el desgaste moral y reputacional asociado a un juicio público y las lleva a centrarse en la gestión de sus posibles acuerdos.

Tanto en el arbitraje como en la mediación es esencial que la confidencialidad no solo debe respetarse sino también asegurarse por parte de todos: del árbitro/mediador, de los abogados intervinientes en su caso, y de las propias partes.

6.4. *Eficacia*

Por su propia naturaleza, los MAGA están basados en que las partes implicadas en el conflicto colaboren entre ellas para llegar a gestionar sus conflictos de la manera más beneficiosa para ambas. Ello lleva a que, en una mediación, por ejemplo, lejos de producirse la derrota/victoria de uno sobre otro, se basa en el principio de *win-win*, o lo que es lo mismo: «ganar-ganar», que todas las partes ganen, en función de sus verdaderos intereses. Si alguna de las partes se sintiese perdedora no se llegaría a un acuerdo. Este aspecto es muy importante a la hora de cumplir con los pactos a los que las mismas partes han llegado.

Numerosos estudios y la propia experiencia práctica demuestran que es más probable que los acuerdos de solución de conflictos alcanzados a través de la mediación y el arbitraje se cumplan voluntariamente y tam-

bién que se preserve una relación amistosa y viable entre las partes. Beneficios que son aún más perceptibles en situaciones que presentan elementos transfronterizos, típicos del DIPr.

6.5. *Flexibilidad*

Otra de sus características generales y comunes, tanto del arbitraje como de la mediación y del resto de ADR/MASC/MAGA es su flexibilidad. En principio, las partes son libres de recurrir a ellos, de decidir qué organización y qué persona se encargará del proceso, de determinar el procedimiento que vaya a seguir, de optar por participar personalmente o por hacerse representar durante el procedimiento, etc.

6.6. *Especialidad*

La especialidad y formación de los árbitros y mediadores en los litigios que deciden al ser estos persona/s especializada/s en la materia sobre la que tienen que resolver. Si bien, estrictamente la formación especializada y capacitación únicamente se exige en la mediación y no en el arbitraje, en la práctica es habitual contar con árbitros especializados según materias en las que demuestren cierta experiencia. Además, por la materia, en muchos casos especialmente sensibles (Derecho de familia, asuntos comerciales y mercantiles, ámbito laboral) es mejor, y a la larga más efectiva, la utilización de un arbitraje o mediación, según el caso, siempre más especializados en el conflicto o controversia a dirimir.

6.7. *Continuidad de las relaciones*

Solo con los métodos extrajudiciales de solución de conflictos existe una posibilidad de que las partes puedan seguir continuando con sus relaciones familiares o empresariales a pesar de estar en desacuerdo. Si dichos conflictos los llevas a un juicio las relaciones se perderán para siempre. De ahí que sean un buen motivo, especialmente en casos de Derecho de familia, separaciones, divorcios con hijos, sucesiones entre hermanos,

etc. Son recomendables si preocupa resolver el problema sin hacer daño y seguir manteniendo una relación, aunque sea mínima, con los afectados o bien existan interdependencias entre ellos que hagan los acuerdos necesarios.

6.8. *Ausencia de riesgo reputacional*

Consecuencia de su propia confidencialidad y discreción inherente, los MASC/ADR/MAGA evitan dañar la reputación personal y/o empresarial de personas físicas y jurídicas, sin perjudicar la imagen de los particulares y empresas afectadas por el conflicto ni menoscabar su reputación y las consecuencias que de ello se deriva. De modo contrario, en un juicio público la reputación, aunque salgas victorioso del juicio, siempre se resiente.

6.9. *Modernidad (ORD)*

Por último, a pesar de ser mecanismos de justicia anteriores a la propia existencia del poder judicial, la modernidad del arbitraje y la mediación es otra de las ventajas que les permiten su mayor y mejor adaptabilidad a las nuevas circunstancias y necesidades de la sociedad actual. En la actualidad, los ODR: *Online Dispute Resolution*, o los sistemas de solución alternativa de conflictos en la red, han adquirido gran importancia. Más aún, en la época de teletrabajo, crisis y conflictos con una paralización de la justicia y un aumento de los arbitrajes así como de la telemediación que se vio exponencialmente incrementada por la pandemia.

Ahora bien, una vez señaladas, las principales ventajas del arbitraje y la mediación, en general como MASC, en relación con el poder judicial, conviene diferenciar, en segundo lugar, las principales características del arbitraje y de la mediación por separado, como principales ADR, ya que escoger uno de los MASC significa hacerlo en detrimento de los demás que no resultan elegidos. No obstante, en la práctica estos suelen presentarse de modo alternativo. Por ejemplo, comenzar por una negocia-

ción, siguiendo por una conciliación o una mediación y acabar en la vía arbitral. En este aspecto, lo importante es conocerlos todos, saber cuáles son sus características y qué ventajas aportan sobre el resto. En definitiva, qué atractivos ofrecen cada uno de ellos para que prevalezca su elección sobre los demás (*vid.* estos en este diccionario: ADR/MASC/MAGA (tipos: negociación, transacción, mediación, conciliación, minijudio (*Mini-Trial*, *Executive Hearing*), evaluación neutral o pericial, *Fact Finding*, arbitraje, híbridos (*multi-tiered* o *multi-step*, o *Eskalationsklauseln* o *MDR-clauses*) y Derecho colaborativo).

*Autora: Marta Gonzalo Quiroga
(Mediadora. Árbitra internacional.*

Profesora titular de DIPr. Universidad Rey Juan Carlos, Madrid)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: AA. VV. *Métodos alternativos de solución de conflictos. Instrumentos de paz y modernización de la Justicia*, obra dirigida por Marta GONZALO QUIROGA y por Francisco Javier GORJÓN GÓMEZ y coordinada por Arnulfo SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Editorial Dykinson y Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2011; AA. VV. *Prácticum de Mediación*, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2014; GONZALO QUIROGA, M. (dir.). *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2006, 372 pp.; GONZALO QUIROGA, M, GORJÓN GÓMEZ, F. J., SÁNCHEZ GONZÁLEZ, A. (coord.). (2011). *Métodos alternativos de solución de conflictos. Instrumentos de paz y modernización de la justicia*. Editorial Dykinson y Universidad Rey Juan Carlos; GONZALO QUIROGA, M. y BARRIGA VILLAVICENCIO, K. «El acuerdo de confidencialidad en la mediación», en el libro coordinado por Arnulfo SÁNCHEZ GARCÍA y Patricia LÓPEZ PELÁEZ. *Tipología contractual de los mecanismos alternativos de solución de conflictos*, 2016, pp. 93-111; GONZALO QUIROGA, M. y BARRIGA VILLAVICENCIO, K. «El acuerdo de confidencialidad en el arbitraje», en el libro coordinado por Arnulfo SÁNCHEZ GARCÍA y Patricia LÓPEZ PELÁEZ, *Tipología contractual de los mecanismos alternativos de solución de conflictos*, 2016, pp. 113-137; GONZALO QUIROGA, M.

<http://www.contextolatinoamericano.com/site/article/politica-y-mediacion-de-conflictos-el-arte-del-encuentro>, 20 de septiembre de 2017; GONZALO QUIROGA, M. (VV. AA.). *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*, Editorial Dykinson, Madrid, 2006; GONZALO QUIROGA, M. *A mediar*, <http://www.amediar.info/mediarmarta-gonzalo-quiroga/>, mayo 2016; GONZALO QUIROGA, M. «Teletrabajo y telemediación: dos realidades y un destino», *Amediar*, <https://www.amediar.info/teletrabajo-y-telemediacion-dos-realidades-y-un-destino/>, 01/05/2020; GONZALO QUIROGA, M. y CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, Carmen. «La telemediación o mediación *online* como método alternativo de resolución de conflictos derivados del Teletrabajo», en el libro coordinado por SÁNCHEZ GARCÍA, Arnulfo. *Teletrabajo: elementos técnicos, jurídicos y gestión de conflictos*, Editorial Tirant lo Blanch, 2020.

VOCABLOS CONEXOS: Acceso internacional a la justicia. Arbitraje, mediación internacional. Mediación transfronteriza. Competencia judicial internacional. ADR/MASC/MAGA —Tipos—: Negociación, Transacción, Mediación, Conciliación, Minijudio (*Mini-Trial*), Evaluación neutral o pericial, *Fact finding*, Arbitraje, Híbridos y Derecho colaborativo.

MEDIACIÓN

1. *Concepto*

La mediación es un Método Alternativo de Solución de Conflictos (MASC/ADR) o «Métodos Adecuados para Gestionar Acuerdos» (MAGA), de carácter voluntario, en el que un tercero, denominado mediador —de forma neutral, imparcial y confidencial— facilita la comunicación entre las partes guiándolas para que sean ellas mismas las que logren comunicarse, gestionar sus conflictos y logren acordar soluciones pactadas. El mediador carece, en todo caso, de capacidad decisoria sobre

la situación conflictiva. Son las propias partes las que, con ayuda de un mediador debidamente formado para ello, son capaces de llegar a acuerdos —totales o parciales— sobre el tema que les ocupa y lo logran, a través de dicho procedimiento de mediación en el que las partes tienen durante todo el tiempo el control.

La particularidad de estos acuerdos es que, al haber sido protagonizados por las propias partes, que son las que más y mejor conocen el conflicto que protagonizan, estas se sienten satisfechas con la solución alcanzada. Solución que no ha sido impuesta por un tercero ajeno al conflicto (árbitro o juez) sino por ellos mismos en función de su realidad, valores y posibilidad de ejecución. De ahí, la garantía de éxito de los acuerdos alcanzados en mediación, su alto grado de cumplimiento voluntario por las partes y su perdurabilidad en el tiempo. Por todo ello, la mediación es todo un arte. La mediación es el arte del encuentro.

2. Caracterización básica

Del concepto enunciado se desprende la siguiente caracterización básica de la mediación:

- MASC/ADR/MAGA que requiere la intervención de una tercera persona llamada mediador.
- Mediador neutral e imparcial, cuya función no es ofrecer una solución al conflicto sino restablecer la comunicación entre los sujetos.
- Está basada en el principio de confidencialidad.
- Las partes son las protagonistas. Son ellas las que, con ayuda del mediador, diseñan todo el procedimiento, definen temas y diseñan los acuerdos a los que quieren llegar. La mediación es «como hacerse un traje a medida».

- Requiere de la existencia de un procedimiento de mediación estructurado. El mediador utiliza una estructura ya pautada de técnicas específicas para alcanzar los objetivos.
- Es una negociación asistida. Las partes actúan por sí mismas, negocian y proponen soluciones.
- Es un acto voluntario: «La mediación es un tren del que las partes siempre se pueden subir/bajar». Las partes deciden participar o no en el proceso de mediación, pueden ponerle fin en cualquier momento y no están obligadas a llegar a un acuerdo si no quieren. En consecuencia, el acuerdo únicamente se firmará si las partes están conformes con el contenido del mismo.
- El papel determinante que tienen las partes y la posibilidad que tiene el mediador de imprimir su propio estilo al proceso hacen de la mediación un instrumento muy flexible.

3. Clases

Sumariamente, las distintas clases de mediación son:

- Pública/privada
- Nacional o doméstica e/Internacionalo transfronteriza (en la UE)
- Judicial/extrajudicial
- Institucional/*ad hoc*
- Según el ámbito en el que se desarrolla la misma, en materias por supuesto disponibles, la mediación puede ser: civil, mercantil, hipotecaria, familiar, penal, laboral, educativa, vecinal, etc.

4. *Ventajas y desventajas de la mediación*

4.1. *Ventajas*

Entre las numerosas ventajas que presenta la mediación, comunes al resto de ADR/MASC/MAGA, destacan las siguientes:

- **Rapidez:** la mediación permite ahorrar tiempo y dinero. Ahora bien, la mediación, como proceso flexible que es, no tiene una duración concreta y determinada *a priori*, pero tampoco debe alargarse *sine die*. Lo normal es que su duración varíe en función del concreto proceso de mediación, según sea este civil, mercantil, penal, penitenciario, deportivo, concursal, interno o con componente internacional, etc. Un proceso de mediación familiar, por ejemplo, en general, suele constar de unas seis sesiones como máximo, distribuyéndose en una sesión por semana, con lo que el proceso en general suele durar un mes y medio. Ello depende de las partes. Si estas no pudieran reunirse una vez por semana y, por ejemplo, acordasen hacerlo una vez al mes, el proceso se alargaría entre tres a cuatro meses.

Insistimos en que depende de cada proceso y situación concreta y de la disponibilidad de las partes. Por ejemplo, en materia mercantil, las mediaciones suelen ser más breves y, a veces, se resuelven en un día o dos. Pero, no podemos generalizar. A pesar de lo enunciado no siempre será más breve una mediación mercantil que familiar, todo dependerá de las circunstancias concurrentes y concretas del caso mediado. El artículo 20 de la Ley española de Mediación (LMed) señala, en este sentido, que la duración del procedimiento de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones. En definitiva, el sentido general de la mediación es que esta sea lo más concreta posible en consonancia con la flexibilidad del procedimiento.

- Eficacia: en mediación, los acuerdos se cumplen voluntariamente. Su mayor eficacia y garantía es el alto grado de cumplimiento voluntario de los acuerdos alcanzados en mediación. Son las propias partes las que lo han hecho, están satisfechas con el resultado, particular y personalizado según sus verdaderos intereses, y los cumplen. Los acuerdos mediados se homologan ante un juez y el acuerdo de mediación tiene la misma eficacia que una sentencia y se puede elevar a título ejecutivo ante notario con su correspondiente eficacia. Si no hay acuerdo, puede servir a las partes para clarificar y delimitar el alcance real de la disputa.
- Confidencialidad, como piedra angular de la mediación. La confidencialidad es para todos los intervinientes en la mediación: partes, mediador, institución de mediación y abogados que intervengan, en su caso.
- Economía: un procedimiento de mediación ahorra considerablemente en tiempo y en costes lo que equivaldría llevar el mismo caso ante tribunales o un árbitro.
- Flexibilidad: proporciona una mayor flexibilidad y control en cuanto a los procedimientos, los intereses y las soluciones.
- Especialidad: mediadores profesionales por cada ámbito material.
- Continuidad de las relaciones personales y comerciales (familiares, civiles y mercantiles), sin el correspondiente desgaste y ruptura de relaciones que garantiza un juicio. La mediación mejora la comunicación y preserva las relaciones.
- Modernidad: ODR: *on line Dispute Resolutions*. Plataformas seguras y garantizadas para hacer mediación on line que han experimentado un considerable impulso con la pandemia provocada por el

virus SARS COVID 19, con la «telemediación» (concepto acuñado por la autora de este vocablo) o las mediaciones y resolución de conflictos a través de plataformas virtuales seguras.

- Antiformalismo; sin estar sujeto a forma ni a plazos procesales.
- Control del Proceso, en todo momento por las propias partes.

4.2. *Desventajas*

- Puede cederse algo de protección a cambio de un proceso más rápido, menos costoso y más flexible.
- Economía: Puede ser también una desventaja si las partes no alcanzan un acuerdo de mediación y tienen que iniciar el pleito judicial con la correspondiente pérdida de tiempo y dinero.
- El procedimiento y exhibición de prueba es más limitado.
- Las pruebas o la estrategia procesal se pueden revelar.
- Si es voluntaria y no hay acuerdo pueden añadirse costes y tiempo.
- Un acuerdo logrado en una mediación es difícilmente recurrible.
- El acuerdo no sirve de precedente legal.
- La mediación si no es gratuita implica el pago de honorarios al mediador.

5. *¿Cuándo se puede o se debe mediar?*

- Cuando lo dispone un contrato, norma o decisión judicial.

- Cuando sea favorable a los personales objetivos e intereses por- que se quiere resolver el problema, lo antes posible; obtener el mejor resultado monetario: decidir según las circunstancias valo- rando entre ellas la interposición de la demanda (riesgos de pér- dida y estrategias competitivas) y obtener una solución que no es posible con una sentencia.
- Antes de la presentación de la demanda para evitar la interrupción del juicio y su coste.
- Después de presentada la demanda: se protege la posición jurí- dica y se determinan las pretensiones.
- A la puerta del juicio, por ser el momento cumbre donde se de- cide quién gana o pierde y permite «salvar la situación» y no mos- trar debilidad o pérdida de fortalezas.
- Después de la sentencia, para evitar recursos, la incertidumbre de la ejecución y tratar de preservar la relación.

6. Modelos de mediación

Existen diversos modelos o enfoques sobre cómo llevar a cabo un pro- ceso de mediación. Cada uno parte de bases distintas, utiliza métodos diferentes, persigue objetivos distintos y tiene diferentes características. Entre los modelos más importantes destacan:

- Modelo de Harvard
- Modelo de Cobb
- Modelo de Bush y Folger

6.1. *Modelo de Harvard (win-win)*

Aparece en los años setenta en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, de ahí su nombre. En sus inicios tenía como objetivo la negociación bilateral en política internacional y después se fue extendiendo a otros ámbitos de la economía y el Derecho. Su modelo se orientaba a la consecución de un acuerdo y para ello se basaban en la negociación colaborativa o asistida. Sus elementos principales son: 1. separar a las personas del problema; 2. centrarse en los intereses en lugar de en las posiciones; 3. crear opciones de mutuo beneficio (crear valor); 4. establecer criterios objetivos con el consenso de las partes: Cada parte valoraría sus opciones y compararía los posibles acuerdos que se podían dar a través de una mediación en relación con su MAAN (Mejor Alternativa a un Acuerdo Negociado) en oposición al PAAN (Peor Alternativa a un Acuerdo Negociado). A raíz de la comparación entre ambas partes decidirían llegar así a una solución y llegar o no a aceptar el acuerdo.

6.2. *Modelo de Sara Cobb o modelo circular narrativo*

Comienza a desarrollarse a principios de los noventa por Sara B. Coob, mediadora y profesora de la Universidad de California y tiene su origen en el ámbito de la mediación familiar. Hasta entonces, siguiendo el Modelo de Harvard, se carecía de elementos relacionados con la comunicación y las emociones. De ahí que S. Coob impulsara la comunicación en sus mediaciones y denominara a su modelo circular narrativo. Circular, porque parte de una concepción circular de comunicación y causalidad y narrativo porque las partes narran sus historias de modo diferente.

Esta escuela focaliza sus esfuerzos en la comunicación e interacción entre las partes. De ahí que para ellos la solución del conflicto no es una prioridad. Sus elementos principales son la comunicación, el conflicto y el cambio. El conflicto desaparecerá si se mejora la relación entre las partes.

6.3. *Modelo de Bush y Folger o modelo transformativo*

En la mediación transformativa no se pretende únicamente la solución del conflicto. Esta no es la única finalidad y ni siquiera la más prioritaria. Lo más importante es la aceptación de que el conflicto existe y es inherente a la persona. Lo que se pretende es cambiar la situación creada y el entorno conflictivo que lo ha producido, acentuando los aspectos más humanos de la mediación.

En el modelo transformativo, gracias a la mediación, se desarrollan las capacidades de los ciudadanos, que se sienten responsables y reconocidos en su propia capacidad para resolver conflictos. Sin reconocimiento no se puede alcanzar el acuerdo. Así, la mediación se convierte en un método para la convivencia social, cultural e internacional que refuerza la cultura de la paz.

Se utiliza, generalmente, en los conflictos comunitarios. El mayor compromiso por las partes hace que los acuerdos, si se producen, sean más consolidados y efectivos por lo que es una herramienta idónea para prevenir conflictos. Por el contrario, al no tener efectos inmediatos, si el mediador no es muy hábil, las partes pueden considerar las sesiones como una pérdida de tiempo.

7. *El rol de la mediación*

Delimita la formación y capacitación del profesional de la mediación. Consiste en determinadas capacidades y competencias, técnicas que todo mediador debe dominar dirigidas a procurar la comunicación de las partes en conflicto para facilitarles llegar a acuerdos totales o parciales sobre el tema que les ocupa, implicándoles y comprometiéndoles en la adecuada gestión de sus propios acuerdos.

7.1. *Rol del mediador*

- Mejora la comunicación entre las partes.
- Ayuda a definir claramente su problema.
- Ayuda a comprender los intereses de cada parte.
- Ayuda a generar opciones para solucionar la disputa.
- No impone una solución al problema y hace que sean las partes las que decidan.

7.2. *Funciones del mediador*

- Reducir la tensión.
- Facilitar la comunicación entre las partes.
- Ayudar en la formulación de propuestas positivas y acuerdos, como parte del proceso o como su culminación.
- Escuchar para promover la reflexión de las personas sometidas a presiones y conflictos.
- Generar confianza en las soluciones de las partes.
- Derivar los casos hacia otros profesionales cuando la mediación resulte ineficaz.

8. *Técnicas y habilidades necesarias en la mediación*

- Escucha activa empática o «parafrasear»: recoger la información expresada por las partes, ponerla en sus propias palabras y devol-

verla a los emisores, recogiendo tanto el contenido como las emociones expresadas.

- Reenmarcación de frases negativas o «reformulación» o «reencuadre»: trata de controlar la ira, el dolor, la rabia en la exposición de sus razones y motivos de cara a gestionar el conflicto. Se trata de que la forma no perjudique al fondo y para ello, es esencial, eliminar los insultos, los comentarios desagradables, venenosos y dañinos así como las descalificaciones, falsedades, tergiversaciones, etc.
- Realizar preguntas:
 - Es fundamental que las preguntas sean «abiertas» y evitar las «cerradas».
 - Preguntas, pues, que permitan que las partes expresen sus intereses, objetivos y deseos de manera clara y precisa.
- Equilibrar el poder
 - En las situaciones donde el desequilibrio de poder es muy elevado (y/o insalvable), hay que determinar la viabilidad de la mediación.
 - Si esta es factible, aunque existan desequilibrios de poder, el mediador ha de procurar que la parte «débil» se sienta segura y pueda expresar y manifestar sus opiniones, deseos, etc., de manera que en el proceso el poder esté equilibrado.
- Gestionar la ira y las emociones fuertes:
 - Evitar la excesiva tensión, angustia, miedo o emociones «fuertes».

- Técnicas de afrontamiento: nombrar las emociones y tratar de atenuarlas buscando la causa subyacente.
 - Técnicas de «enfriamiento»: proponer descansos, recesos o sesiones por separado.
 - En todo momento, el mediador ha de controlar sus propias emociones y mantener la serenidad.
- Resolver los estancamientos con intervenciones
- Cuando la mediación se estanca, el mediador ha de buscar salidas: cambios de temas, cambios de espacio físico, invitación a participar a terceros o expertos, uso del humor.
 - Cuando el mediador propone alternativas, estas han de ser neutrales y no inclinar hacia ningún lado.
- Velar por la eficacia de los resultados del proceso
- Velar por la calidad del acuerdo.
 - Mejorar las relaciones entre las partes, de manera que sean capaces por sí mismas de resolver disputas futuras.
 - Lograr la satisfacción y la confianza de las partes con la mediación.
 - Aunque no se alcance un acuerdo, estos resultados deben perseguirse siempre.
- Intervenir de modo neutral con el contenido y asertivo con el proceso

- El mediador ha de ser asertivo (no agresivo) con el proceso: cumplir con las pautas, respeto entre las partes, posibilitar la comunicación y expresión de los intereses de las partes, etc., manteniendo siempre su imparcialidad y neutralidad con las partes y el conflicto.
- Recordemos que si cualquiera de las partes «sienten» que el mediador se inclina más por una parte que por otra esta abandonará la mediación por sentirse en desventaja.

Asimismo, hay otras actitudes y habilidades necesarias en la mediación:

- Capacidad de escucha y paciencia.
- Capacidad de síntesis y de potenciación de las soluciones que propongan las partes.
- Imparcialidad, a pesar de las ofensas que se hayan dirigido entre las partes.
- Optimismo, capacidad de desarrollo de sentido del humor.
- Habilidad para transmitir serenidad.
- Sencillez en la expresión de lo que es y pretende lograr la mediación (controlar expectativas).
- Sensibilidad ante las emociones de las personas, pero también capacidad para no dejarse influir por los intentos de las partes para que se ponga de su parte («chantaje emocional»).
- Confidencialidad.
- Actitud ética: no «teórica», sino con una actitud pragmática.

- Tener conocimientos de los procesos psicosociales de los conflictos, de las relaciones interpersonales y de la comunicación (verbal y no verbal) Vinyamata (2003).

9. *El proceso de mediación: fases*

Es importante dar a conocer a las partes las pautas que han de seguirse en el proceso:

- Explicitar la aceptación de las partes de someterse al proceso (voluntariedad) y de aceptar al mediador, especificando que, en cualquier momento y si las partes así lo desean pueden abandonar la mediación.
- Conocer las posibilidades y los límites de la mediación.

No hay que olvidar que la mediación es un proceso ordenado pero a la vez sencillo y flexible que, a diferencia del proceso judicial en el que las alegaciones de las partes quedan limitadas a las pretensiones que son objeto del proceso sin que las partes puedan salirse del camino marcado, en la mediación son las partes las que van fijando, en función de sus intereses, todos los temas y cuestiones que consideren necesario tratar para gestionar y, en su caso, resolver el conflicto.

Sin embargo, a pesar de que la mayoría de las actuales Leyes de Mediación señalan en sus preámbulos que el proceso de mediación es sencillo y flexible y que permite que sean los sujetos implicados en la mediación los que determinen libremente sus fases fundamentales, es necesario puntualizar dicha afirmación, ya que será el propio mediador, o si hubiera comediación el equipo de mediación, los que determinen, caso por caso y según las circunstancias, las fases en las que se desarrolla el proceso de mediación. En este sentido, podemos distinguir las siguientes fases en el proceso de mediación:

1. «Premediación»: Introducción y «contrato» de mediación. Las partes reciben información sobre el proceso y se comprometen libremente a participar.
2. Recogida y síntesis de la información. Las partes comparten la información y expresan cómo les afecta y el modo en que están viviendo la situación.
3. Identificación de los temas nucleares y acuerdo sobre el esquema o guión a seguir. El mediador, con el acuerdo de las partes, establece una división de las partes del problema y el orden a seguir.
4. Lluvia de ideas. Generación de ideas y opciones sin compromiso en los temas tratados. El mediador facilita la discusión de manera que se planteen alternativas y aumente la flexibilidad.
5. Negociación para encontrar soluciones *razonables* u *óptimas*. Las partes evalúan las alternativas y formulan acuerdos sobre los diversos temas en discusión.
6. Recapitulación, acuerdo/s final/es y cierre.

10. *Mediación vs. Tribunales: Tabla comparativa*

| MEDIACIÓN | TRIBUNALES |
|---|---|
| Proceso y resultados controlados por las partes | Proceso y resultados controlados por un juez (o jueces) |
| Proceso colaborativo | Proceso adversarial |
| Diversidad de criterios | Criterios <i>legales</i> |
| Se pueden abordar temas diversos | Se atiende solo a los que proceden |

| Confidencial | Público |
|-----------------------------------|--------------------------------------|
| No sienta precedente | Sienta precedente |
| Soluciones creativas | Soluciones tradicionales o previstas |
| Orientado a los intereses | Orientado a las posiciones (poder) |
| Escasos problemas de cumplimiento | Problemas de cumplimiento |
| Proceso (en general) rápido | Proceso (en general) más lento |
| Proceso voluntario | Proceso obligatorio |
| Estrategias <i>ganar-ganar</i> | Estrategias <i>perder-ganar</i> |
| Facilita las relaciones futuras | Crea distancias en las relaciones |
| Basado en la naturaleza humana | Basado en las instituciones |
| Protege la imagen | Perjudica la imagen |
| Suele generar menos estrés | Supone costes físicos y emocionales |
| Origina empatía | Origina hostilidad |

11. *¿Qué eficacia jurídica tienen los acuerdos alcanzados en mediación?*

Hay que distinguir entre los acuerdos alcanzados en mediación extrajudicial y mediación judicial:

- Los acuerdos alcanzados en una *mediación extrajudicial*, aquella que se realiza sin que se haya iniciado ningún procedimiento judicial, tendrán la consideración de contrato o incluso de transacción ex-

trajudicial con lo que vincularían a las partes. El artículo 23.3 de la Ley española de Mediación sobre asuntos civiles y mercantiles señala que el mediador informará a las partes del carácter vinculante del acuerdo. Pero, a mayor abundamiento se prevé, en el artículo 25, la posibilidad de elevar a escritura pública los acuerdos alcanzados en mediación para que alcancen el valor de título ejecutivo, encargando al notario la labor del control de que se cumplen los requisitos establecidos en la Ley y que el acuerdo no es contrario a derecho.

- Los acuerdos alcanzados en un procedimiento de *mediación intrajudicial*, es decir, cuando el procedimiento ya estuviera iniciado, las partes podrán solicitar al juez su homologación de acuerdo con lo que señala la Ley procesal civil.
- El Tribunal competente para la ejecución de los acuerdos de mediación, por ejemplo, en España (artículo 26 LMed) varía, en función de si la ejecución es:
 - Para los acuerdos logrados en una mediación iniciada estando en curso un proceso, aquí se instará la ejecución ante el tribunal que homologó el acuerdo.
 - Si se tratase de acuerdos formalizados tras un procedimiento de mediación será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se hubiera firmado el acuerdo de mediación, de acuerdo con lo previsto en el apartado 2 del artículo 545 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
- Ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos. En virtud del artículo 27 LMed española: 1. sin perjuicio de lo que dispongan la normativa de la Unión Europea y los convenios internacionales vigentes en España, el reconocimiento y ejecución de un acuerdo de mediación se producirá en la forma prevista en la

Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil; 2. un acuerdo de mediación que no haya sido declarado ejecutable por una autoridad extranjera solo podrá ser ejecutado en España previa elevación a escritura pública por notario español a solicitud de las partes, o de una de ellas con el consentimiento expreso de las demás; 3. el documento extranjero no podrá ser ejecutado cuando resulte contrario al orden público español.

*Autora: Marta Gonzalo Quiroga
(Árbitro internacional. Mediadora.*

Profesora titular de DIPr. Universidad Rey Juan Carlos, Madrid)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: AA. VV. *Mediación penitenciaria —una esfera de la justicia restaurativa—*, Editorial Tébar Flores, México, 2020; AGUILAR LORENZO, Jesús y GONZÁLEZ MORALES, María del Carmen. *¿Qué es la mediación?*, Editorial Tébar Flores, 2018; ALCOVER, C. M.^a. (2006). «La mediación como estrategia para la resolución de conflictos: una perspectiva psicosocial». En GONZALO, M. (coord.). *Métodos alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*, pp. 113-129, Madrid: Dykinson; ARGUDO PÉRIZ, José Luis (dir.), JÚLVEZ LEÓN, María Ángeles (coord.) y GONZÁLEZ CAMPO, Francisco (coord.). *Mediación y tutela judicial efectiva. La justicia del siglo XXI*, Colección de Mediación y Resolución de Conflictos, Reus Editorial, Madrid, 2019; BOTANA CASTRO, Vanesa, FERNÁNDEZ MUIÑOS, Beatriz y PEREIRA PARDO, María del Carmen. *La mediación paso a paso. De la teoría a la práctica*, Editorial Dykinson, Madrid, 2013; CABRERA MERCADO, Rafael (dir.) y QUESADA LÓPEZ, Pedro (coord.). *La mediación como método para la resolución de conflictos*, Dykinson, Madrid, 2017; COBLER, Elena, GALLARDO, Rosa y PÉREZ, Jordi. *Mediación policial: teoría para la gestión del conflicto*. Madrid: Dykinson, 2014; CONFORTI, Franco. *Construcción de paz, diseño de intervención de conflictos*, Dykinson, Madrid, 2018; GARCÍA VILLALUENGA, Leticia. *Mediación en conflictos familiares: una construcción desde el Derecho de familia*, Editorial Reus, 2018; GONZALO QUIROGA, M. (dir.). en AA. VV. *Métodos alternativos de resolución de conflictos: Perspectiva multidisciplinar*, Dykinson, Madrid,

2006; GONZALO QUIROGA, M. «Introducción a los MASC: diagnóstico de la situación general», en GONZALO QUIROGA, M. (dir.). AA. VV. *Métodos alternativos de resolución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2006; GONZALO QUIROGA, M. y GORJÓN GÓMEZ, F. (dirs.) y SÁNCHEZ GARCÍA, Arnulfo (coord). «Métodos alternos de solución de conflictos: herramientas de paz y modernización de la justicia», Dykinson, Madrid, 2011; GONZALO QUIROGA, M. «Mediación, democratización y descongestión de la Justicia en el marco de la OEA. ADR/MASC en la República de Panamá», *Quaderni Di Conciliazione*, n.º 8, 2019, pp. 89-109; GONZALO QUIROGA, M. «Mayoría de edad de la mediación en Panamá: actualización y propuestas de mejora. — Legal age of mediation in Panama: update and proposals for improvement», *Anuario de Mediación y Solución de Conflictos*, 2019; GONZALO QUIROGA, M. «Mediación en la esfera internacional: actualidad y retos transfronterizos», capítulo V del libro dirigido por CHICO DE LA CÁMARA, P. *Las medidas alternativas de resolución de conflictos (ADR) en el ordenamiento jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 157-166, tiene una 2.ª ed., en la misma editorial en 2019, pp. 162-196; GONZALO QUIROGA, M. «La mediación de conflictos en familias LGBTI con trascendencia internacional: análisis práctico de un caso real», en el libro: *La solución alternativa de conflictos en los nuevos modelos de familia*, directores, Arnulfo SÁNCHEZ GARCÍA y Patricia LÓPEZ PELÁEZ, editorial Thomson Reuters, 2018, pp. 71-99; GONZALO QUIROGA, M. «Marco Regulatorio comunitario en materia de mediación», en el libro: *Práctica de la mediación en España*, capítulo del libro: «Práctica de la mediación en España», directores, GORJÓN GÓMEZ, F. J. y SÁNCHEZ GARCÍA, A., editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2020; GONZALO QUIROGA, M. «Novedades derivadas del Anteproyecto de Ley de impulso de la mediación», en el libro: *Práctica de la mediación en España*, directores, Francisco Javier GORJÓN GÓMEZ y Arnulfo SÁNCHEZ GARCÍA, editorial Tirant lo Blanch, 2020; GONZALO QUIROGA, M. «Guía de tramitación de una mediación para abogados europeos explicada con un caso de mediación familiar intrajudicial con elementos transfronterizos», capítulo del libro: *Práctica de la mediación en España*, directores: GORJÓN GÓMEZ, F. J. y SÁNCHEZ GARCÍA, A. editorial Tirant lo Blanch, Valen-

cia, 2020; GONZALO QUIROGA, M. y BARRIGA VILLAVICENCIO, K. «Jurisprudencia española comentada, doctrina, normativa, guías, formularios y otras herramientas de consulta para la abogacía en procesos de mediación», capítulo del libro: *Práctica de la mediación en España*, directores: GORJÓN GÓMEZ, F. J. y SÁNCHEZ GARCÍA, A., editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2020; GONZALO QUIROGA, M. «Jurisprudencia europea comentada, doctrina, normativa, guías, formularios y otras herramientas de consulta para la abogacía en procesos de mediación transfronteriza», en el libro: *Práctica de la mediación en España*, directores, GORJÓN GÓMEZ, F. J. y SÁNCHEZ GARCÍA, A. editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2019; GONZALO QUIROGA, M. *La responsabilidad de la abogacía en la construcción de una cultura de la mediación*, 9 de mayo de 2019: <https://www.amediar.info/responsabilidad-de-la-abogacia-y-cultura-del-acuerdo>; GONZALO QUIROGA, M. «Prontuario de utilidad para el abogado en materia de mediación: ¿Dónde encontrar normativa, doctrina, herramientas de interés y jurisprudencia al respecto?», 2019, *Revista de Mediación*; FERREIRÓ, Carlos, SIRVENT, Ana y otros. *La mediación en el Derecho penal de menores*. Madrid: Dykinson, 2011; MARTIN DIZ, Fernando (dir.), CARRISO GOZÁLEZ-CASTELL, Adán (coord.). *Mediación en la administración de justicia, implantación y desarrollo*, Andavira Editores, España, 2017; MNOOKIN, R. H., PEPPEY, S. R. y TULUMELLO, A. S. (2002). *Resolver conflictos y alcanzar acuerdos. Cómo plantear la negociación para generar beneficios*. Barcelona: Gedisa; MORALES FERNÁNDEZ, María Gracia. *La mediación. Sistemas alternativos de resolución de conflictos. Sistemas complementarios al proceso. Un enfoque constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva*, Athenaica Ediciones Universitarias, España, 2017; MULHOLLAND, J. (2003). *El lenguaje de la negociación. Manual de estrategias prácticas para mejorar la comunicación*. Barcelona, Gedisa; MUNDUATE, L. y MARTÍNEZ, J. M. (1998). *Conflicto y negociación*. Madrid: Pirámide; MUNDUATE, L. y MEDINA, F. J. (coords.). (2005). *Gestión del conflicto, negociación y mediación*. Madrid: Pirámide; ORTUÑO MUÑOZ, José Pascual. *Justicia sin jueces, métodos alternativos a la justicia tradicional*, Editorial Ariel, España, 2018; OVEJERO, A. (2004). *Técnicas de negociación. Cómo negociar eficaz y exitosamente*. Madrid: McGraw-Hill; VARGAS PAVEZ, Macarena. «Mediación obligatoria.

Algunas razones para justificar su incorporación», *Revista de Derecho*, vol. XXI, n.º 2, diciembre, 2008; VINYAMATA, E. (1999). *Manual de prevención y resolución de conflictos. Conciliación, mediación, negociación*. Barcelona: Ariel; ID. (2003). *Aprender mediación*. Barcelona: Paidós; ID. (2005). *Conflictología. Curso de resolución de conflictos*. Barcelona: Ariel; ID. (coord.). (2003). *Aprender del conflicto. Conflictología y educación*. Barcelona: Graó; ID. (coord.) (2003). *Guerra y paz en el trabajo. Conflictos y conflictología en las organizaciones*. Valencia: Tirant lo Blach. Páginas web relacionadas: Consejo General del Poder Judicial:

<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Mediacion/JUSTICIA>

RESTAURATIVA: [http://blogdelajusticiarestaurativa.blogspot.com/actualización semanal 2018/2019](http://blogdelajusticiarestaurativa.blogspot.com/actualizacion-semanal-2018/2019) (aquí se pueden suscribir gratuitamente y recibiréis información actualizada sobre mediación y justicia restaurativa).

APARTADO DE BIBLIOGRAFÍA/WEBGRAFÍA SOBRE MEDIACIÓN/COVID-19 Y JUSTICIA: 1) una oportunidad para la mediación en tiempos del COVID:

<https://www.expansion.com/juridico/opinion/2020/04/14/5e945288e5fdea0e0e8b460a.html>; 2) el impacto de la COVID-19 en la

administración de justicia. La necesidad de impulsar la mediación en el ámbito civil: <https://revistademediacion.com/articulos/el-impacto-de-la-covid-19-en-la-administracion-de-justicia-la-necesidad-de-impulsar-la-mediacion-en-el-ambito-civil/>; 3) métodos alternativos de resolución

de conflictos en tiempos de COVID-19: la gran oportunidad de la mediación: <https://elderecho.com/metodos-alternativos-de-resolucion-de-conflictos-en-tiempos-de-covid-19-la-gran-oportunidad-de-la-mediacion/>; 4) la mediación en tiempos de crisis por coronavirus:

<https://elderecho.com/metodos-alternativos-de-resolucion-de-conflictos-en-tiempos-de-covid-19-la-gran-oportunidad-de-la-mediacion/>; 5) mediación en tiempos de COVID-19. Reflexiones de un magistrado: <https://mediacionesjusticia.com/mediacion-en-tiempos-de-covid-19-reflexiones-de-un-magistrado/>; 6) los beneficios de la mediación en tiempos de COVID-19:

<https://www.bdv.cat/es/noticies/los-beneficios-de-la-mediacion-en-tiempos-de-covid-19>; 7) la mediación electrónica en tiempos de coronavirus: <https://blog.sepin.es/2020/03/demasiado-tiempo-juntos-los-conflictos-en-tiempos-de-coronavirus-la-mediacion-electronica/>; 8) mediación y COVID-19. Qué podemos aprender. <https://www.legalmondo.com/es/2020/04/mediacion-covid19-que-podemos-aprender/>; 9) teletrabajo y telemediación: dos realidades y un destino. Autora: Marta Gonzalo Quiroga: <https://www.amediar.info/teletrabajo-y-telemediacion-dos-realidades-y-un-destino/>; 10) GONZALO QUIROGA, M. y CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, M.^a C. «La telemediación o mediación o line como método alternativo de resolución de conflictos derivados del teletrabajo», en la obra *Teletrabajo. Elementos técnicos, jurídicos y gestión de conflictos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

VOCABLOS CONEXOS: Derecho fundamental. Competencia judicial internacional. Derechos humanos. Foros. Arbitraje. Mediación. MASC/ADR. Métodos alternativos de solución de conflictos. Mediación internacional.

MEDIACIÓN INTERNACIONAL/MEDIACIÓN TRANSFRONTERIZA

1. Concepto

En el DIPR es esencial la resolución de conflictos mediante acuerdos —conseguidos en mediación o acuerdos mediados— con un alto grado de satisfacción y cumplimiento para las partes. Si en los sistemas internos la mediación supone un método extrajudicial de solución de conflictos que, confidencial y amistosamente, permite ahorrar tiempo, dinero y evitar el desgaste asociado a la justicia pública, en el DIPR, donde la complejidad de los supuestos se dispara —con tribunales competentes de diversos Estados, el juego de los foros de competencia, derecho aplicable con sus legislaciones y cultura jurídica diferente y las dificultades de

la ejecución en tribunales y Estados ajenos a aquel que dictó sentencia, con el considerable aumento de costes a todos los niveles— no es de extrañar que desde la práctica totalidad de los organismos internacionales se abogue por la mediación en un marco de justicia y cultura de paz.

La mediación internacional es aquella que se utiliza para gestionar un conflicto o conflictos en un marco internacional o globalizado (por ejemplo, la mediación mercantil internacional que surge para arreglar las diferencias entre una empresa americana y otra española; o para el caso de sustracción internacional de menores en el que el padre se ha llevado su hijo a México mientras la madre permanece, v. gr., en España). En principio, el factor sustancial que diferencia la mediación internacional de aquella interna es el elemento extranjero. Pero, al igual que ocurre en DIPr, la nacionalidad no es determinante para establecer la internacionalidad del caso sino el domicilio. Así, gracias a la mediación las partes, particulares o empresas, que tengan sus domicilios en Estados diferentes pueden, gracias a la ayuda de un mediador internacional, gestionar sus acuerdos de la manera más adecuada para sus circunstancias e intereses. Llegando a soluciones que, de otro modo, no se lograrían e incluso no serían ni planteadas ante la maraña de dificultades idiomáticas, legales, financieras, culturales, prácticas y de todo tipo que provoca que, en la actualidad, las partes desistan de llevar sus controversias a la justicia al tratarse de casos de DIPr, disuadidos por su dificultad.

Prueba de ello, sin ir más lejos, es el Proyecto AMICABLE en la UE: <https://www.amicable-eu.org/>, para responder, a través de la mediación, a los casos de sustracción internacional de menores. Supuestos que, siguiendo los mecanismos tradicionales del DIPr provocaban, en más ocasiones de las deseadas, mayores conflictos que los inicialmente planteados cuando un progenitor sustrae a sus vástagos. De hecho, la UE está haciendo un considerable esfuerzo para impulsar la mediación en los casos, familiares y mercantiles transfronterizos, tradicionalmente llevados por los mecanismos del DIPr. De ahí, la regulación comunitaria de la mediación a través de la Directiva 2008/52/CE del Parlamento

Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles.

A ello se une, en la vertiente normativa internacional, la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL sobre conciliación comercial internacional con la guía para su incorporación al Derecho interno y utilización 2002, modificada por la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Mediación Comercial Internacional y Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (2018):

https://uncitral.un.org/es/texts/mediation/modellaw/commercial_conciliation.

Y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación, aprobada el 20 de diciembre de 2018 y conocida también como la Convención de Singapur sobre la Mediación.

Sin embargo, en la actualidad, en el comercio internacional, la mediación es un sistema que dista de gozar del predicamento práctico que sería deseable, salvo en los países anglosajones. Estos lo están expandiendo a soluciones de conflictos en el ámbito mercantil internacional, como en su día hicieron con el arbitraje. En el ámbito familiar internacional, la mediación internacional es más utilizada en los casos de sustracción internacional de menores, así como en aquellos relativos a crisis matrimoniales internacionales (separaciones, divorcios, etc.).

2. Distinción entre Mediación internacional y mediación transfronteriza

La mediación transfronteriza es aquella empleada para gestionar un conflicto en el marco de la Unión Europea (por ejemplo, por citar casos correlativos al anterior: la mediación trasfronteriza que se ha instado para arreglar las diferencias entre una empresa francesa y otra española, o para el caso de una sustracción internacional de menores en el que el padre se ha llevado su hijo a Francia mientras la madre permanece en

Alemania). No obstante, a la mediación transfronteriza muchas veces se le denomina mediación internacional porque, como se colige, la segunda englobada a la primera. Todos los casos de mediación transfronteriza son casos de mediación internacional, pero no todos los casos de mediación internacional son transfronterizos. Para ello tendrían que darse entre ciudadanos o empresas domiciliadas en la Unión Europea. Hay muchos tipos de conflictos transfronterizos, tanto como de conflictos nacionales y, al igual que ocurre con los conflictos internos, si son disponibles para las partes y así lo deciden voluntariamente las partes, son mediables.

La mediación en DIPr se centra en los conflictos transfronterizos civiles y mercantiles.

- Conflictos transfronterizos civiles: Son aquellos que afectan a ciudadanos, derechos, situaciones y personas entre ellos, destacan particularmente los familiares.
- Conflictos transfronterizos mercantiles: Son aquellos que afectan al comercio, mercancías, patrimonio, empresas y los conflictos que entre ellas se originan, entre sus trabajadores o socios, cuando la empresa despliega una actividad transfronteriza o se ve afectada por la misma.

Estos conflictos han sido gestionados tradicionalmente por mecanismos o procesos judiciales internacionales típicos del DIPr (competencia judicial internacional, Derecho aplicable y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras) pero, precisamente, aquí es donde tiene su campo de actuación privilegiado la mediación. Con el tiempo y las interesantes iniciativas de la Unión Europea, dirigidas a impulsar la mediación transfronteriza, es de prever que, en un futuro no muy lejano, se incremente el número de las mismas en el marco de la Unión.

La UE señala expresamente en el artículo 2 de la Directiva 2008/52 de mediación, cuándo un conflicto (litigio) es transfronterizo. Y lo hace del siguiente modo:

A efectos de la presente Directiva, se entenderá por litigio transfronterizo aquel en que al menos una de las partes está domiciliada o reside habitualmente en un Estado miembro distinto del Estado miembro de cualquiera de las otras partes en la fecha en que las partes acuerden hacer uso de la mediación una vez surgido el litigio (mediación extrajudicial), un tribunal dicte la mediación (mediación intrajudicial), sea obligatorio recurrir a la mediación a tenor de la legislación nacional (mediación obligatoria en determinados casos según legislación). A efectos del artículo 5, se remita una invitación a las partes. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, a efectos de los artículos 7 y 8 de la presente Directiva, también se entenderá por litigio transfronterizo aquel en el que se inicie un procedimiento judicial o un arbitraje tras la mediación entre las partes en un Estado miembro distinto de aquel en que las partes estén domiciliadas o residan habitualmente en la fecha que contempla el apartado 1, letras a), b) o c).

A efectos de los apartados 1 y 2, el domicilio se determinará de conformidad con los artículos 59 y 60 del Reglamento (CE) n.º 44/2001. (Nota: La segunda parte de este artículo está desactualizado. Habría que corregirlo y reformarlo, dado que el Reglamento al que alude ya no está en vigor. Para actualizado, tendríamos que sustituirlo por el Reglamento de Bruselas 1 Bis, en vigor desde enero de 2015: RB1bis: Reglamento (UE) núm. 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil).

3. Características

Las características básicas de la mediación internacional o bien, los elementos que deberían caracterizar un procedimiento de mediación internacional son, esencialmente: La existencia de partes en o de diferentes países; distintos sistemas legales; posibilidad de distintos idiomas; distintas culturas; diversa comprensión del conflicto y forma diferente de ges-

tionarlo, etc. De ahí que, por sus propias características, una mediación internacional va a implicar una serie de cuestiones formales:

- Elección del centro o proceso de mediación.
- Elección del mediador.
- Elección del lugar de mediación. Aspecto importante porque determinará el juez competente para homologar el acuerdo o instar a su ejecución.
- Elección del idioma de mediación.
- Elección de la ley aplicable.
- El acuerdo de mediación internacional y su eficacia (reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras: acuerdos y títulos ejecutivos) (*vid.* los vocablos del presente diccionario relativos a estos aspectos del DIPr y la referida Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación [Nueva York, 2018], la Convención de Singapur sobre la Mediación, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional).

4. *Procedimiento de mediación internacional*

Como no podía ser de otra manera, muchas de las características del procedimiento serán comunes a los procedimientos de mediación internos, de ahí que vamos a recalcar algunas y en otros casos matizarlas:

- *Voluntariedad*

Es la base de todo procedimiento de mediación, interna o internacional. La voluntad de las partes es esencial para iniciar el proceso, para perma-

necer en él o abandonarlo cuando quieran y, también, la voluntad en cuanto al control en la resolución del conflicto por las partes, así como en los acuerdos, parciales o totales, que decidan voluntariamente adoptar. Se excluiría de este rasgo a los supuestos en que la mediación ha sido delegada por un juez y en las mediaciones obligatorias previstas por una ley nacional, dado que aquí no se da estrictamente la autonomía de la voluntad. La mediación, así como el resto de los MASC/MAGA basa su legitimidad en la autonomía de la voluntad de las partes que voluntariamente deciden resolver sus diferencias acudiendo a ellos.

- *Flexibilidad*

Si la flexibilidad es ya de por sí en los procedimientos de mediación interna una ventaja y característica fundamental, ello se incrementa en los procedimientos de mediación internacional, donde las diferencias culturales, perceptivas y de valores hacen que la flexibilidad del mediador y del procedimiento adquiera un papel fundamental a la hora de hacer ese «traje a medida para las partes» adaptado a los gustos «internacionales» de las partes y perfecto para ellos.

- *Confidencialidad*

Al igual que en los procedimientos de mediación interna la confidencialidad es esencial. Confidencialidad que debe ser asegurada en todo momento y garantizada tanto por el mediador como por las partes, y sus abogados si los tuvieran, en el proceso de mediación. Todos se comprometen a no difundir ni emplear en un futuro juicio la documentación derivada de este procedimiento de mediación. De ahí que si así lo quisiera el mediador y las partes, se firmaría expresamente la correspondiente cláusula de confidencialidad, en el idioma o idiomas de las partes o en aquel fijado en el procedimiento de la mediación internacional, para asegurar la confidencialidad y no dar lugar a dudas por si la legislación de alguna de las partes, o la derivada del procedimiento de mediación,

no contemplara específicamente dicha confidencialidad o esta se interpretara de manera diferente en países distintos o legislaciones diferentes.

- *Confianza*

Depositada en el mediador y en el proceso que inician. La confianza es fundamental en la mediación internacional. Por supuesto que es indiscutible también en la interna, pero si ya, a la hora de acudir a la justicia tradicional en los conflictos internacionales las partes no suelen reclamar por desconfianza en el sistema (desconfianza ante los distintos tribunales a los que se puede llevar el litigio siguiendo las normas de DIPr; normas de conflictos y distintas legislaciones aplicables; mayor complicación; aumento de costes, gastos y tiempo; idiomas y culturas distintas; etc.) en las mediaciones internacionales, al enfrentarse a una situación más complicada de por sí con el elemento añadido de la internacionalidad del conflicto, unido a la distancia, a culturas diferentes en juego, valores distintos, etc., se necesita confiar en una persona, en un mediador que pueda armonizar y dar seguridad, gracias a sus habilidades específicas y a una mayor empatía a la hora de gestionar diversos intereses en juego.

5.2. *Cuestiones de DIPr aplicadas a la Mediación internacional*

5.2.1. *Competencia Judicial Internacional (CJI)*

Las normas de DIPr no son de aplicación para la mediación ni para el mediador, como tampoco lo son para el resto de ADR/MASC/MAGA que operan en un entorno internacional: arbitraje, negociación, etc. De manera que, es irrelevante detenerse a contemplar si hay un juez competente para dirimir sobre un caso de mediación pues, en el caso de que fuera una mediación internacional derivada de un procedimiento judicial, esto es: mediación intrajudicial internacional, la competencia ya vendría previamente avalada por las normas de competencia judicial inter-

nacional aplicadas para determinar la CJI del juez que decide del asunto que él mismo ha considerado conveniente derivar a mediación.

Y, si fuera de una mediación internacional extrajudicial el único juez que podría entrar aquí a ser contemplado en CJI sería aquel al que solicitásemos la homologación del acuerdo de mediación internacional o su reconocimiento o ejecución, posteriormente, tras realizarse la mediación y llegar a un acuerdo. Esto es, el juez competente para, en el caso de que hubiera problemas de cumplimiento, dotar de eficacia a ese acuerdo internacional de mediación. Y este, por lo general, corresponde al juez del lugar en el que se ha llevado a cabo la mediación.

5.2.2. *Derecho aplicable*

Son muchas las cuestiones y matices que se derivan del Derecho aplicable a la mediación internacional pues, en principio, si bien la mediación no implica la aplicación de una normativa específica y tiende a prescindir del Derecho, esta solo es posible porque está amparada por la normativa, las leyes de mediación que, precisamente, la permiten expresamente. En un contexto internacional, además, los mediadores siempre habrán de respetar, a la hora de llegar a acuerdos y plasmarlos como tales, las normas de policía, orden público y normas imperativas que pudieran afectar a la validez de dicho acuerdo y, en consecuencia, a su eficacia en la fase posterior, de reconocimiento y ejecución. En líneas generales, la ley aplicable a la mediación será la ley del país donde el mediador, prestador del servicio de mediación, tenga su residencia habitual en aplicación de las normas de DIPr aplicable a este efecto (*vid.* vocablo Derecho aplicable en DIPR).

5.2.3. *Reconocimiento y ejecución de los acuerdos de mediación: Eficacia procesal*

La eficacia de los acuerdos internacionales de mediación se regula de manera distinta para aquellos acuerdos procedentes de países comunita-

rios y aquellos extracomunitarios. Para los primeros, son de aplicación los Reglamentos de Bruselas I bis y Bruselas II bis previstos a tal efecto para los casos de DIPr (*vid.* vocablos relativos) Y, para los segundos, junto a las materias no reguladas por estos reglamentos, los acuerdos de mediación serán ejecutados según lo previsto en la Ley de Cooperación Jurídica Internacional 29/2015, garantizando, en todo caso, el respeto al orden público transnacional, realmente internacional o auténticamente internacional, del país en el que el acuerdo internacional de mediación tenga que desplegar sus efectos. Sin descuidar la Convención de Singapur sobre la Mediación que no ha hecho más que echar a andar en 2018/19.

*Autora: Marta Gonzalo Quiroga
(Mediadora. Árbitra internacional.*

Profesora titular de DIPr. Universidad Rey Juan Carlos, Madrid)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: AA. VV. *Métodos alternativos de solución de conflictos. Instrumentos de paz y modernización de la Justicia*, obra dirigida por Marta GONZALO QUIROGA y por Francisco JAVIER GORJÓN Gómez y coordinada por Arnulfo SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Editorial Dykinson y Universidad Rey Juan Carlos, Madrid, 2011; AA. VV. *Prácticum de mediación*, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2014; AA. VV. *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*. - I. Mediación. Coordinadores: Leticia GARCÍA VILLALUENGA, Jorge TOMILLO URBINA y Eduardo VÁZQUEZ DE CASTRO. Coordinadora: Carmen FERNÁNDEZ CANALES. Prólogo: Vicente MEDIAVILLA. Madrid, Reus, 2010; ALBA ISASI, J. *Estudio de la mediación como sistema alternativo de resolución de controversias, análisis de la Ley 5/2012, de 6 de julio* [en línea], mayo 2013, <http://www.noticias.juridicas.com/articulos/60-Derecho-Procesal-Civil/201305-mediacion.html>; BARONA VILLAR, S. (2013). *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España*. Editorial Tirant lo Blanch; CARRASCAL GUTIÉRREZ, C. «La mediación internacional en el sistema de naciones unidas y en la unión europea, evolución y retos de futuro», *Revista de Mediación*, año 4, n.º 8, 2.º semestre, 2011; DE PALO,

G., URSO, L., TREVOR, M., BRANON, B., CANESSA, R., CAWYER, B. y FLORENCE REAGAN, L. "Rebooting" for the mediation directive: assessing the limited impact of its implementation and preposing measures to increase the number of mediations in the UE. *A Report Requested by the European Parliament [Terms of Reference IP/C/JURI/IC/2013-062]*, Disponible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOLJURI_ET\(2014\)493042_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2014/493042/IPOLJURI_ET(2014)493042_EN.pdf), 2014; ORTIZ, E. *La mediación en el siglo XXI*, Ediciones Impresas Milenio (<http://impreso.milenio.com>), 07/12/2010; ESPLUGUES MOTA, C. *El régimen jurídico de la mediación civil y mercantil en conflictos transfronterizos en España, tras la ley 5/2012, de 6 de julio*, <http://www.elsevier.es/es-revista-boletin-mexicano-derecho-comparado-77-articulo-el-regimen-juridico-mediacion-civil-90378690>; DUTREY GUANTES, Y. «Mediación y Derecho internacional privado», capítulo VI, del libro dirigido por CHICO DE LA CÁMARA, P. *Las medidas alternativas de resolución de conflictos (ADR) en el ordenamiento jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2.ª ed., 2019, pp. 203-219; FREDERIC MUNNÉ, C. y ANTONI VIDAL, T. (2013). *La mediación. Resolución pacífica de conflictos. Régimen jurídico y eficacia procesal*. Editorial La Ley; GARCÍA ÁLVAREZ, R. «La mediación en asuntos civiles y mercantiles: guía para abogados», *Diario La Ley*, año XXXIII, n.º 7828, jueves, 29 de marzo de 2012; GONZALO QUIROGA, M. *Orden público y arbitraje internacional en el marco de la globalización comercial*, Dykinson, Madrid, 2001, 295 pp.; GONZALO QUIROGA, M. (dir.). *Métodos Alternativos de solución de conflictos: perspectiva multidisciplinar*, Dykinson, Madrid, 2006, 372 pp.; GONZALO QUIROGA, M., GORJÓN GÓMEZ F. J., SÁNCHEZ GONZÁLEZ, A. (coord.). (2011). *Métodos alternativos de solución de conflictos. Instrumentos de paz y modernización de la justicia*. Editorial Dykinson y Universidad Rey Juan Carlos; GONZALO QUIROGA, M. *Política y mediación de conflictos: el arte del encuentro*. Disponible en <http://www.contextolatinoamericano.com/site/article/politica-y-mediacion-de-conflictos-el-arte-del-encuentro>, 20 de septiembre de 2017; GONZALO QUIROGA, M. «Mediación en la esfera internacional: actualidad y retos transfronterizos», capítulo V, del libro dirigido por CHICO DE LA CÁMARA, P. *Las medidas alternativas de resolución de conflictos*

(ADR) en el ordenamiento jurídico, Tirant lo Blanch, Valencia, 2.^a ed., 2019, pp. 162-196; GONZALO QUIROGA, Marta, CAZORLA GONZÁLEZ y SERRANO, Carmen. «La telemediación o mediación *online* como método alternativo de resolución de conflictos derivados del teletrabajo», en el libro coordinado por SÁNCHEZ GARCÍA, Arnulfo. *Teletrabajo: elementos técnicos, jurídicos y gestión de conflictos*, Editorial Tirant lo Blanch, 2020; HERNÁNDEZ RAMOS, C. *Mediación transnacional: una aproximación práctica en el ámbito de las relaciones privadas internacionales*, Barataria, 2015, pp. 151-162; ZATO ECHEVERRIA, M. «Una aproximación al mapa de la mediación en la Unión Europea», *Revista de Mediación*, 2015, vol. 8, n.º 1, pp. 72-83.

VOCABLOS CONEXOS: Acceso internacional a la justicia. Arbitraje. Mediación internacional. Competencia judicial internacional. Derecho aplicable. Reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales. Orden público.

MEDIDAS CAUTELARES DE LOS ÓRGANOS JUDICIALES (COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y EFECTOS EN EL EXTRANJERO)

Las medidas cautelares son actuaciones judiciales que persiguen asegurar la eficacia del proceso. Por ese motivo se pueden adoptar antes o durante el procedimiento, ya que su fundamento jurídico radica en evitar que el lapso temporal que transcurre entre que se inicia un proceso y su finalización frustren la tutela judicial efectiva. Así, con relación a este derecho es necesario destacar la tutela cautelar.

1. Características y relevancia de las medidas cautelares

La tutela cautelar es una manifestación de la tutela judicial efectiva (GARBERÍ LLOBREGAT). Esta última no se garantizaría si no fuera posible asegurar determinados derechos antes de que acabe un procedimiento. Es decir, la tutela cautelar es consecuencia de la necesidad de garantizar de-

bido a la mora de los procesos la solución o resultado que conllevará un litigio. Así también lo ha entendido el Tribunal Constitucional en su Sentencia 14/1992 de 10 de febrero de 1992, ECLI:ES:TC:1992:14, FJ 7, en la que manifiesta que «la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso». De este modo, se puede extraer que una característica esencial de la tutela cautelar es su carácter *instrumental*. No se entiende sin la existencia de un procedimiento principal (ORTELLS RAMOS).

Junto con este carácter instrumental también se podría destacar otras características que acompañan a las medidas cautelares, estas serían las siguientes (artículo 726 LEC) (GARBERÍ LLOBREGAT):

- i. *Temporalidad*. La tutela cautelar es provisional. La protección que despliegan las medidas cautelares duran generalmente el tiempo que dura el procedimiento judicial principal (artículo 731 LEC).
- ii. *Proporcionalidad*. La tutela cautelar debe siempre ajustarse al fin perseguido. En el caso de existir medidas menos gravosas a adoptar, serán estas las que deberán aplicarse, siempre que resulten estrictamente necesarias (artículo 726.1.2 LEC).
- iii. *Jurisdiccionalidad*. Son medidas que solo se pueden adoptar por los órganos jurisdiccionales de un Estado. Esto es así debido a que restringen derechos. En el caso del ordenamiento jurídico español, el juez competente para dictar una medida cautelar es aquel que está conociendo del asunto principal en primera instancia (artículo 723.1 LEC). En el caso de que el procedimiento no se hubiera iniciado, el competente sería el órgano jurisdiccional con competencia para conocer de la demanda principal. Si el asunto se encontrara en segunda instancia o pendiente de recurso por infracción procesal será competente el tribunal que deba conocer en la segunda instancia o de esos recursos (artículo 723.2 LEC).

- iv. *Correlación con las medidas ejecutivas.* Las medidas cautelares deben ser homogéneas a unas posibles futuras medidas ejecutivas, ya que el fin es garantizar la resolución.
- v. *Instancia de parte.* La parte interesada es la que debe instar la medida, nunca se puede adoptarse de oficio.
- vi. *Circunstancias concretas.* La tutela cautelar se adopta en atención unas circunstancias concretas, si estas cambiaran, la medida adoptada podría modificarse o quedar sin efecto (artículo 730.4 LEC).

Una cuestión que cabe plantearse es si la tutela cautelar presenta la misma naturaleza que otras medidas también destinadas a salvaguardar derechos como podría ser «el derecho de crédito». En concreto, nos referimos a medidas tales como la hipoteca, la prenda o la garantía. Medidas, en definitiva, de carácter privado. Las medidas cautelares adoptadas como manifestación de la tutela cautelar tienen un carácter diferente al de medidas jurídico privadas como la prenda o la hipoteca (M. ORTELLS RAMOS). Así, un embargo preventivo puede tener el mismo objetivo que una fianza pero la naturaleza de ambas medidas es distinta. Mientras que el embargo preventivo es una medida cautelar de naturaleza procesal, la fianza es una medida jurídico privada que se adopta sin necesidad de que intervenga autoridad judicial alguna, siendo independiente de un proceso judicial (ORTELLS RAMOS).

La relevancia de la solicitud de medidas cautelares en los litigios transnacionales es incontestable, esto así básicamente por dos razones (CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ):

1. *La duración de los procesos.* Los procesos judiciales son largos, pero sí existen elementos extranjeros que dan lugar a que el proceso sea internacional todavía pueden serlo más. La instrucción de un proceso internacional es más dilatada en el tiempo debido a que las notificaciones y las prácticas de las pruebas se pueden realizar

en Estados distintos al del tribunal que conoce del asunto (GARCIMARTÍN ALFÉREZ). Los efectos de ello son que el deudor cuente con menos patrimonio al final del litigio que cuando se inició el mismo. Esta situación en nada favorecería al acreedor, ya que puede verse en la situación de que al final del litigio el deudor no cuente con patrimonio suficiente para hacer efectivo el crédito.

2. *El poder jurisdiccional limitado de los tribunales.* Un aspecto importante a tener en cuenta es que los tribunales solo pueden ejecutar los bienes que se encuentran en el ámbito de su jurisdicción. Es decir, en su territorio. De este modo, si el deudor traslada su patrimonio de un país a otro, podría impedir la ejecución de la resolución que concede el derecho de crédito acreedor.

La función de las medidas cautelares es evitar esta situación tan injusta para el acreedor. Este se ha tenido que enfrentar al esfuerzo económico que supone un litigio transnacional pero la realidad es que no le ha servido para nada. La solicitud de medidas cautelares al inicio del litigio es una opción muy solvente para paliar este problema.

En el Derecho procesal europeo existen diferentes instrumentos legales internacionales que regulan las medidas cautelares en procesos internacionales. Uno de los Reglamentos, en el que más vamos a profundizar es el Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (*DOUE* L 351/1, de 20 de diciembre de 2012).

Sin embargo, el Reglamento Bruselas I bis no es la única norma que regula medidas cautelares en procesos transfronterizos, así, sería necesario también destacar:

1. El Convenio de Lugano de 2007 (Decisión del Consejo de 15 de octubre de 2007 relativa a la firma, en nombre de la Comunidad, del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L 339/1, de 21 de diciembre de 2007), que comparte ámbito de aplicación material con el Reglamento Bruselas I bis, recogiendo la regulación sobre medidas cautelares en su artículo No hay que olvidar que lo dispuesto sobre el Reglamento Bruselas I bis también puede ser aplicable al Convenio de Lugano.
2. El Reglamento 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) 1347/2000 (DO L 338, de 23 de diciembre de 2003 [en adelante, Reglamento Bruselas II bis]) que establece en su artículo 19 medidas provisionales y cautelares respecto de asuntos relacionados con el divorcio, la separación judicial, la nulidad y la protección de los menores.
3. El Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (DOUE L 201/107, de 27 DE julio de 2012) en sus artículos 19 y 54 recoge la regulación sobre medidas cautelares y provisionales en materia sucesoria.
4. El Reglamento CE 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (DOUE L 7/1 de enero de 2009) en su artículo 14.

2. *La competencia judicial internacional en materia cautelar en el Reglamento Bruselas I bis*

2.1. *Introducción*

Una vez justificada la necesidad de solicitar medidas cautelares surge de inmediato una cuestión a resolver y es qué tribunales podrían ser competentes para dictar medidas cautelares con relación a un litigio transnacional. El instrumento legal internacional a tener en cuenta es el Reglamento Bruselas I bis. En particular, es necesario atender a su artículo 35. No obstante, una precisión debe ser realizada desde el principio y es que el Reglamento Bruselas I bis no recoge un foro específico sobre medidas cautelares en el que se establezca las medidas cautelares concretas que podrían solicitarse al amparo de esta norma. Tampoco recoge un foro exclusivo para que puedan ser competentes para dictar medidas cautelares únicamente los tribunales que conocen del fondo del asunto (PERTEGÁS SENDER/GARBER). El Reglamento Bruselas I bis lo que permite es bien 1) solicitar medidas cautelares al tribunal que sea competente en cuanto al fondo del asunto (considerando 33); o 2) solicitar medidas cautelares al tribunal del Estado miembro en el que van a surtir efectos esas medidas cautelares (artículo 35). De este modo, en atención a estas posibilidades que brinda el Reglamento Bruselas I bis sería posible diferenciar.

2.2. *¿Qué debe entenderse por medidas cautelares a efectos del Reglamento Bruselas I bis?*

Las medidas cautelares y provisionales que pueden solicitarse de acuerdo al Reglamento Bruselas I bis deben ser medidas que tengan por objeto la salvaguarda de derechos relativos a materias cubiertas por el propio Reglamento (STJUE de 9 de septiembre de 2015, *Bobez*, C-4/14, ECLI:EU:C:2015:563, apartado 33; STJUE de 18 de octubre de 2011, *Realchemie*, C-406/09, EU:C:2011:668, apartado 40; STJCE de 17 de noviembre de 1998, *Van uden*, C-391/95, ECLI:EU:C:1998:543, apartado

33; STJCE de 27 de marzo de 1979, *De Clavel*, C-143/78, Rec. 1979, p. I-3571, apartado 8). Es decir, es necesario cumplir con el ámbito de aplicación material del Reglamento (M. Pertegás Sender/T. Garber). De este modo, no resulta relevante el objeto del proceso principal ni tampoco la naturaleza o materia de la medida cautelar (CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ, GARCIMARTÍN ALFÉREZ, HONORARI).

La medida cautelar debe proteger o salvaguardar derechos relativos a materias reguladas por el Reglamento Bruselas I bis, es decir materia «civil o mercantil». Si la salvaguarda de la medida es garantizar otro tipo de derechos, como puede ser un régimen de visitas de un progenitor, el Reglamento Bruselas I bis no es de aplicación (STJUE de 9 de septiembre de 2015, *Bobez*, C-4/14, ECLI:EU:C:2015:563, apartados 39-40). Como sucede con otros muchos conceptos necesarios para la aplicación uniforme del Reglamento Bruselas I bis, el concepto de medidas cautelares y provisionales es propio del citado Reglamento. En definitiva, son medidas que persiguen preservar una situación de hecho o de derecho con el fin de salvaguardar derechos que han sido reclamados al tribunal que conoce o va a conocer de un asunto (CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ). Son medidas instrumentales y temporales que persiguen garantizar la ejecución de la sentencia.

Así, por tanto, a efectos del Reglamento Bruselas I bis, se consideran medidas cautelares y provisionales aquellas que pretenden anticiparse a la decisión final (un pago provisional), o aquellas que persiguen asegurarla (el embargo preventivo) (CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ)

El considerando 25 del Reglamento dispone sobre las medidas provisionales y cautelares que «el concepto de medidas provisionales y cautelares debe incluir, entre otras, las destinadas a obtener información o a conservar pruebas a que se refieren los artículos 6 y 7 de la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual (1). No

debe incluir medidas que no sean de naturaleza cautelar, como las medidas por las que se ordena la audiencia de un testigo. Esto se entiende sin perjuicio de la aplicación del Reglamento (CE) no 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil».

En atención al artículo 35 del Reglamento Bruselas I bis, el juez es competente en atención a un foro recogido en su Derecho procesal nacional, por tanto el elenco de medidas cautelares disponibles viene determinado por ese Derecho nacional. En el caso del ordenamiento español se debería atender a lo dispuesto en artículo 727 LEC.

No hay que olvidar que para que el citado artículo 35 del Reglamento Bruselas I bis sea de aplicación es necesario que la medida se solicite ante un tribunal de un Estado miembro, es decir, es necesario que el ámbito espacial se cumpla.

Más dudas plantea si es posible la aplicación del artículo 35 cuando el demandado no está domiciliado en un Estado miembro. Es decir: ¿podría ser posible la aplicación del artículo 35 para la adopción de medidas cautelares y provisionales solicitadas por un demandante luxemburgués respecto de un demandado que tiene su domicilio en Perú? La respuesta es no. El domicilio del demandado es necesario para que el foro sobre medidas cautelares que recoge el reglamento pueda ser de aplicación (PERTERGÁS SENDER /GARBER).

En ese caso, cuando el demandado está domiciliado en un tercer Estado pero aun así el Reglamento otorga algún foro de competencia judicial internacional a un tribunal de un Estado miembro (*ex* artículo 24, 25, 26, 7.1.b) o en asuntos relativos a consumidores, seguro o trabajadores) las medidas cautelares deben regirse por lo dispuesto por el Derecho nacional del Estado donde se encuentra el tribunal que conoce o va a conocer del asunto (PERTEGÁS SENDER/GARBER).

La razón descansa en la combinación entre el artículo 35 y el artículo 6 del Reglamento Bruselas I bis. Este último precepto señala «1. Si el demandado no está domiciliado en un Estado miembro, la competencia judicial se regirá, en cada Estado miembro, por la legislación de ese Estado miembro, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 18, apartado 1, el artículo 21, apartado 2, y los artículos 24 y 25. 2. Toda persona, sea cual sea su nacionalidad, domiciliada en el territorio de un Estado miembro, podrá invocar frente a dicho demandado, del mismo modo que los nacionales de este Estado miembro, las normas de competencia judicial vigentes en el mismo, y en particular aquellas que han de comunicar a la Comisión los Estados miembros de conformidad con lo establecido en el artículo 76, apartado 1, letra a)». La lectura de ambos artículos (35 y 6) permite llegar a la conclusión de que generalmente el artículo 35 no puede aplicarse sin el domicilio del demandado en la UE (PERTEGÁS SENDER/GARBER).

También ha planteado dudas en cuanto a la aplicación del artículo 35 si su aplicación está condicionada a la existencia de conexión entre dos o más Estados miembros (M. PERTEGÁS SENDER/T. GARBER). Es decir, cabría preguntarse si la aplicación de este artículo es posible en asuntos meramente internos, a lo que se podría decir que no.

Además, otro aspecto a destacar es que el proceso principal pendiente en otro Estado miembro puede ser un procedimiento judicial o arbitral (STJCE de 17 de noviembre de 1998, *Van uden*, C-391/95, ECLI:EU:C:1998:543).

2.3. *Medidas cautelares adoptadas por el tribunal que conoce sobre el fondo del asunto*

El tribunal que ostenta competencia judicial internacional para conocer del fondo de un asunto también puede ser competente para adoptar medidas cautelares o provisionales con relación a un litigio transnacional en atención al Reglamento Bruselas I bis (considerando 33 del Reglamento

Bruselas I bis). Este tribunal debe basar su competencia en alguno de los foros previstos en el Reglamento. No en foros nacionales de acuerdo a lo previsto por las normas de competencia judicial internas de los Estados miembros (artículo 6 Reglamento Bruselas I bis) (CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ; NUYTS).

De este modo, el tribunal que conoce sobre el fondo del asunto debe ostentar su competencia judicial internacional bien en alguno de los foros generales que recoge el Reglamento Bruselas I bis (artículo 4, artículo 25 y artículo 26) o en alguno de los foros especiales del citado reglamento (artículos 7 al 23).

El tribunal que conoce o va a conocer sobre el fondo del asunto es el mejor situado para dictar medidas cautelares. No solo porque desde la lógica jurídica si «se puede lo más, se puede lo menos» (A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, M. PERTEGÁS SENDER/T. GARBER) sino también porque es el tribunal que tiene un conocimiento global y profundo del asunto. Por lo que sabrá si las medidas cautelares que solicita el demandante son pertinentes para garantizar la futura ejecución de la resolución. El TJUE ha señalado que si el tribunal dispone de foro de competencia para conocer sobre el fondo también puede adoptar medidas cautelares con relación al mismo sin necesidad de tener en cuenta ningún otro requisito adicional (STJCE de 17 de noviembre de 1998, *Van uden*, C-391/95, ECLI:EU:C:1998:543, apartado 48).

Como ya se adelantaba, las medidas cautelares que puede solicitar el demandante no se precisan en el Reglamento Bruselas I bis. El interesado debe recurrir al Derecho procesal del Estado miembro que conoce sobre el fondo para informarse de las medidas cautelares disponibles en ese concreto Estado. El TJUE ha considerado que por medidas cautelares debe entenderse aquellas medidas «las que pierden su validez en el momento en que se dirime el litigio o expira un plazo señalado. Pueden consistir en medidas positivas, esto es, en una intimación para que se haga algo, como entregar un bien o pagar una cantidad de dinero»

(STJCE de 17 de noviembre de 1998, *Van uden*, C-391/95, ECLI:EU:C:1998:543, apartado 44).

Un aspecto que más adelante se tratará es la eficacia extraterritorial de las medidas cautelares adoptadas por el tribunal que conoce sobre el fondo del asunto. Este tribunal puede dictar medidas que afecten a bienes situados en su propio territorio pero también sobre bienes situados en otro Estado miembro (CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ). Con relación a las primeras, su ejecución se realizará sin atender al Reglamento Bruselas I bis, sino al Derecho procesal nacional del Estado en cuestión. Sin embargo, si el tribunal que conoce sobre el fondo dicta medidas cautelares que afecten a bienes situados en un territorio de otro Estado miembro será necesario atender a lo establecido por el Reglamento Bruselas I bis con relación a la ejecución de resoluciones judiciales. En particular, se deberá atender a lo dispuesto por el artículo 42 del Reglamento.

2.4. *Medidas cautelares adoptadas por el tribunal del territorio donde van a surtir efectos*

2.4.1. *Estado de la cuestión*

El artículo 35 del Reglamento Bruselas I bis permite acudir a solicitar medidas cautelares al tribunal del Estado miembro en el que pueden surtir efectos dichas medidas. Pues bien, este foro opera en el caso de que el Derecho nacional cuente con una norma de competencia judicial internacional que otorgue competencia a un juez de ese Estado miembro para poder adoptar las medidas cautelares o provisionales. Por tanto, es necesario que el Derecho procesal nacional otorgue competencia para poder activar esta opción prevista en el artículo 35 del Reglamento Bruselas I bis.

En el caso del ordenamiento español, habría que atender al artículo 22 *sexies* de la LOPJ. Este artículo señala lo siguiente: «Los Tribunales es-

pañoles serán competentes cuando se trate de adoptar medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España». Por lo tanto, un juez español podrá adoptar medidas cautelares con relación a un litigio que no se está solventando ante tribunales españoles, siempre y cuando exista bienes que deban asegurarse en territorio español.

La razón de ser de este foro descansa en la necesidad de garantizar una fructífera ejecución. En otras palabras, este foro permite trabar bienes en un Estado diferente del que está conociendo sobre el asunto principal sin necesidad de superar un proceso ejecución sobre la decisión del fondo (GARCIMARTÍN ALFÉREZ; HONORATI). Es una opción que brinda cierto efecto sorpresa por lo que el demandado tendría menos opción de mover los bienes para evitar una posible ejecución forzosa en caso de sentencia condenatoria.

El foro del artículo 35 del Reglamento Bruselas I bis es un foro cautelar indirecto (A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Cachard, F. CARRILLO POZO). Es decir, el artículo 35 no contiene un foro directo en materia cautelar, sino que remite al Derecho nacional de los Estados miembros. Esta visión es compartida por jurisprudencia española (AAP Barcelona de 30 de noviembre de 2009 (Sección 11), n.º 245/11, JUR 2011/23653), también italiana (Tribunal de Mantova de 21 de abril de 2006, *Arteva Global Holdings v. Future s.p.a*) e incluso inglesa (CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ).

Aun así, sobre este particular, la doctrina internacional privatista no es unánime. Hay autores que entienden que el foro del artículo 35 es un foro especial directo (DROZ; GARCIMARTÍN ALFÉREZ). Para estos autores, el foro del artículo 35 remite directamente al tribunal del Estado miembro en el que deben surtir efectos las medidas cautelares o provisionales. Esta visión descansaría en el apartado 39 de la ya citada sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Van Uden*, en la que se recoge lo siguiente:

Sobre este particular, el Tribunal de Justicia ha sostenido, en la sentencia Denilauler, antes citada, apartado 16, que, sin ninguna duda, el tribunal del lugar o, en cualquier caso, del Estado contratante donde están situados los bienes que serán objeto de las medidas solicitadas es quien mejor puede apreciar las circunstancias que pueden dar lugar a la concesión o a la denegación de dichas medidas o prescribir los modos y los requisitos que deberá cumplir el demandante para garantizar el carácter provisional y cautelar de las medidas autorizadas.

A pesar de que el tenor literal del artículo 35 del Reglamento Bruselas I puede llevar a interpretaciones, el sentido de la norma, desde nuestro punto de vista, con la jurisprudencia del TJUE existente en la materia debe entenderse que el artículo 35 no es un foro especial directo. Es un foro de remisión a favor de lo dispuesto sobre medidas cautelares en el Derecho procesal nacional.

2.4.2. *El alcance territorial del artículo 35 del Reglamento Bruselas I bis*

Los efectos territoriales de las medidas adoptadas en virtud del citado artículo 35 del Reglamento Bruselas I bis se circunscriben al territorio del tribunal que las dicta. Así se recoge en el considerando 33 del Reglamento Bruselas I bis, que señala:

Cuando las medidas provisionales y cautelares sean ordenadas por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no es competente en cuanto al fondo del asunto, su efecto debe circunscribirse, en virtud del presente Reglamento, al territorio de ese Estado miembro.

El objetivo de limitar los efectos al territorio en el que solicita la medida cautelar podría descansar en dos razones:

1. *Efecto limitado de los foros de medidas cautelares nacionales.* El fin es evitar que puedan desplegar efectos en un Estado miembro distinto una medida que ha sido adoptada conforme a un foro exorbitante recogido en el Derecho nacional de los Estados miembros. Este foro del artículo 35 remite al Derecho procesal

nacional y es por tanto en atención a un foro nacional conforme al cual se ordenan medidas cautelares o provisionales. Si las medidas dictadas conforme a un foro nacional pueden tener efectos en otros Estados miembros vía Reglamento Bruselas I bis, la realidad sería que estarían teniendo cabida en el sistema del Reglamento los foros nacionales.

2. *La necesidad de un vínculo real.* La medida cautelar se solicita en un Estado miembro diferente al que conoce del fondo del asunto debido a que en ese territorio hay bienes que justifican la adopción de la medida cautelar. Si no existieran esos bienes no habría motivo en el que basar la conexión implícita que exige el artículo 35 del Reglamento Bruselas I bis. En esa línea ya se resolvió en el asunto *Van uden*, en el apartado 40 se recogió lo siguiente: «De ello se deduce que la concesión de medidas provisionales o cautelares en virtud del artículo 24 está supeditada, en especial, a la existencia de un vínculo de conexión real entre el objeto de las medidas solicitadas y la competencia territorial del Estado contratante del juez que conoce del asunto».

Se sigue, por tanto, en el Reglamento Bruselas I bis lo que la doctrina denomina como la «tesis francesa» (CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ). Esta tesis es consecuencia de una sentencia de la Corte de Casación francesa del año 2001 (Cour de Cassation (Chambre Civile 1) de 11 de diciembre del 2001, *Virgin Atlantic Airways Ltd. et autres vs. G.I.E Airbus industries et autres*, n.º 00-18547) en la que se consideró que no podía ser competente un tribunal francés para dictar medidas cautelares con relación a un accidente aéreo ocurrido en Inglaterra debido a que faltaba un «vínculo sustancial» entre el tribunal al que se le solicita la medida (y que no es el que conoce sobre el fondo del asunto) y la medida a adoptar propiamente dicha.

De este modo, las medidas cautelares adoptadas por el tribunal donde se encuentran los bienes solo van a tener efectos en ese territorio. Se

descarta así la conocida como «tesis inglesa» según la cual un tribunal podría ser competente para adoptar medidas cautelares sobre bienes que no se encuentran en su territorio (CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ). Aquí podrían quedar enmarcadas las *Mareva World-Wide Injunctions* (CLARKSON/HILL). Si el demandado presenta un vínculo sustancial con el Reino Unido (*ad ex.* domicilio del demandado en Inglaterra), los jueces ingleses pueden adoptar medidas cautelares sobre el patrimonio de ese demandado aunque no cuente con bienes en dicho Estado. Es una medida excepcional que debe ir dirigida contra una persona concreta, la desobediencia de la misma puede implicar sanciones civiles e incluso penales (CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ).

Isabel Antón Juárez

*(Profesora titular acr. de Derecho Internacional Privado,
Universidad Carlos III de Madrid)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. «Medidas provisionales y cautelares y Reglamento Bruselas I-bis», *Riv. Dir. Int.Priv.Proc.*, n.º 1, 2015, pp. 55-78; CLARKSON/HILL, *The conflicts of Laws*, 4.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 144-152; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco. *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, McGraw-Hill, 1996; ORTELLS RAMOS, Manuel. «Capítulo 36: La tutela judicial cautelar», en ORTELLS RAMOS, Manuel (dir.). *Derecho procesal civil*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.

MÉTODO DEL RECONOCIMIENTO

Es frecuente encontrar referencias sobre la pluralidad de técnicas de reglamentación con las que cuenta el sistema de Derecho internacional privado (DIPr) para dar respuesta a las situaciones privadas internacionales, en particular, desde el sector del Derecho aplicable, que ha sido el que ha suscitado mayor debate. Y, en este sentido, las aportaciones se

refieren al citado pluralismo y, en concreto, se indica, junto al método de localización, el que consiste en delimitar la aplicación de la ley del foro y el que otorga una respuesta material.

Ahora bien, en época más reciente, se presenta el «método de reconocimiento» (P. LAGARDE), que trata de ampliar la operatividad del ámbito del reconocimiento, de tal forma que no se impida la homologación de una relación válidamente constituida en el extranjero a través del control de la competencia legislativa, en particular, en el ámbito comunitario.

Sin embargo, no es esta la aproximación que se realiza en esta sede al referido método. El «método del reconocimiento» trata de dar respuesta a las situaciones privadas internacionales vinculadas con las migraciones. Dicho método permite interpretar el DIPr de conformidad con el valor de la integración social para evitar el desarraigo de las personas que migran. Y, para ello, hay que resaltar el papel que desempeña los sistemas de DIPr del país de origen y de destino de la persona que migra para que su vida no se vea truncada por el solo hecho del desplazamiento internacional.

Por tanto, la integración social constituye una función del DIPr, en especial, cuando se trata de dar respuesta a las situaciones privadas internacionales teñidas por este componente socioeconómico. En tales casos, el operador jurídico ha de valorar la pertinencia de constituir en el foro una concreta relación, tomando en cuenta que pueda ser reconocida en el país de origen, así como homologar en el foro —sin someter a requisitos gravosos— la constituida en el extranjero (véase *infra*).

1. Método del reconocimiento

1.1. Teoría del límite

Para explicar de forma sucinta el método del reconocimiento, cabe hacer una breve presentación de su sentido en el contexto de las migraciones,

en especial, hacia los países de la Unión Europea (UE), pero también de retorno o, mejor, en los nuevos espacios transnacionales. A pesar de la persistente crisis económica, la inmigración sigue siendo de interés para la investigación en el DIPr. Presuponiendo el elemento extranjero, presenta el aspecto socioeconómico, al que ha sido ajeno tradicionalmente el DIPr, que no ha construido sus soluciones —en principio— en atención a consideraciones materiales de los grupos humanos.

De otro lado, junto al factor socioeconómico, se encuentra el elemento cultural, esto es, la vinculación que sienten las personas con las formas de vida de sus lugares de origen, que migran con ellas y que genera nuevos «contextos de convivencia» en los que entran en relación tales pautas con las existentes en la sociedad en la que habitan las personas autóctonas. En este contexto, tiene lugar una renovación metodológica del DIPr, en especial, tras la segunda mitad del siglo XX, relacionada con cierta quiebra del protagonismo de los Estados en el orden mundial y con el fraccionamiento del mundo en unidades simbólicas (en ocasiones, tantas como personas).

Puede situarse dicha renovación en el marco de una construcción de teoría y/o filosofía política, dado que el sistema de DIPr no es ajeno a las demandas sociales ni a las principales construcciones y reflexiones acerca de estas demandas. Y, en este sentido, si bien puede justificarse en la línea del pensamiento postmoderno, se sigue —preferentemente— la «teoría del reconocimiento» (Ch. TAYLOR). Y, de otro lado, dicha renovación se relaciona con la formación de un microsistema en el interior del ordenamiento, el «Derecho social de la inmigración», que tiñe también al DIPr de este componente social, que obliga a replantear sus técnicas, con la finalidad de verificar si dan adecuada respuesta a las demandas de las personas que migran.

Así, el sistema de DIPr ha de ser sensible (solidario) con esta cuestión social del siglo XXI y ha de promover la continuidad de las relaciones familiares de las personas que migran, en especial, en su lugar de origen,

con el que no pierden los lazos por el solo hecho de que no regresen de forma inmediata o por haber adquirido una nacionalidad extranjera. El DIPr que dé respuesta a la cuestión social de la inmigración ha de ser —ante todo— un Derecho solidario con las necesidades (y expectativas) de las personas.

Y su función es lograr la integración social, a través de la continuidad espacial de las relaciones familiares en el país de origen (también en el de residencia en el extranjero, cuando se trata de la homologación de una decisión extranjera). De otro lado, como se ha señalado *supra*, la integración social posee una definición propia en el DIPr, que consiste en la promoción de la continuidad espacial de las relaciones personales y familiares de las personas que migran, que requiere la toma en consideración de la ley de origen (en lugar de la aplicación de la ley de la residencia habitual, como ha propuesto de forma generalizada la doctrina, en la línea seguida también por los legisladores de DIPr).

Por ello, no se justifica la tradicional disyuntiva desde la que se plantean las cuestiones que suscita la formación de sociedades de inmigración y multiculturales, entre el respeto de la identidad cultural o la integración social, porque es preciso tutelar ambas, con la finalidad de dar la respuesta holística que demandan estos casos, de un lado, y las instituciones y organizaciones internacionales, de otro, y, muy en particular, la UE. De otro lado, la comunicación o diálogo (que permite formas diversas de identificación de las personas que conviven en la misma sociedad) también puede ser propiciado por el DIPr. En concreto, a través del establecimiento de un «diálogo entre los ordenamientos», en orden a dar respuesta a las situaciones de vida y familiares de las personas que migran.

Dicho diálogo requiere conocer los sistemas de DIPr y atender a las especificidades de cada ordenamiento (material), a través de la toma en consideración de otros elementos (formas concretas de relacionalidad) específicos, que corresponden a la nacionalidad de la persona, en parti-

cular, para salvaguardar el derecho al libre desarrollo de la personalidad (10, 1.º de la Constitución Española de 1978) y tutelar así la identidad cultural. De otro lado, como se sabe, la personalidad es un concepto moral en la CE.

Así, conforme al método del reconocimiento, las autoridades españolas deberán verificar si la relación que van a constituir en el foro será reconocida en el país de origen y ponderar, en caso contrario, los intereses en presencia así como la justicia del resultado. Esto es, tendrán que valorar los intereses en juego para decidir la constitución en el foro de una relación claudicante (conforme al Derecho español) o la aplicación del Derecho extranjero para promover el reconocimiento extraterritorial de la decisión en el país de origen. Cabe señalar, por último, que el «método del reconocimiento» no exige la reforma del sistema de DIPr, sino su interpretación de conformidad con el principio de la integración social.

Pueden citarse algunas decisiones, en las que las autoridades judiciales valoran la constitución de las relaciones jurídicas en el foro en atención a las posibilidades que tengan de ser homologadas en el país del que proceden las personas migrantes. Entre ellas, cabe destacar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, n.º 381/2006 (Sección 12.ª), de 8 de junio, que estima el recurso planteado y revoca parcialmente la sentencia de instancia, pero con base en una justificación de Derecho distinta de la invocada por la parte recurrente, de conformidad con el actual Código de Familia de Marruecos (*Base de datos Aranzadi*, JUR 2007\19193). La AP toma en consideración el artículo 128 del citado Código de Familia con la finalidad de valorar si la decisión española será reconocida en el país de origen de los excónyuges, de nacionalidad marroquí.

Ahora bien, para que tenga lugar la integración es necesaria la equiparación en derechos, a través, sobre todo, de la garantía de la igualdad en sentido normativo (igual valor jurídico de las diferencias). Por ello, el expediente de las normas materiales imperativas permite que tenga lugar

dicha equiparación, en particular, cuando se trata de derechos fundamentales (artículo 13, 1.º CE). Y, por ello, hay que delimitar el ámbito de las normas imperativas, que actúan con respecto a aspectos de las relaciones personales y familiares.

En este marco, el método del reconocimiento constituye un límite a la aplicación necesaria de la ley del foro, pues la integración social se traduce en el sistema de DIPr en la continuidad espacial de las relaciones personales y familiares en el país de origen. Tiene relevancia dicho límite, por la importante incidencia de la ley española para la tutela de los derechos fundamentales que están en juego cuando se trata de lograr la integración social (cuyo presupuesto es la equiparación en derechos), esto es, para poner en práctica las medidas (y políticas públicas) destinadas a ello.

En definitiva, el método del reconocimiento constituye un límite a la aplicación de la ley del foro, que cuenta con un amplio ámbito de actuación cuando se trata de lograr la integración social.

1.2. Funcionamiento del método del reconocimiento

El método del reconocimiento permite considerar la existencia en el sistema de DIPr de una cláusula general, conforme a la cual realizar la interpretación del entero ordenamiento conforme al principio (valor) de la integración social, de tal forma que se constituyan en el foro las relaciones que sean reconocidas en el país de origen de la persona inmigrante, y ello, entendiéndose que la referencia a la ley de origen no es exclusiva a la ley nacional.

Dicha «cláusula hermenéutica» atiende a las necesidades sociales que tienen importancia en la conformación del estatus socioeconómico de la persona. La especialización funcional (S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ) por la vía de la interpretación requiere —tan solo— aportar nuevas respuestas de conformidad con nuevos principios o postulados, que permitan aten-

der a la peculiaridad de la situación privada internacional, en este caso, a las situaciones privadas internacionales vinculadas con la inmigración.

Por tanto, no requiere la reforma del sistema de DIPr, sino la interpretación de sus actuales reglas de conformidad con el principio de la integración social. Así, se deberá verificar si la relación que se constituya en el foro será reconocida en el país de origen y ponderar, en caso contrario, los intereses en presencia así como la justicia del resultado. Esto es, la autoridad judicial tendrá que evaluar los intereses en juego para optar por una de estas dos vías: constituir en el foro una relación claudicante o aplicar el Derecho extranjero para promover el reconocimiento de la decisión en el país de origen (véase *infra*).

Por tanto, para que el sistema de DIPr pueda dar adecuada respuesta a las situaciones privadas internacionales vinculadas con la inmigración, la norma de conflicto no solo ha de tomar en cuenta los concretos hechos relevantes en la relación para realizar una localización que no sea dogmática, sino que el principio de la integración social obliga a hacer una interpretación del sistema de DIPr y, en concreto, de la norma de conflicto, a través de la referencia a la ley de origen.

Y, en este sentido, la norma de conflicto es funcional al método del reconocimiento, esto es, no ha perdido su función localizadora, pero su aplicación requiere la puesta en práctica de una norma de funcionamiento, que permite buscar la ley de origen, con la finalidad de verificar si la relación que se constituya en el foro será reconocida en dicho lugar.

Por tanto, la norma de conflicto no tiene solo la función de buscar la sede de la relación sino de hallar el ordenamiento en el que ha de ser reconocida la decisión. No obstante, el operador jurídico tendrá que valorar el resultado alcanzado con su decisión de constitución de la relación en el foro de conformidad con el Derecho español, sabiendo que no será reconocida en el país de origen.

De otro lado, el método del reconocimiento requiere también la renovación de las normas de funcionamiento, así como la actualización de las ya existentes, entre las que cabe citar, en particular, el artículo 12, 6.º del Código Civil (aportación y aplicación del Derecho extranjero) y del artículo 9, 9.º del CC (situaciones de doble nacionalidad), como ha señalado la doctrina (P. ABARCA JUNTO).

Como puede apreciarse, este método es resultado de la necesidad de dar respuesta específica a las situaciones de tráfico externo de conformidad con el principio de la integración social. Y también afecta al paradigma localizador, que no cumple solo su tradicional función de remisión, sino que ha de buscar la ley de origen de la persona. Para ello, se requiere una norma de funcionamiento, en virtud de la cual la norma de conflicto ha de hallar la «ley de origen», para promover el reconocimiento de la decisión que se pronuncia por las autoridades españolas en dicho país.

Así, el método del reconocimiento constituye un límite a la actuación de las normas imperativas (que tutelan los derechos fundamentales), pues la integración social se traduce en el sistema de DIPr en la continuidad espacial de las relaciones personales y de vida, en particular, en el país de origen.

Por último, en el ámbito de la validez extraterritorial, el método del reconocimiento no permite supeditar la homologación a la verificación del control de la ley aplicada por la autoridad extranjera. Por ello, el paradigma localizador ha perdido la virtud homologadora de las relaciones constituidas por autoridades extranjeras, que deberán ser reconocidas en la medida en que reúnan un conjunto de condiciones, entre las que no se encuentra el control de la ley aplicada por la autoridad de origen.

2. Método del reconocimiento en el ámbito comunitario

Se hace referencia al «método del reconocimiento» (P. MAYER, P. LAGARDE) como nueva técnica para dar respuesta a las situaciones privadas

internacionales, que entra en competencia con el expediente localizador, al sustituirlo, en particular, en el interior de la UE en el marco de la progresiva creación del espacio europeo de libertad, seguridad y justicia, en el que las circunstancias relativas al estado civil y familiares de las personas circularían libremente (sin un control de la ley aplicada).

Dicha nueva técnica se vincula de forma inmediata con la aparición del reconocimiento mutuo como un principio (o, mejor, piedra angular, *cornerstone*) para alcanzar el citado objetivo, que menciona el artículo 81, 1.º y también el artículo 67, 4.º del TFUE («la Unión facilitará la tutela judicial garantizando en especial el principio del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales en materia civil»).

Cabe recordar que tras la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam (el 1 de mayo de 1999), se elaboró un Plan de Acción del Consejo y de la Comisión relativo a las modalidades de puesta en marcha de sus disposiciones relativas al establecimiento de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, en el que se presentó un ambicioso conjunto de medidas destinadas a mejorar y simplificar las actuaciones en el ámbito del proceso en el interior de los Estados comunitarios (foros de competencia, práctica de pruebas, etc.). Además, se fijó el «Marcador para supervisar el Progreso en la creación de un Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia en la Unión Europea». Y, en este contexto ha de situarse el Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

De otra parte, ha de indicarse que la referencia al reconocimiento mutuo en el citado Proyecto del Consejo no se relaciona con el conocido principio del Derecho comunitario creado por la labor del TJCE. Por el contrario, tiene autonomía en la lógica de la progresiva creación de un espacio federal en el interior de la UE, en el que puedan circular libremente también las decisiones pronunciadas por las autoridades de los Estados parte. Y, por ello, se emplea la noción de «cristalización» en el Estado de

origen para hacer referencia al «método del reconocimiento» (de las circunstancias del estado civil).

*Autora: Gloria Esteban de la Rosa
(Catedrática de Derecho Internacional Privado,
Universidad de Jaén)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: AA. VV. *Le Droit de la famille à l'épreuve des migrations transnationales*, LGDJ, París, 1993; ABARCA JUNCO, Paloma. «La regulación de la sociedad multicultural», en *Estatuto personal y multiculturalidad de la familia*, Colex, Madrid, 2000, p. 16 y ss.; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago. «Objeto del Derecho internacional privado y especialización normativa», *Anuario de Derecho Civil*, 1993, p. 1109 y ss.; BATIFFOL, Henri. «Le pluralisme de méthodes en Droit international privé», *RdC*, 1973-II, vol. 139, p. 175 y ss.; ESPLUGUES MOTA, Carlos, DIAGO DIAGO, Pilar y JIMÉNEZ BLANCO, Pilar. *50 años de Derecho internacional privado en el diván*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019; ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria. «El método del reconocimiento como propuesta de regulación de las nuevas situaciones privadas internacionales vinculadas con la inmigración», *Revista de Estudios Jurídicos*, n.º 9/2009, segunda época, p. 201 y ss.; ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria. «El nuevo Derecho internacional privado de la inmigración», *REDI*, 2007, vol. LIX, p. 103 y ss.; FOBLETS, Marie-Claire. *Les familles maghébines et la justice en Belgique. Anthropologie juridique et immigration*, Karthala, París, 1994; JAYME, Erik. «Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne (cours général de droit international privé)», *Recueil des Cours*, 1995, vol. 251, p. 56 y ss.; LAGARDE, Paul. «Développements futurs du droit international privé dans ue Europe en voie d'unification: quelques conjectures», *RabelsZ*, 2004, p. 226 y ss.; LAGARDE, Paul. «La reconnaissance. Mode d'emploi» en, *Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur de Hélène Gudemet-Tallon*, Dalloz, París, 2008, p. 481 y ss.; MAYER, Pierre. «Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé», *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Dalloz, París, 2005, p. 547 y ss.; MUIR WATT, Horatia. «Le modèles familiaux á l'épreuve de

la mondialisation (aspects de Droit international privé)». CALVO CARAVACA, A. L. y IRIARTE ÁNGEL, J. L. *Mundialización y familia*, Colex, Madrid, 2001; QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana. *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, La Caixa, 2000; RIGAUX, François. «Le pluralisme en Droit international privé», *Hacia un nuevo orden internacional y europeo (homenaje al Profesor Manuel Díez de Velasco)*, Tecnos, Madrid, p. 1419 y ss.

N

NACIONALIDAD

La nacionalidad es, ante todo, un derecho recogido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), proclamada en París por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Su artículo 15.1 consagra el derecho de toda persona a una nacionalidad, proscribiendo además la privación arbitraria de la nacionalidad y del derecho a cambiarla (artículo 15.2).

1. Nacionalidad originaria y derivativa

La nacionalidad expresa la vinculación jurídica, social y política de un individuo con un Estado, estableciendo entre ellos una serie de derechos y obligaciones recíprocas. Puede ser originaria o sobrevenida, circunstancia que depende del modo en que se adquiriera la nacionalidad. Originaria o automática es aquella que se posee desde el momento del nacimiento, y sobrevenida o derivativa, la que se adquiere en un momento posterior. Ambas modalidades presentan diferencias en cuanto a las formas de adquisición y respecto a sus consecuencias o efectos. Pero no se debe identificar taxativamente adquisición automática con nacionalidad originaria y adquisición sobrevenida con nacionalidad derivativa, pues existen supuestos de nacionales de origen que no lo son desde su naci-

miento y no han adquirido esta condición automáticamente, y otros en los que se ha ostentado una nacionalidad antes de adquirir otra de forma automática.

2. *Mecanismos de obtención de la nacionalidad*

Al describir los mecanismos que confieren a la persona una nacionalidad, resulta útil distinguir entre atribución, por la que se accede a la nacionalidad por efecto de directo de la ley, y adquisición, que constituye un acto voluntario del interesado.

2.1. *Atribución: ius sanguinis versus ius soli*

Genéricamente, las legislaciones estatales sobre nacionalidad pueden ser clasificadas en dos grandes grupos, atendiendo a su principal mecanismo de atribución de nacionalidad. Existen dos criterios que de forma automática confieren al individuo una nacionalidad: la filiación (*ius sanguinis*) y el nacimiento en el territorio (*ius soli*). En el ámbito del Derecho comparado y desde una perspectiva histórica, ambos principios han dominado alternativamente con distinta intensidad, sin llegar ninguno a reemplazar al otro por completo.

La existencia de estos criterios de atribución basados en la vinculación efectiva con el Estado obedece a la vigencia de un principio general del Derecho internacional que prohíbe a los Estados atribuir su nacionalidad a individuos que carecen de toda relación con su territorio u ordenamiento. Es una consecuencia derivada del propio concepto de nacionalidad, que implica una vinculación real, efectiva, entre el Estado y su nacional.

Con alguna excepción (como el *ius communicatio* del Derecho italiano), las legislaciones estatales sobre nacionalidad utilizan estos dos criterios como método atributivo, pero generalmente no de forma absoluta o excluyente, sino que suele haber una cierta armonización entre ellos, de

forma que un criterio opere con carácter principal y el otro de forma subsidiaria, o más bien complementaria, particularmente como mecanismo para evitar los supuestos de apatridia.

En el ámbito europeo, priman las legislaciones sobre nacionalidad inspiradas en el *ius sanguinis*, que hoy se asienta sobre el principio de igualdad de la filiación materna y paterna para transmitir la nacionalidad. Este principio tuvo una tardía introducción en las normativas europeas en la materia, que hasta las décadas de los setenta y ochenta no atribuyeron a la filiación materna el efecto de transmitir la nacionalidad (con la excepción de Irlanda, que lo hizo en 1922). Además del carácter discriminatorio de esta regulación, el efecto fue devastador desde el punto de vista de la nacionalidad, condenando a la apatridia a numerosos hijos no matrimoniales no reconocidos por su progenitor.

La intensidad con que opera el *ius sanguinis* varía de un Estado a otro, predominando en algunos de forma casi exclusiva y compartiendo en otros su función atributiva con el *ius soli*, que adquiere un protagonismo que va más allá de los estrictos límites de la lucha contra la apatridia. En el primer grupo se aprecia una decisiva influencia del factor migratorio, que mediatiza las legislaciones sobre nacionalidad, tanto de los Estados emisores como de los Estados receptores de personas migrantes. Los países de emigración tienen a primar la filiación como criterio de transmisión de la nacionalidad, ante el riesgo de ver considerablemente reducido el número de sus nacionales. De esta forma, la nacionalidad se transmite de generación en generación, por el solo hecho de la filiación, sin que se exija ninguna otra vinculación efectiva con el Estado, como el nacimiento en su territorio e incluso el propio conocimiento de la lengua. Por su parte, los países de inmigración se inclinan también por el *ius sanguinis* como criterio prevalente —en ocasiones, exclusivo— de atribución de su nacionalidad, lo que puede esconder una actitud de rechazo o desconfianza hacia la inmigración, así como la incapacidad para asimilar el alto índice de extranjeros residentes en su territorio.

En su formulación legal, la primacía del *ius sanguinis* presenta una formulación muy parecida en el Derecho comparado: no se distingue entre filiación matrimonial y no matrimonial, es irreversible la tendencia a suprimir la discriminación entre la filiación materna y la paterna, y habitualmente el criterio del *ius soli* presenta un carácter residual o complementario. En su expresión más restringida, como mera herramienta para combatir la apatridia, de forma que permite atribuir la nacionalidad al menor nacido o hallado en el territorio de un Estado de padres desconocidos o cuya legislación nacional no atribuye al hijo su nacionalidad. En su expresión más amplia, este carácter complementario extiende la función del *ius soli* al de criterio coadyuvante del *ius sanguinis*, para garantizar la integración fáctica en el país de la nacionalidad. Existen legislaciones que exigen el nacimiento en su territorio, además de la filiación de un nacional de dicho Estado, para atribuir la nacionalidad. Se trata de limitar las consecuencias de un *ius sanguinis* indiscriminado y absoluto, que no establezca un límite temporal o material destinado a garantizar la efectiva vinculación entre el individuo y la nacionalidad que le es atribuida.

Por su parte, los países que adoptan el *ius soli* como criterio principal de atribución suelen exigir requisitos adicionales al mero nacimiento en su territorio, destinados a acreditar una vinculación suficiente con el Estado, que puede ser del propio interesado o de sus progenitores. En el primer caso, el nacido en el territorio deberá solicitar la nacionalidad expresamente, de forma que dicha manifestación de voluntad constituye el indicio de un deseo real de pertenencia a esa comunidad. En el segundo, se exige que el nacido en un Estado sea también descendiente de un nacional o residente en dicho Estado, fortaleciéndose así la vinculación con el país, que trasciende la mera anécdota de haber nacido en él. En todo caso, en su vertiente más humanitaria, cual es la eliminación del fenómeno de la apatridia, el *ius soli* actúa con carácter absoluto y excluyente, permitiendo atribuir la nacionalidad de un Estado a la persona hallada o nacida en él, de padres desconocidos o que no le transmiten su nacionalidad.

2.2. *Adquisición: ius domicili et ius optandi*

La forma más habitual de adquirir una nacionalidad es la naturalización, que constituye una concesión del Estado, de forma discrecional o reglada, a solicitud de la persona interesada en ser nacional del mismo. Los tres rasgos que caracterizan esta forma de adquisición son: privilegio, discrecionalidad y petición expresa. Al articularla, las distintas nacionalidades estatales consagran dos modalidades: naturalización privilegiada y naturalización por residencia.

La naturalización privilegiada constituye una concesión graciosa o discrecional, por la que el Estado otorga su nacionalidad a la persona en quien concurren determinadas circunstancias, «excepcionales» según la normativa española, donde esta modalidad adquisitiva se denomina «por carta de naturaleza» (artículo 21.1 CC). No existe un derecho a obtener la nacionalidad, sino que se concede como recompensa o reconocimiento por la prestación de determinados servicios o la posesión de ciertos méritos.

Junto a este mecanismo excepcional, la vía más frecuente de adquisición de la nacionalidad es la naturalización por residencia. Permite conceder la nacionalidad a la persona que presenta un arraigo suficiente con el Estado que otorgante. El criterio que garantiza dicho arraigo o vinculación es la residencia (*ius domicili*) en el territorio del Estado, que debe tener una duración mínima legal, variable según el país de que se trate. Pero la residencia no es la única condición exigida al solicitante, pues se añaden otros requisitos que afectan a aspectos de otra índole (artículo 21.2 CC).

Como regla general, se exige al peticionario la mayoría de edad al tiempo de presentar la solicitud, equiparándose a esta situación la del menor emancipado. Excepcionalmente, se permite la solicitud de menores o incapaces, pero su capacidad deberá ser completada por sus padres o representantes legales.

Correlativamente, es habitual que se requiera del solicitante la renuncia a su nacionalidad anterior, pues son muy numerosos los Estados contrarios al fenómeno de la plurinacionalidad. La renuncia implica constituye un acto voluntario del sujeto, al que en absoluto se priva de su nacionalidad anterior, sino que ejercita su derecho a cambiar de nacionalidad, consagrado en el ámbito internacional (artículo 15.2 DUDH).

Por su parte, el requisito de la residencia se compone de dos elementos esenciales: el tipo de residencia y su duración mínima. En el primer elemento se aprecia la mayor o menor receptibilidad de los Estados hacia la naturalización, cuestión íntimamente vinculada con la mayor o menor dureza de sus condiciones de residencia. Estas pueden ir del mero requerimiento de presencia física o establecimiento en el país a la exigencia de una residencia legal, conforme a la normativa estatal sobre extranjería.

En todo caso, la residencia deberá ser continuada e inmediatamente anterior a la petición, y tener una duración mínima, exigencia que trata de garantizar la suficiente integración del sujeto en su comunidad de residencia. Este es el plazo general, requerido en la naturalización ordinaria, y no cualificado por las concretas circunstancias del sujeto. En España, este plazo es de diez años (artículo 22 CC).

Sin embargo, la integración en el país y su vinculación con este a menudo puede derivar o reforzarse con otros factores, que por dicho motivo permiten acortar el plazo de residencia general, al existir con el Estado una relación más estrecha que la derivada de la simple residencia. En el ámbito del Derecho comparado, estas circunstancias pueden variar, pero se aprecia una cierta repetición de las más habituales: matrimonio con un nacional del Estado de residencia, procedencia de países especial o históricamente vinculados al Estado cuya nacionalidad se solicita, apatridia o condición de refugiado, nacimiento en el territorio del Estado o filiación de padres originariamente nacionales del mismo, no haber ejercitado oportunamente la facultad de optar, etc.

El ordenamiento español recoge la mayoría de estas circunstancias, estableciendo una mayor o menor reducción del plazo general de diez años de residencia en función de las concretas características de cada una de ellas (artículo 22 CC). Así, el plazo será de cinco años cuando se haya obtenido la condición de refugiado; de dos, cuando se trate de nacionales de origen de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal o de sefardíes; y de un año, para los restantes supuestos privilegiados ya mencionados, como el matrimonio con español, el nacimiento en España, etc.

Junto a la naturalización, que es una concesión estatal discrecional que puede ser denegada por motivos razonados de orden público o interés nacional, la opción es un derecho subjetivo del peticionario. Constituye un beneficio singular (*ius optandi*), que se otorga a determinadas personas para que, mediante un acto de voluntad, declaración o petición, opten por la nacionalidad del Estado concedente. Se privilegia así la adquisición de nacionalidad en determinados supuestos, restringiendo este derecho de opción el papel de la Administración, que se limita a supervisar la concurrencia efectiva de los requisitos legalmente previstos. No existe aquí discrecionalidad estatal, pues la adquisición de la nacionalidad se produce exclusivamente por efecto de la declaración de voluntad del optante.

Las razones que justifican la concesión de este privilegio pueden sintetizarse en tres: el principio de unidad familiar, la integración de personas estrechamente vinculadas con el Estado, y la existencia de procesos de descolonización. En el ordenamiento español, tienen derecho a optar por la nacionalidad española: las personas que estén o hayan estado sujetas a la patria potestad de un español; aquellas cuyo padre o madre hubiera sido originariamente español y nacido en España; los nacidos en España o de padres originariamente españoles; y los mayores de edad adoptados por nacionales españoles (artículo 20.1. CC). Por regla general, el ejercicio del derecho de opción está sujeto a un plazo, que suele iniciarse cuando se alcanza la mayoría de edad o la plena capacidad.

Transcurrido este sin haber ejercitado el derecho, se extingue esta prerrogativa, pero no la posibilidad de adquirir la nacionalidad, pues se abre la vía de la adquisición por residencia, cuyo plazo mínimo se reduce por la especialidad de la situación.

En Derecho español, estas dos formas de adquisición de la nacionalidad, por residencia y por opción, junto con la adquisición por carta de naturaleza, presentan unos requisitos de validez comunes (artículo 23 CC): la promesa de fidelidad al Rey y obediencia a la Constitución y a las leyes; la renuncia a la nacionalidad anterior, salvo que esta sea la de un país iberoamericano, de Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal, se trate de sefardíes originarios de España; y su inscripción en el Registro Civil.

3. Pérdida de la nacionalidad

La pérdida de la nacionalidad implica la ruptura y desaparición del vínculo que liga al individuo con el Estado. Puede tener carácter voluntario, como consecuencia de una decisión del nacional, que renuncia a su condición de tal; e imperativo, en cuyo caso resulta más preciso hablar de privación, puesto que es el Estado el que retira al individuo la nacionalidad, sin que su voluntad intervenga en absoluto, e incluso en contra de ella.

3.1. Privación o pérdida automática

Se habla de privación cuando en la pérdida de la nacionalidad no interviene la voluntad del individuo, sino que esta opera de forma automática, por ministerio de la ley. Dentro de esta regla general, la pérdida puede tener carácter sancionador o ser simplemente una consecuencia de la incompatibilidad con otra nacionalidad. El ordenamiento español recoge ambas posibilidades, reservando la privación como medida sancionatoria para los españoles que no lo sean de origen, aunque ha desapa-

recido al carácter penal de esta privación (Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad).

Los españoles de origen que residan habitualmente en el extranjero pierden su nacionalidad *ex lege* por la adquisición voluntaria de otra nacionalidad o la utilización exclusiva de la nacionalidad extranjera que tuvieran atribuida desde la emancipación. La pérdida se producirá una vez que transcurran tres años, a contar respectivamente desde la adquisición de la nacionalidad extranjera o desde la emancipación (artículo 24.1 CC). Se trata de una consecuencia de la hostilidad general del ordenamiento español hacia el fenómeno de la plurinacionalidad, si bien se contempla la posibilidad legal de impedir esta pérdida mediante la declaración de voluntad expresa de conservar la nacionalidad española, realizada ante el encargado del Registro Civil en el plazo de tres años, a contar desde la mayoría de edad o emancipación. Una posibilidad introducida por la ley, Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad, que suprimió así la automaticidad de esta pérdida en los casos de adquisición o posesión de una nacionalidad extranjera. Esta declaración no será necesaria, pues no se produce la pérdida legal de la nacionalidad española, en el caso de que la nacionalidad que conviva con la española sea la de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas o Guinea Ecuatorial.

También pierden la nacionalidad española los españoles de origen que, habiendo nacido y residiendo en el extranjero, ostenten la nacionalidad española *iure sanguinis* y las leyes de su país de residencia les otorguen su nacionalidad. Se trata de los españoles nacidos y residentes en el extranjero de segunda o sucesivas generaciones, a los que se presume una vinculación insuficiente con el Estado español desde la perspectiva de la nacionalidad. Pero se trata de una presunción *iuris tantum*, ya que en este caso se admite también la declaración expresa en sentido contrario, lo que impedirá el efecto legal de pérdida cuando se den estas circunstancias (artículo 24.3 CC).

En ambos supuestos, la pérdida de la nacionalidad española *ex lege* no se producirá «si España se hallare en guerra» (artículo 24.4 CC).

En el caso de los españoles no de origen, los motivos de privación de la nacionalidad varían, teniendo carácter sancionador de una conducta no tolerada por el ordenamiento: la utilización exclusiva de la nacionalidad a la que hubieran declarado renunciar al adquirir la nacionalidad española; la entrada voluntaria al servicio de las armas o el ejercicio de cargo político en un Estado extranjero contra la prohibición expresa del Gobierno (artículo 25.1 CC). El mismo precepto recoge otra posibilidad de pérdida de la nacionalidad española, pero formalmente no puede ser calificado de tal, ya que en realidad se trata de un supuesto de nulidad de la adquisición, lo que implica que nunca se llegó a ostentar la nacionalidad española. El motivo es la falsedad, ocultación o fraude en la adquisición, que en todo caso deberá ser declarada por sentencia firme, estando la acción de nulidad sujeta a un plazo de quince años (artículo 25.2 CC).

3.2. *Renuncia o pérdida voluntaria*

La renuncia a la nacionalidad constituye un derecho desde una perspectiva internacional, ya que la prohibición de vinculación perpetua constituye un principio consagrado por el artículo 15 DUDH, que establece que el nadie podrá ser privado «arbitrariamente» de este derecho. Este precepto consagra la superación definitiva del concepto de vinculación perpetua propio de las monarquías absolutas, que tuvo vigencia hasta finales del siglo XIX. En la actualidad, todas las normativas estatales sobre nacionalidad reconocen la facultad de renuncia, aunque sometiendo su eficacia y validez al cumplimiento de ciertos requisitos.

Pese a la divergencia legislativa reinante en este punto en el Derecho comparado, existe una condición que recogen unánimemente todas las normativas sobre nacionalidad: la correlativa adquisición de una nueva nacionalidad con anterioridad o en el momento de la renuncia. Esta exi-

gencia obedece al compromiso de conjurar el fantasma de la apatridia, evitando su aparición provocada por la renuncia. En el ámbito internacional, este compromiso fue plasmado en la Convención para reducir los casos de apatridia, hecha en Nueva York el 30 de agosto de 1961. No obstante, la lucha contra la apatridia constituye un objetivo generalizado en el ámbito internacional, como evidencia el hecho de que países que no son parte en el Convenio han adoptado medidas legislativas en esta dirección.

Tal es el caso de España, que no ratificó el Convenio hasta el 3 de septiembre de 2018 (*BOE* n.º 274, de 13 de noviembre de 2018), pero cuya normativa sobre nacionalidad ya contenía disposiciones encaminadas a tal fin. El artículo 24.2 CC prevé la renuncia a la nacionalidad española, sometiendo su validez a dos condiciones: la posesión de otra nacionalidad y la residencia habitual en el extranjero. Se trata de requisitos cumulativos, de forma que el incumplimiento de cualquiera de ellos impide que la renuncia a la nacionalidad tenga eficacia jurídica y, en consecuencia, pueda ser inscrita en el Registro Civil. En todo caso, no cabe la renuncia en el caso de que España se hallare en guerra (artículo 24.4 CC).

4. Recuperación de la nacionalidad

Consiste en la adquisición de una nacionalidad que se ostentó con anterioridad y que se perdió por cualquier de las causas previstas por la ley. Con carácter general, el ordenamiento español somete la recuperación a una serie de requisitos cumulativos: residencia legal en España, que no resulta aplicable a los emigrantes ni a sus hijos y puede ser dispensado por el Ministro de Justicia «cuando concurren circunstancias excepcionales»; declaración de la voluntad de recuperación ante el encargado del Registro Civil; e inscripción de la recuperación en el Registro Civil (artículo 26.1 CC).

En los supuestos de pérdida por privación, la recuperación se supedita, además a la habilitación expresa y discrecional del Gobierno (artículo

26.2 CC), requisito que se justifica por el carácter sancionatorio que en tales casos tiene la pérdida de la nacionalidad.

*Autora: Pilar Juárez Pérez
(Universidad Carlos III de Madrid)*

NORMA DE CONFLICTO

La norma de conflicto es uno de los tres tipos de normas que el Derecho internacional privado establece para precisar el Derecho aplicable a las situaciones privadas internacionales. Dicha norma de conflicto localiza la situación privada internacional en un concreto Estado, cuyo ordenamiento jurídico será el que la regule. Por lo tanto, la técnica de reglamentación indirecta es la empleada por la norma de conflicto, puesto que no proporciona una solución material al litigio derivado de la situación privada internacional.

El legislador europeo y el legislador español utilizan, de forma mayoritaria, las normas de conflicto para precisar el régimen jurídico de las situaciones privadas internacionales. Por tanto, el método conflictual constituye el método central del DIPr en todo el mundo. Las normas materiales especiales y las normas de extensión, que son los otros dos tipos normativos que coexisten con las normas de conflicto, son muy escasas.

A diferencia de los otros tipos de normas, la norma de conflicto parte del análisis de la relación jurídica internacional, para después, mediante un criterio o punto de conexión, establecer qué ordenamiento jurídico vinculado con el supuesto será el que la regule; ordenamiento en el que se considera que la relación jurídica queda «localizada».

La norma de conflicto indica con claridad la Ley aplicable a una situación jurídica conectada con varios países. Esta proporciona, por tanto, una

«seguridad jurídica de ordenación», puesto que, gracias a la norma de conflicto, los particulares pueden saber a qué ordenamiento jurídico estatal deben ajustar su comportamiento.

Sin embargo, como cada Estado cuenta con su propio sistema de normas de conflicto, puede suceder que la solución que un Estado proporciona a una situación privada internacional sea diferente que la solución ofrecida por otro Estado; de forma que, incluso, no sea reconocida en un Estado, la solución señalada en otro Estado. El «principio de relatividad» del DIPr provoca que las soluciones jurídicas sean diferentes entre los Estados. Por lo tanto, la «seguridad jurídica de realización» de la norma de conflicto es débil si cada Estado cuenta con sus propias normas de conflicto «nacionales». Precisamente, Friedrich Karl VON SAVIGNY propuso que todos los Estados tuvieran las mismas normas de conflicto, para conseguir la «armonía internacional de soluciones conflictuales». Así que, tras un extenso período en el que el DIPr ha sido fundamentalmente un «DIPr nacional», propio de cada Estado; los Estados han decidido ponerse de acuerdo para establecer reglas de DIPr comunes o uniformes, o incluso han transferido la competencia para hacerlo a instituciones supranacionales como la Unión Europea. De hecho, la mayor parte de las normas de conflicto se encuentran en textos de la Unión Europea (principalmente, reglamentos) o en convenios internacionales. Son normas que garantizan la «seguridad jurídica de realización».

1. Estructura de la norma de conflicto

La estructura de la norma de conflicto se compone de tres elementos: 1.º supuesto de hecho; 2.º punto de conexión; 3.º consecuencia jurídica. El elemento que diferencia a las normas de conflicto del resto de normas es el punto de conexión. Esta estructura permite a la norma de conflicto realizar una «remisión» en favor de un Derecho estatal, sin resolver materialmente la cuestión planteada.

1.1. *Supuesto de hecho*

El supuesto de hecho es normalmente una relación jurídica, en el sentido más amplio del término, o un aspecto de esta, como por ejemplo, un contrato, un daño extracontractual, un divorcio, unas relaciones paterno-filiales, una adopción, un derecho real, etc. La aplicación de una norma de conflicto implica un ejercicio de subsunción: es necesario decidir si una determinada pretensión es subsumible o no en la categoría jurídica empleada por el supuesto de hecho de la norma de conflicto.

En este punto, es necesario distinguir entre «objeto» de la norma de conflicto y «supuesto de hecho» de la norma de conflicto. Mientras que el objeto regulado por la norma de conflicto es la «materia» regulada por esta, es decir, las «situaciones privadas internacionales» y/o las pretensiones jurídicas de los particulares; el supuesto de hecho de la norma de conflicto está formado por conceptos y/o categorías jurídicas, más o menos concretas o generales. Así por ejemplo, en el artículo 21 del RES (Reglamento Europeo de Sucesiones = Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo) que indica: «[...] la ley aplicable a la totalidad de la sucesión será la del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento»; el «supuesto de hecho» de dicha norma de conflicto es la «sucesión», esto es, una concreta «categoría jurídica». Sin embargo, el objeto del artículo 21 RES son los supuestos reales de la vida internacional de los particulares, es decir, los casos hereditarios internacionales.

Además, el supuesto de hecho de la norma de conflicto puede ser de varios tipos. Puede tratarse de una categoría jurídica general y abstracta, como los ejemplos arriba señalados, las obligaciones o el estado civil. Pero también puede comprender una categoría jurídica especializada, en

el que la especialización puede producirse, bien por el nivel de internacionalidad del supuesto, o bien como consecuencia de la materia en cuestión. En el primer caso, la norma de conflicto contiene diversos supuestos de hecho en función de los elementos extranjeros que se presentan, de forma que la especialización del supuesto de hecho permite que la norma de conflicto ofrezca soluciones adaptadas a la compleja realidad internacional. Así por ejemplo, el artículo 8 del RR-III (Reglamento Roma III = Reglamento (UE) 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial) no indica la Ley aplicable al divorcio en general, sino la Ley aplicable a los distintos tipos de divorcio: al divorcio entre sujetos de la misma nacionalidad con residencia habitual en Estados distintos, al divorcio entre sujetos con residencia habitual en el mismo país, al divorcio entre sujetos con diferente nacionalidad y con residencia habitual en distintos países, etc. En cuanto a la especialización según la materia, la norma de conflicto contiene una categoría jurídica concreta, lo que permite afinar mejor la localización de la situación privada internacional en un concreto Estado. Por ejemplo, el artículo 12.2 del RR-I (Reglamento Roma I = Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales) señala la Ley aplicable a las modalidades del cumplimiento de las obligaciones contractuales.

1.2. *Punto de conexión*

El punto de conexión es aquella circunstancia que expresa un vínculo entre el supuesto internacional y un determinado país. Este elemento permite vincular la relación jurídica a un determinado ordenamiento, y el legislador lo utiliza para señalar el Derecho aplicable a la situación privada internacional. El «punto de conexión» puede remitir la regulación de la situación privada internacional bien al Derecho del país cuyos tribunales conocen del asunto, o bien a un Derecho extranjero. Así, el artículo 4.1.a) del RR-I indica que «el contrato de compraventa de mer-

caderías se regirá por la ley del país donde el vendedor tenga su residencia habitual». Esta norma de conflicto emplea un punto de conexión que es el «lugar de residencia habitual del vendedor». Dicho punto de conexión conduce a una solución previsible para las partes y proporciona, así, «seguridad jurídica de ordenación» a los contratantes.

Los puntos de conexión pueden clasificarse en atención a numerosos criterios. Por mencionar alguna clasificación, los puntos de conexión pueden dividirse entre subjetivos, como la nacionalidad de las partes, su domicilio o su residencia habitual; u objetivos, como el lugar donde se celebra el contrato, el lugar donde se produce el daño, el lugar donde se contrajo matrimonio, o el lugar donde se encuentra un bien. Lo que hace la norma de conflicto es tomar uno o varios de esos elementos para elevarlo a la categoría de vínculo relevante a los efectos de determinar la ley aplicable.

1.3. *Consecuencia jurídica*

La consecuencia jurídica de la norma de conflicto es la aplicación de un concreto ordenamiento jurídico estatal, ya sea el Derecho español (*lex fori* o Ley del país cuyos tribunales conocen del asunto) o un Derecho extranjero. El Derecho estatal designado por la norma de conflicto resolverá el fondo de la controversia entre las partes. Cuando la norma de conflicto remite a un Derecho extranjero, este desempeña una función estrictamente jurídica, de manera que resuelve jurídicamente las pretensiones de las partes y dirime la controversia. Eso significa «aplicar» un Derecho extranjero: resolver la cuestión jurídica con arreglo a tal ordenamiento.

A modo de ejemplo, el artículo 9.4 CC indica: «La determinación y el carácter de la filiación por naturaleza se regirán por la ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación [...]». Pues bien, el supuesto de hecho de esta norma de conflicto es la determinación y el carácter de la filiación por naturaleza, el punto de conexión

de la norma es la residencia habitual del hijo y la consecuencia jurídica es la aplicación de la Ley del Estado donde el hijo tiene su residencia habitual, que puede ser la Ley española o bien una Ley de otro Estado.

2. *Caracteres de la norma de conflicto*

Se deben diferenciar los caracteres de la norma de conflicto clásica, de los caracteres de la norma de conflicto del siglo XXI.

2.1. *La norma de conflicto clásica*

La norma de conflicto que diseñó Friedrich Karl VON SAVIGNY se caracterizaba por estos rasgos: automatismo, abstracción, neutralidad y multilateralidad.

- a) **Automatismo.** El sistema de Friedrich Karl VON SAVIGNY seguía un método jurídico de argumentación totalmente automático. Era suficiente con identificar la institución debatida, averiguar su esencia o naturaleza jurídica y localizar el país en el que se hallaba la «esencia jurídica» de dicha institución. Así, con respecto a las obligaciones, la norma de conflicto señalaba como punto de conexión el lugar de ejecución, de forma que se aplicaba la Ley del Estado donde se debía ejecutar dicha obligación.
- b) **Abstracción.** La norma de conflicto no tiene en cuenta los datos de hecho del caso concreto. Tales datos son irrelevantes a la hora de señalar la Ley aplicable a una situación privada internacional. Por lo que todos los casos relativos a la misma institución jurídica se resuelven del mismo modo. Por ejemplo: la norma de DIPr español establece que la capacidad se rige por la Ley nacional de la persona (artículo 9.1 CC). Dicha norma de conflicto regula todos los casos de capacidad. En este sentido es indiferente que la residencia habitual sea persona esté en España o en Francia, porque no son relevantes los datos de hecho del caso concreto.

- c) Neutralidad. La norma de conflicto designa la Ley aplicable sin tener en cuenta los siguientes aspectos: (a) el contenido del Derecho estatal designado por la norma de conflicto; (b) el objetivo perseguido por tal ordenamiento jurídico; (c) el resultado final al que conduce la aplicación de tal Derecho. A la norma de conflicto le resulta indiferente cuál sea la concreta Ley estatal aplicable a la situación privada internacional, ya que todos los Derechos estatales son, en principio, justos.

Así, por ejemplo, la sucesión *mortis causa* queda sujeta, en defecto de elección de Ley por el causante, a la Ley del país donde este tuvo su última residencia habitual (artículo 21 RES), siendo indiferente el contenido de dicha Ley, el objetivo que persigue tal Derecho y el resultado al que conduce la aplicación de esa Ley estatal. Es irrelevante que la Ley de la última residencia habitual del causante sea la Ley española o la Ley francesa, y que según dicha Ley existan o no las legítimas de los descendientes y cuál sea su cuantía, son extremos que carecen de importancia para concretar qué Derecho estatal debe regir la sucesión.

- d) Multilateralidad. La norma de conflicto designa como Ley aplicable a una situación privada internacional, la Ley de un Estado, pudiendo ser la Ley del Estado cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori*) o la Ley de otro país extranjero.

2.2. *La norma de conflicto del siglo XXI*

Puede afirmarse que todos los sistemas de DIPr. de todos los Estados contienen, en su gran mayoría, normas de conflicto que siguen el método localizador de Friedrich Karl VON SAVIGNY. En consecuencia, la norma de conflicto del siglo XXI presenta los caracteres anteriores, es decir, es una norma general, neutra, automática y multilateral. Ahora bien, la norma de conflicto clásica que diseñara SAVIGNY ha evolucionado para poder así proporcionar una mayor Justicia en el caso concreto. Por lo tanto, la norma de conflicto del siglo XXI ha modificado sus ca-

racteres clásicos a través de tres procesos: la especialización, la materialización y la flexibilización de la norma de conflicto.

a) Especialización. En la actualidad, el supuesto de hecho de la norma de conflicto ya no es una categoría jurídica abstracta, como el divorcio, el régimen económico del matrimonio, etc. El supuesto de hecho de las normas de conflicto desarrolladas en los últimos tiempos se ha concretado o especializado, de dos maneras, que ya han sido señaladas al explicar el supuesto de hecho.

b) Flexibilización. Las normas de conflicto suelen emplear lo que podría denominarse «escapes» que permiten flexibilizar la conexión, porque mediante los puntos de conexión rígidos, en muchas ocasiones, se consigue que se aplique un ordenamiento poco vinculado con la situación privada internacional. La flexibilización se realiza a través de diversas técnicas:

1. Cláusula de excepción. En los casos en los que el Derecho designado por la norma de conflicto no corresponde al país más vinculado con el supuesto, este puede no aplicarse y se aplica el Derecho de otro país más vinculado con el caso. Este mecanismo se denomina «cláusula de excepción». Así, una obligación extracontractual se rige por la Ley del país donde se produce el daño, pero si «del conjunto de circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto», se aplicará entonces la Ley de este otro país, en virtud del artículo 4.3 del RR-II (Reglamento Roma II = Reglamento (CE) 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales).
2. Puntos de conexión flexibles. En ciertos supuestos, especialmente difíciles de localizar en un concreto Estado, no existe un punto de conexión rígido y perfectamente determinado, sino que

el juez dispone de una cierta libertad para concretar el Derecho aplicable al supuesto. Por ejemplo, Ley aplicable al contrato internacional de permuta se fija por el tribunal, mediante la realización del denominado *Balancing test*, es decir, que dicho tribunal debe «contar y pesar» los contactos del caso concreto con los diferentes países con los que presenta vínculos (artículo 4.4 RR-I).

c) Materialización. Para combatir el automatismo de la norma de conflicto y conseguir un determinado resultado material, también existen varias posibilidades:

1. Elección de ley como punto de conexión. Si se establece como punto de conexión la autonomía de la voluntad, se está permitiendo a las partes elegir el Derecho con el que se encuentran más vinculados. Así, el artículo 5 del RR-III permite a los cónyuges, si se cumplen los requisitos exigidos, designar el Derecho aplicable a su divorcio o separación.
2. Protección de alguna de las partes. Los puntos de conexión también pueden referirse a una de las partes de la relación jurídica para, de esa forma, proporcionarle una especial protección. Este es el caso de los contratos celebrados por los consumidores, pues el artículo 6.1 del RR-I establece que, dejando a salvo los artículos 5 a 7, el contrato se regirá por la ley del país en el que el consumidor tenga su residencia habitual, siendo este un punto de conexión que favorece al consumidor.
3. Normas de conflicto «materialmente orientadas». Para determinar el Derecho aplicable, estas normas de conflicto tienen presente tanto el contenido material de los Derechos estatales de los países conectados con el supuesto, como el resultado final al que conduce uno u otro Derecho estatal. Estas normas de conflicto materialmente orientadas son escasas en DIPr. europeo y español, pero su presencia es cualitativamente significativa.

Así, el derecho de alimentos que tienen los hijos con respecto a sus padres se rigen por el Derecho del país en el que tiene su residencia habitual el hijo, acreedor de alimentos, en virtud de los artículos 3 y 4.1 PLH 2007 (Protocolo de La Haya de 2007 = Decisión del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias). Pero si el hijo acreedor de alimentos no puede obtener tales alimentos del deudor en virtud de dicha Ley, entonces se aplicará la Ley sustantiva del país cuyos tribunales conocen del asunto (*Lex Fori*) (artículo 4.2 PLH 2007). Por último, si el hijo acreedor de alimentos sigue sin poder obtener alimentos en virtud de las leyes anteriores, se aplicará la Ley del Estado de la nacionalidad común del acreedor y deudor, si existe (artículo 4.4 PLH 2007).

4. Pluralidad de puntos de conexión. Si los puntos de conexión se estructuran de forma alternativa se favorece la validez de un acto o de una relación jurídica porque cualquiera de ellos puede determinar el Derecho aplicable. Por ejemplo, el artículo 1 del Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, para conseguir la validez formal de una disposición testamentaria enumera, alternativamente, ocho puntos de conexión, entre los que está la ley de la residencia o domicilio o nacionalidad del testador, en el momento en que se realizó el testamento o en el momento del fallecimiento (*favor validitatis*).

En definitiva, la norma de conflicto conduce a la ley del Estado cuya aplicación permite resolver una controversia jurídica a un coste menor. Tal y como señalan los expertos jurídicos, la norma de conflicto responde a los criterios de previsibilidad, proximidad, vínculos más estrechos, relación más significativa, contactos de mayor relevancia y expectativas de las partes. Además, según Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ la

norma de conflicto también cumple una función económica en la historia del Derecho internacional privado, puesto que la aplicación de la ley designada por la norma de conflicto genera menos costes conflictuales para los sujetos implicados.

3. Imperatividad de la norma de conflicto

También en este aspecto se debe hacer una distinción, concretamente, entre la norma de conflicto europea y la norma de conflicto española.

3.1. Imperatividad de la norma de conflicto europea

Las normas de conflicto del Derecho de la Unión Europea contenidas en Reglamentos de la UE son imperativas por indicación del artículo 288.II TFUE. Este precepto señala que «El reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro». Las normas de conflicto recogidas en Directivas europeas también son imperativas en los términos del artículo 288.III TFUE: «La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios». En consecuencia, los tribunales deben aplicar, en todo caso, las normas de conflicto europeas, aunque no hayan sido alegadas por los litigantes.

3.2. Imperatividad de la norma de conflicto española

Todas las normas de conflicto españolas son «normas imperativas» o «normas de *jus cogens*» o, como los tribunales suelen decir, son «normas de orden público», esto es, de las que las partes no pueden prescindir. Así lo indica de forma clara el artículo 12.6 CC: «Los tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español».

*Autor: M.^a José Castellanos Ruiz
(Universidad Carlos III de Madrid)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CALVO CARAVACA, Alfonso Luis. «La norma de conflicto del siglo XXI», en *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, tomo II, edic. UAM/Eurolex, Madrid, 2005, pp. 1335-1374; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Tratado de Derecho internacional privado*, tomo I, Tirant lo Blanch, 2020; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. «Règle de conflit et théorie économique», *RCDIP*, 2012, n.º 3, pp. 521-538; GARCIMARTIN ALFEREZ, Francisco-José. *Derecho internacional privado*, tomo I, Civitas-Editorial Aranzadi, Navarra, 2012; GAUDEMET-TALLON, Hélène. «L'utilisation de règles de conflit à caractère substantiel dans les conventions internationales», en *L'internationalisation du droit. Mélanges en l'honneur de Yvon Loussouarn*, Dalloz, París, 1994, pp. 181-192; KEGEL, Gerhard. «The Conflict-of-Laws Machine - Zusammenhang im Allgemeinen Teil des IPR», *IPRax*, 1996, n.º 5, pp. 309-315; LAGARDE, Paul. «Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain (Cours général de droit international privé)», *RCADI*, 1986, vol. 196, pp. 9-238; MAURY, Jacques. «Regles générales des conflits de lois», *RCADI*, 1936, vol. 57, pp. 325-570; PEREZ VERA, Elisa (dir.), ABARCA JUNCO, Paloma, CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, GONZALEZ CAMPOS, Julio-Diego y VIRGOS SORIANO, Miguel. *Derecho internacional privado*, tomo I, UNED, Getafe, 1997; RODRIGUEZ BENOT, Andrés (dir.), CAMPUZANO DIAZ, Beatriz, RODRIGUEZ VAZQUEZ, M.ª Ángeles y YBARRA BORES, Alfonso. *Manual de Derecho internacional privado*, Tecnos-Grupo Anaya, Madrid, 2020; VON SAVIGNY, Friedrich Karl, *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. VIII, Veit und Comp, Berlín, 1849 (Sistema del Derecho romano actual, traducción española por Jacinto MESÍA y Manuel POLEY, vol. VI, Madrid, 1879); SYMEONIDES, Symeon-C. «Private International Law at the end of the 20th Century, Progress or regress», *XVth International Congress of Comparative Law*, Bristol, 1998, pp. 87-138; VITTA, E. «Cours Général de droit international privé», *RCADI*, 1979, vol. 162, pp. 21-243.

VOCABLOS CONEXOS: Conflicto de leyes. Derecho internacional privado. Ley aplicable. Ordenamiento aplicable.

NOTIFICACIÓN INTERNACIONAL

Se entiende por notificación, el acto procesal formal de un órgano jurisdiccional por el que se comunica a una persona una resolución judicial. La notificación es internacional cuando dicho acto de comunicación se realiza en otro Estado diferente a aquel en que se dictó la resolución judicial en cuestión.

La tutela judicial efectiva, regulada tanto en el artículo 24 Constitución Española como en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y en el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, es la base de la asistencia judicial internacional. Las personas litigantes tienen derecho a que dicha tutela judicial efectiva lo sea, tanto en los asuntos puramente internos como en aquellos que tienen un elemento de extranjería. La tutela judicial efectiva supone que todas las personas tienen derecho a dicha tutela por parte de los jueces y de los tribunales, en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que pueda producirse indefensión alguna. Asimismo, dichas personas tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa, a la asistencia letrada, a ser informadas de la acusación formulada contra ellas, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismas, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.

La notificación de actos judiciales y extrajudiciales forma parte de la asistencia judicial internacional, regulada en el artículo 51 de la Carta de DFUE. Asimismo, la efectividad de las resoluciones es uno de los derechos inherentes a la tutela judicial efectiva, de manera que aquellas que hayan sido dictadas en un proceso en el que no se hayan respetado los derechos del demandado, difícilmente podrán ser reconocidas y ejecutadas en otros Estados.

En el ámbito europeo, tanto los Estados miembros del CEDH como los Estados miembros de la UE, están obligados a respetar y a cumplir lo regulado en los mencionados textos normativos. Con el objetivo de crear un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea (UE), el artículo 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece las bases para desarrollar la denominada «cooperación judicial civil» para los asuntos con repercusión transfronteriza, al atribuir a la UE competencias que le facultan para adoptar medidas de aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. Asimismo, la UE podrá adoptar medidas para garantizar el reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, entre los Estados miembros, su ejecución y la cooperación en la obtención de pruebas.

Fruto de dicha competencia legislativa son los Reglamentos que regulan esta materia. Por una parte, el Reglamento (CE) 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001 relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil, de aplicación en todos los Estados miembros, excepto en Dinamarca (*DO L 174 de 27/06/2001*). Este Reglamento establece —desde su aplicación en 2004— un sistema directo y rápido dentro de la UE para transmitir y ejecutar las solicitudes de práctica de pruebas entre los órganos jurisdiccionales, al tiempo que contiene normas relativas a la forma y al contenido de dichas pruebas. La obtención de pruebas entre Estados miembros se hará a través de dos vías: a través del órgano jurisdiccional requerido y a través de la obtención directa por parte del tribunal requirente. Para que el Reglamento sea aplicable, es necesario que la diligencia de prueba deba realizarse en otro Estado miembro, y que sea un tribunal de un Estado miembro el que la solicite a otro tribunal de otro Estado miembro, siendo la comunicación entre diferentes órganos judiciales el canal preferente para la obtención de pruebas.

Y, por otra parte, el Reglamento (CE) 1393/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil («notificación y traslado de documentos»), por el que se deroga el Reglamento (CE) 1348/2000 del Consejo (DO L 324 de 10/12/2007). Este último Reglamento se aplica —desde 2008— en materia civil y mercantil, para la notificación o traslado de un documento judicial o extrajudicial, de un Estado miembro a otro (incluido Dinamarca), estableciendo para ello un procedimiento de transmisión acelerado y normalizado. La rapidez de la transmisión justifica la utilización de cualquier medio que sea adecuado, siempre que se respeten determinadas condiciones en cuanto a la legibilidad y la fidelidad del documento recibido. La seguridad de la transmisión exige que el documento que debe transmitirse vaya acompañado de un formulario, que debe cumplimentarse en la lengua oficial o una de las lenguas oficiales del lugar donde la notificación o el traslado tienen lugar o en otra lengua aceptada por el Estado miembro requerido (TJUE, Asunto C-21/17, *Catlin Europe S.E contra O. K. Trans Praha Spol s. r.o.*, sentencia de 6 de septiembre de 2018, ECLI:EU:C:2018:675).

Por otra parte, la notificación debe practicarse en otro Estado miembro cuando el destinatario del documento reside en dicho Estado miembro. Si el demandado no tiene domicilio conocido o si ha designado un representante autorizado en el Estado en que se sustancia el procedimiento jurisdiccional (TJUE, asunto C-25/19, sentencia de 27 de febrero de 2020, ECLI:EU:C:2020:126), el Reglamento no se aplica.

La notificación o el traslado de documentos judiciales y extrajudiciales se realiza, principalmente, a través de organismos transmisores y receptores, pero también cabe realizarla, aunque sea en casos excepcionales, a través de la vía consular o diplomática. Cada Estado miembro designa las autoridades que pueden transmitir y/o recibir las notificaciones. En el caso de España, solo se otorga competencia para dicha labor a las autoridades judiciales.

Ambas normas europeas han resultado y siguen resultando sumamente útiles, pero ante la cada vez mayor implantación de la digitalización y de las tecnologías de la información en las sociedades europeas, la Comisión Europea presentó en el mes de mayo de 2018, sendas propuestas de modificación de los citados Reglamentos (*COM (2018) 378 final-2018/0203 (COD)* y *COM (2018) 379 final-2018/0204 (COD)*). La finalidad de dichas propuestas es mejorar el buen funcionamiento de la cooperación judicial en estos dos ámbitos, mediante la gestión de las solicitudes de transmisión de documentos y la obtención de pruebas a través de un sistema informático descentralizado.

La propuesta de modificación del Reglamento (CE) 1206/2001, de obtención de pruebas (*COM (2018) 378 final-2018/0203 (COD)*), pretende mejorar el funcionamiento del espacio de libertad, seguridad y justicia y del mercado interior, aprovechando las ventajas de la digitalización. Dicha propuesta obliga a la comunicación y el intercambio de documentos a través de los medios electrónicos existentes, mejorando y acelerando la obtención transfronteriza de las pruebas, pero respetando la protección de datos y la privacidad de las partes implicadas. Fomenta el uso de nuevos medios de obtención de pruebas, como las videoconferencias y establece el reconocimiento mutuo de las pruebas digitales. Esto último reducirá la carga procesal para la ciudadanía y las empresas, y limitará el número de casos en los que puedan no admitirse las pruebas electrónicas, pero se adoptarán medidas para que la utilización de dichos medios no produzca merma alguna en los derechos procesales de las partes.

Por otra parte, con respecto a la propuesta de modificación del Reglamento (CE) 1393/2007, de notificación y traslado de documentos, (*COM [2018] 379 final-2018/0204 [COD]*), esta prevé que puedan notificarse o trasladarse documentos electrónicamente y directamente a un destinatario, con una dirección conocida en otro Estado miembro, en caso de que esta persona haya otorgado previamente su consentimiento expreso. La notificación o el traslado podrá realizarse a través de servicios cualificados de entrega electrónica certificada o, en condiciones adicio-

nales, mediante correo electrónico. Esta comunicación e intercambio de documentos entre autoridades expedidoras y receptoras por vía electrónica, se hará por medio de un sistema informático descentralizado, compuesto por sistemas informáticos nacionales interconectados a través de una infraestructura de comunicación segura y fiable.

En aquellos supuestos en los que no sean aplicables los citados Reglamentos, la notificación internacional con otros Estados no miembros de la UE, podrá hacerse —entre los Estados parte del mismo— a través del Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965, relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil (*BOE* n.º 203, de 25 de agosto de 1987), o a través de la Ley 29/2015, de 30 de julio de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil (LCJIMC) (*BOE* n.º 182, de 31 de julio de 2015, corr. de errores en *BOE* n.º 210 de 2 de septiembre), en los supuestos en los que no sea aplicable dicho Convenio.

El Convenio de La Haya de 1965 establece diferentes vías de transmisión para la notificación y traslado o comunicación rápida de actos judiciales o extrajudiciales en materia civil y mercantil entre los Estados parte. La principal vía de transmisión de dichos documentos será a través de las correspondientes Autoridades centrales, designadas en cada uno de los Estados parte, pero también prevé otras vías alternativas para dicha notificación. Como sucedía en el caso del Reglamento 1393/2007, el Convenio no será aplicable cuando el domicilio del destinatario sea desconocido (artículo 1).

En los supuestos en los que no sean aplicables el Reglamento ni el Convenio de La Haya de 1965, la notificación y el traslado de documentos deberá hacerse a través de la LCJIMC. El carácter de la misma es subsidiario (artículo 2) con respecto a las normas contenidas en el Derecho de la UE, a las reguladas en los convenios internacionales en los que España es parte y, asimismo, con respecto a las normas especiales de

fuente interna «en materia de cooperación jurídica internacional en materia civil y mercantil» recogidas en la D.A. Primera de la LCJIMC.

*Autora: Idoia Otaegui Aizpúrua
(Profesora agregada de Derecho Internacional Privado,
UPV/EHU)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Derecho internacional privado*, vol. I, Comares, Granada, 2018, pp. 551-572; CARRILO POZO, L. y ELVIRA BENAYAS, M.^a J. *Instrumentos procesales de la UE. Los Reglamentos sobre notificaciones y obtención de pruebas*, Comares, Granada, 2012; DE MIGUEL ASENSIO, P. *Comentario a la Ley 29/2015 de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil*. Recuperado de <https://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2015/08/comentario-la-ley-292015>; DIAGO, DIAGO, P. «La notificación y traslado de documentos extrajudiciales en el ámbito de la Ley española de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil», *Relaciones transfronterizas, globalización y Derecho. Homenaje al Prof. Dr. José Carlos Fernández Rozas*, Civitas -Thomson Reuters, Cizur Menor, 2020, pp. 229-241; HEREDIA CERVANTES, I. y RODRÍGUEZ PINEAU, E. «Algunas propuestas para una futura Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil», *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 28, 2013, pp. 91-106; MARCHAL ESCALONA, Nuria. «El régimen jurídico de las notificaciones en la Ley de cooperación jurídica internacional», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo XVII, 2017, pp. 561-595; RODRÍGUEZ BENOT, A. «La Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2016), vol. 8, n.º 1, pp. 234-259.

VOCABLOS CONEXOS: Notificación internacional. Documentos judiciales y extrajudiciales. Traslado. Prueba. Cooperación y asistencia judicial internacional.

NULIDAD DEL LAUDO ARBITRAL

Se entiende por nulidad del laudo su invalidez de manera que no produzca efectos jurídicos. La nulidad puede ser total o parcial.

1. *La obligatoriedad del laudo*

El laudo es obligatorio entre las partes. Ello se colige en primer lugar del convenio arbitral, en tanto que el compromiso de las partes a cumplir con el laudo es inherente a la sumisión a arbitraje.

Además, en todos los ordenamientos legales modernos, los laudos arbitrales domésticos tienen la consideración de instrumentos definitivos y vinculantes. Generalmente, despliegan efectos jurídicos inmediatos entre las partes desde su emisión o notificación a las partes, aunque en algunas jurisdicciones se requiere un *exequatur* doméstico como requisito para la ejecución forzosa. Muchas legislaciones arbitrales establecen que los laudos son vinculantes para las partes y producen efectos de cosa juzgada, como las sentencias judiciales firmes. Otros ordenamientos, en los que no existe una previsión legal en ese sentido, también reconocen la fuerza de cosa juzgada de los laudos. En prácticamente todas las legislaciones arbitrales modernas se presume la validez de los laudos arbitrales.

En el plano internacional, el artículo III de la Convención sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 (el «Convenio de Nueva York»), obliga a los Estados Contratantes a reconocer la autoridad —esto es los efectos preclusivos y vinculantes— de los laudos y concederles su ejecución.

2. *Situaciones en las que cabe la intervención de los tribunales estatales para apreciar la nulidad del laudo*

La nulidad del laudo podría ser invocada ante los tribunales estatales y apreciada por estos en tres situaciones: (i) en un procedimiento de impugnación del laudo; (ii) en un procedimiento de reconocimiento (*exequatur*) del laudo, como motivo de oposición; y (iii) en un procedimiento de ejecución forzosa del laudo, como motivo de oposición.

Todos los ordenamientos prevén la posibilidad de impugnar laudos. Normalmente y, en particular, en los sistemas inspirados en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (la «Ley Modelo») se contempla la petición de nulidad, como único recurso contra un laudo. Mediante la petición de nulidad se pretende que un tribunal estatal anule un laudo en virtud de un motivo de anulación.

El *exequatur* de un laudo es necesario si se pretende que este produzca efectos en una jurisdicción en la que no se le reconozca obligatoriedad de manera automática. En general, ello es el caso de las jurisdicciones distintas a la jurisdicción de la sede del arbitraje. Además, en algunas jurisdicciones se requiere un *exequatur* también para los laudos internos, como requisito para su ejecución forzosa. El *exequatur* puede ser denegado con base en los motivos de denegación que resulten aplicables en la jurisdicción en la que se solicite. Tales motivos pueden incluir motivos relativos a la nulidad del laudo.

Por último, los motivos de oposición a la ejecución forzosa de un laudo pueden incluir motivos relativos a la nulidad del laudo.

3. Petición de nulidad

3.1. Competencia internacional

En el sistema del Convenio de Nueva York y de la Ley Modelo, la competencia internacional para conocer de peticiones de nulidad corresponde a la jurisdicción de la sede del arbitraje (artículos v.1(e) del Convenio de Nueva York y 1.2 de la Ley Modelo).

Sin embargo, se conocen casos en los que tribunales estatales han pretendido asumir la competencia para conocer de peticiones de nulidad de laudos dictados en otra jurisdicción.

3.2. Plazo

El artículo 34.3 de la Ley Modelo establece un plazo de 3 meses desde la recepción del laudo o, en su caso, desde la notificación de la decisión del tribunal arbitral sobre una solicitud de corrección e interpretación del laudo. Las leyes nacionales, incluso aquellas fuertemente inspiradas en la Ley Modelo, suelen fijar plazos más breves.

3.3. Renuncia

Mientras, en general, las partes pueden renunciar a la petición de nulidad de un laudo una vez que este ha sido dictado, en principio no son libres de renunciar a ella de manera anticipada. No obstante, algunas pocas jurisdicciones, como la suiza y la belga, sí admiten la posibilidad de renuncia anticipada, siempre que ambas partes de un arbitraje internacional con sede en esa jurisdicción sean extranjeras.

3.4. Motivos de anulación

El Convenio de Nueva York no regula de manera directa los motivos de anulación que ha de contemplar la ley de la sede. No obstante, la gran

mayoría de los ordenamientos muestran una cierta convergencia a este respecto, lo cual se debe en buena medida a la Ley Modelo que en su artículo 34.2 establece un catálogo de motivos tasados de anulación que, a su vez, se orientan fuertemente en los motivos de denegación del *exequatur* del artículo V del Convenio de Nueva York, a saber: (a) la ausencia de un convenio arbitral válido; (b) defectos de notificación de la designación de los árbitros o de las actuaciones arbitrales, o la imposibilidad para una de las partes de hacer valer sus derechos por cualquier otro motivo; (c) que el tribunal arbitral hubiera decidido sobre materias que las partes no sometieron a arbitraje; (d) que el procedimiento no se hubiera ajustado al acuerdo de las partes o, a falta de tal acuerdo, a la ley de la sede; (e) que el tribunal arbitral hubiera decidido sobre materias no arbitrables; (f) que el laudo sea contrario al orden público.

Según el citado artículo 34.2 de la Ley Modelo, la parte que interpone la petición de nulidad tiene la carga de la prueba respecto los motivos de nulidad invocados. Los dos últimos motivos citados, esto es, los de inarbitrabilidad y de vulneración del orden público, pueden ser apreciados de oficio.

Las legislaciones arbitrales modernas suelen seguir la línea de la Ley Modelo de tratar la anulación de laudos como una excepción limitada a la presunción de validez de los laudos arbitrales, no comparable a la apelación de una sentencia judicial. En particular, no procede una revisión del fondo de la decisión de los árbitros. Tal revisión de fondo sería contraria a la voluntad de las partes, plasmada en el convenio arbitral, de atribuir la decisión sobre el fondo de la controversia a los árbitros bajo exclusión de la jurisdicción estatal.

Sin embargo, algunas jurisdicciones sí que permiten la anulación de laudos con base en una revisión del fondo, aunque esta posibilidad suele estar circunscrita a la apreciación de graves errores de derecho (no de errores de hecho o de interpretación contractual). En la práctica también puede ocurrir que tribunales estatales lleven a cabo una revisión del

fondo por la vía de realizar una interpretación expansiva del motivo de anulación de vulneración del orden público.

3.5. *Consecuencias*

El tribunal estatal que conoce de la petición de nulidad puede desestimarla o estimarla, total o parcialmente. La estimación parcial procede cuando el vicio afecta solo a alguno de los pronunciamientos y el resto sea separable.

Muchos tribunales estatales han entendido que la estimación de una petición de nulidad por los tribunales estatales de la sede del arbitraje determina que el laudo pasa a ser inexistente y, por tanto, no puede ser objeto de reconocimiento o ejecución. No obstante, también ha ocurrido que tribunales estatales han otorgado el *exequatur* a laudos anulados en la sede, especialmente en casos de anulación por motivos locales peculiares de orden público local o por inarbitrabilidad.

La estimación de la petición de nulidad no afecta al convenio arbitral subyacente, que permanece en vigor (salvo que el motivo de nulidad sea precisamente la invalidez del convenio arbitral). Dado que una vez dictado el laudo, el tribunal arbitral cesa en sus funciones, la parte interesada en que se vuelva a resolver sobre aquello que hubiera sido anulado, deberá iniciar un nuevo procedimiento arbitral.

Para evitar lo anterior, el artículo 34.4 de la Ley Modelo ofrece una medida menos drástica que la anulación del laudo, otorgando al tribunal estatal que conoce de la petición de nulidad la posibilidad de suspender las actuaciones de nulidad y remitir el caso al tribunal arbitral para que este reanude las actuaciones arbitrales y tenga la oportunidad de remediar el vicio en cuestión.

4. *Oposición al reconocimiento del laudo*

Los motivos que pueden dar lugar a la nulidad del laudo pueden ser invocados para resistir su reconocimiento (fuera de la sede o, si la ley de la sede exige un *exequatur* previo a la ejecución, dentro de la sede).

En el sistema del Convenio de Nueva York, los motivos de denegación del reconocimiento previstos en su artículo V incluyen todos los motivos que pueden fundar la anulación de un laudo de conformidad con la Ley Modelo, a saber: (a) la ausencia de un convenio arbitral válido; (b) defectos de notificación de la designación de los árbitros o de las actuaciones arbitrales, o la imposibilidad para una de las partes de hacer valer sus derechos por cualquier otro motivo; (c) que el tribunal arbitral hubiera decidido sobre materias que las partes no sometieron a arbitraje; (d) que el procedimiento no se hubiera ajustado al acuerdo de las partes o, a falta de tal acuerdo, a la ley de la sede; (e) que el tribunal arbitral hubiera decidido sobre materias no arbitrables; (f) que el laudo sea contrario al orden público.

Al igual que en los motivos de nulidad de la Ley Modelo, los dos últimos motivos citados, esto es, los de inarbitrabilidad y de vulneración del orden público, pueden ser apreciados de oficio por el tribunal estatal que conoce de la solicitud de reconocimiento.

La denegación del reconocimiento de un laudo extranjero en una determinada jurisdicción no afecta a la presunción de la validez del laudo.

5. *Oposición a la ejecución del laudo*

Una vez que un laudo extranjero ha sido reconocido en una determinada jurisdicción, el ejecutado normalmente no podrá resistir la ejecución invocando motivos de nulidad del laudo que no hubieran sido invocados o apreciados como motivos de denegación del reconocimiento.

No obstante, en el contexto nacional algunos ordenamientos admiten que el juez de ejecución rechace la ejecución por apreciar —a petición de parte o incluso de oficio— la nulidad del laudo aun cuando este no hubiera sido impugnado mediante petición de nulidad.

*Autor: Luis Capiel
(Madrid)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BLACKABY, Nigel, PARTASIDES, Constantine, REDFERN, Alan y HUNTER, Martin. *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford University Press, 6.^a ed., 2015, p. 569 y ss.; BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2.^a ed., 2014, p. 3163 y ss.; DOLZER, Rudolf y SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, 2.^a ed., 2012, p. 300 y ss.; LEW, Julian D. M., MISTELIS, Loukas A, y KRÖLL, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, p. 663 y ss.; POUDRET, Jean-François y BESSON, Sébastien. *Comparative Law of International Arbitration*, Sweet & Maxwell, 2.^a ed., 2007, p. 767 y ss.; REED, Lucy F., PAULSSON, Jan y BLACKABY, Nigel. *Guide to ICSID Arbitration*, Kluwer Law International, 2010, p. 159 y ss.; ST. JOHN SUTTON, David, GILL, Judith y GEARING, Matthew. *Russell on Arbitration*, Sweet & Maxwell, 23.^a ed., 2007, p. 474 y ss.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitrabilidad de la controversia. Arbitraje. Arbitraje comercial internacional. Arbitraje de inversiones. Cláusula arbitral. Cláusula arbitral patológica. Constitucionalidad del arbitraje. *Exequatur* de laudo extranjero. Intervención judicial en el arbitraje. *Kompetenz-kompetenz* en el arbitraje. Laudo arbitral. Laudo extranjero. Ley aplicable al convenio arbitral. Orden público. Orden público internacional. Ordenamiento aplicable al arbitraje de inversiones. Ordenamiento aplicable en el arbitraje comercial internacional. Sede del arbitraje.

O

OBLIGACIONES CONTRACTUALES

1. Interpretación autónoma

El comentario a la voz «obligaciones contractuales» tiene como telón de fondo un problema interpretativo de los textos europeos que se ocupan de este concepto: el RBI bis, en el ámbito de la competencia judicial internacional, y el RRI, en el ámbito de la ley aplicable. Lo primero que debe tenerse en cuenta es que el RRI utiliza expresamente el concepto de «obligaciones contractuales» (artículo 1.1.), mientras que el RBI bis emplea el término «materia contractual» (artículo 7.1). Apuntado este dato, el siguiente que conviene destacar viene relacionado con la esfera material de los citados textos europeos. El RBI bis y el RRI se aplican en el ámbito «civil y mercantil», por lo que, atendiendo a la abundante jurisprudencia del TJUE, en relación con este concepto autónomo, la noción de obligaciones contractuales se identifican típicamente con las nacidas de una relación de Derecho privado de tráfico externo de contenido patrimonial (STJUE *Obala* C-307/19). El problema es que el RBI y el RRI no contienen una definición de las citadas categorías, las cuales, a su vez, reflejan conceptos conocidos en los Derechos nacionales con divergencias significativas, como pone de relieve el propio concepto de contrato. La disparidad conceptual de las reseñadas categorías, cuyos límites varían en país a otro, unido a la falta de una definición en los textos europeos, provocan un problema de interpretación, en la medida en que hace dudar si los citados Reglamentos utilizan esos conceptos con un significado propio o si, por el contrario, deben entenderse con el significado que normalmente tengan en el Derecho nacional del juez o en el Derecho hipotéticamente aplicable. Este problema ha quedado resuelto por el TJUE que ha declarado reiteradamente que los conceptos «mate-

ria contractual» y «obligaciones contractuales» constituyen nociones autónomas o propias del DIPr de la UE. La razón en favor de una interpretación autónoma de los citados conceptos es fácil, pues de nada sirve establecer normas uniformas en los Estados miembros de la UE, si luego cada jurisdicción las interpreta y a aplicar de distinto modo. Además, atendiendo a la necesidad de una coherencia entre las reglas y conceptos jurídicos que se contienen en los instrumentos del DIPr europeo, los conceptos «material contractual», que figura en el artículo 7.1 RBI bis, y «obligaciones contractuales», que figura en el artículo 1.1 RRI, han de recibir una interpretación unitaria a los efectos de determinar la competencia judicial internacional y la ley aplicable (STJUE *Ergo Insurance* C-359/14). Con todo lo anterior, la definición autónoma de los conceptos «materia contractual» y «obligaciones contractuales» es el resultado de la labor de interpretación realizada por el TJUE, que trae causa en las numerosas cuestiones prejudiciales planteadas por los jueces nacionales, y que ha logrado concretar sin el pleno concurso de un ordenamiento jurídico concreto, ni el de los Estados miembros ni el propio ordenamiento europeo. La desconexión del significado que reciben estas nociones en los Derechos nacionales es fruto de la comprensión autónoma de estos conceptos, aunque una interpretación *lege fori europae* tampoco resulta practicable por el carácter incompleto del Derecho contractual europeo. No obstante, la falta de un auténtico sistema de referencia no ha sido un obstáculo para que el TJUE haya dotado de un significado propio a los conceptos del presente comentario, a partir del círculo hermenéutico que proporcionan el sistema y los objetivos de los Reglamentos, los principios básicos del Derecho contractual común a los distintos sistemas jurídicos de los Estados miembros, y las respectivas conclusiones de los abogados generales, apoyadas en no pocos casos en los *Principles European Contract Law* y el *Draft Common Frame of Reference*. De esta tarea interpretativa se deriva una lectura amplia del concepto de obligaciones contractuales, que el TJUE identifica con las que derivan no solamente de los supuestos de celebración de un contrato, sino que se extiende también a las relaciones y compromisos similares a los existentes entre las partes de un contrato, siempre que se pueda determinar una

obligación jurídica una obligación jurídica libremente consentida por una persona respecto a otra.

2. *Contrato y otras formas de compromisos voluntarios*

El TJUE entiende que se incluyen en el concepto de materia contractual todas aquellas obligaciones derivadas de un compromiso libremente asumido por una parte frente a otra, o respecto a otra. Dicha definición, que tiene su raíz en la Sentencia *Handte* (C-176/00), la extendió, por analogía y de conformidad con el objetivo de coherencia, para interpretar el concepto de «obligación contractual», en el sentido del artículo 1.1 RRI, designando a cualquier obligación jurídica libremente consentida por una persona respecto a otra, es decir, un compromiso libremente asumido da lugar a una «obligación contractual» (STJUE *Ergo Insurance* C-359/14). En la práctica, la exigencia por el TJUE de un compromiso voluntario, en lugar de en el acuerdo de voluntades, como elemento clave de la definición de la noción de materia contractual, explica que queden comprendidas en ella, y por tanto calificadas como obligaciones contractuales, no solamente las obligaciones nacidas de un contrato, sino también, por analogía, las nacidas de relaciones que se asemejan a los contratos, que crean entre las personas en cuestión vínculos estrechos del mismo tipo que los que se establecen entre las partes contratantes, así como las obligaciones nacidas de declaraciones emitidas por una persona mediante la que esta se manifiesta su voluntad de obligarse.

El TJUE no solo ha dotado de un significado autónomo de la noción «contrato», también ha hecho lo propio con los requisitos para su celebración. El TJUE ha perfilado estos conceptos en la interpretación de las reglas especiales sobre contratos con consumidores, donde la noción de obligaciones contractuales se identifican exclusivamente con las nacidas de un contrato, resultando dicha jurisprudencia muy útil para identificar las relaciones subsumibles en el término de materia contractual del artículo 7.1 RBI bis (=obligaciones contractuales, *ex* RRI). Partiendo de la equivalencia entre contrato y relación de naturaleza contractual, el

TJUE considera que el concepto de contrato presupone un acto jurídico bilateral con efectos obligatorios, un acuerdo de voluntades celebrado entre dos personas del que nacen obligaciones, que se imponen en virtud de su compromiso, lo que explica que también quedan incluidos en materia contractual los contratos preliminares y compromisos de confidencialidad, claves en la fase precontractual. De la jurisprudencia del TJUE se desprende que, por su estructura bilateral, los contratos pueden tener un contenido obligacional bilateral o unilateral. En los primeros, creando para las partes obligaciones sinalagmáticas, recíprocas e interdependientes; en los contratos unilaterales, generando únicamente obligaciones para una de ellas, como ocurre, por ejemplo, con las donaciones a condición de que no traigan causa en una relación de familia o sucesiones; cuando un consumidor se limita a manifestar la aceptación de un premio, sin asumir ninguna obligación frente al profesional promitente; cuando un consumidor celebra un contrato de fianza para garantizar la deuda de otro consumidor, o celebra un contrato de garantía comercial.

Con todo lo anterior, el TJUE no se ha contentado con indicar que el concepto de materia contractual comprende la apreciación de la existencia de los elementos constitutivos del contrato (STJUE *Sanders* C-73/77), y, que, por tanto, estén incluidas en dicha categoría los litigios sobre la propia existencia o validez del contrato, sino que ha dado un paso adelante para interpretar los requisitos para la celebración. Con un enfoque más flexible en la determinación de la existencia del contrato, el TJUE ha prescindido de elementos considerados como esenciales en los ordenamientos nacionales, como la *consideration* en el Derecho inglés o la causa en el Derecho continental, exigiendo solamente el elemento consensual como esencial y necesario. En efecto, como se desprende de la jurisprudencia del TJUE, el requisito más importante para la celebración de un contrato es el acuerdo de voluntades, realizado a través de una oferta y la aceptación de la misma. De acuerdo con esta interpretación, en la STJUE *Gabriel* (C-96/00), el TJUE declaró que el comprador y el vendedor estaban indiscutiblemente unidos por una relación de na-

turalidad contractual, ya que el primero encargó mercancías ofertadas por el vendedor, manifestando su aceptación de la oferta que este le había remitido personalmente, y que este acuerdo de voluntades entre las dos partes creó obligaciones en el marco de un contrato. Ahondando un poco más, el TJUE también se ha referido a la exigencia de que la oferta implique la voluntad del oferente de quedar vinculado, en caso de que el destinatario la acepte. En este contexto, pensando en las ofertas hechas al público en general, el TJUE ha declarado que resulta indispensable que el oferente se obligue jurídicamente, a través de una oferta en firme, suficientemente clara e inequívoca, respecto al objeto y al contenido, para así dar lugar a un vínculo de naturaleza contractual. Exigencia que, en el caso de las promesas de atribución de un premio, requiere que la empresa haya expresado claramente su voluntad de obligarse, en caso de que exista aceptación por la otra parte, mostrando su disposición incondicional a pagar el premio prometido a los consumidores que lo reclamen (STJUE *Ilsinger* C-186/00). Por lo tanto, el TJUE sostiene la tesis de que en el caso de que una promesa de premio contenga todos los elementos de una oferta al público, la aceptación por parte del destinatario da lugar a la celebración de un contrato.

Con todo, la jurisprudencia del TJUE proporciona una visión anglosajona del contrato y del modo de interpretarlo, concibiendo el contrato como un intercambio de declaraciones unilaterales de voluntad, de compromisos o *promises* por una por una parte frente a otra. En el término compromiso el TJUE entiende implícita la voluntad efectiva o intención de las partes de vincularse jurídicamente. De ahí que el TJUE evidencia, como en el *common law*, una propensión hacia la interpretación objetiva o razonable para averiguar la intención de contratar, tanto del oferente como del destinatario de la oferta, sobre la base de sus declaraciones y actuación. Dicho enfoque lleva al TJUE a situarse en la persona del destinatario al valorar la intención del oferente de quedar vinculado con su declaración, tal y como fue interpretada razonablemente por aquella. Por ello, al analizar la intención de obligarse del remitente en una supuesta promesa de premio, el TJUE lo hace protegiendo las expectativas o *re-*

liance que la declaración del oferente haya podido suscitar en el destinatario: «la promesa de un premio hecha en tales circunstancias por un profesional, que no ha hecho constar claramente que dependa del azar, y que ha empleado fórmulas que pueden inducir a error al consumidor con el fin de incitarle a celebrar un contrato adquiriendo los productos ofrecidos por ese profesional, podía hacer creer razonablemente a la destinataria del envío que se le daría un premio en cuanto devolviera el “bono de pago» adjunto” (STJUE *Engler* C-27/02). Por otra parte, aplicando también una línea de interpretación objetiva, el TJUE ha apreciado la existencia de la aceptación a partir de los comportamientos o conductas, tal y como estas puedan ser razonablemente entendidas por la otra parte. Desde esta perspectiva, en el asunto *Granarolo* (C-196/15), el TJUE consideró que las relaciones comerciales de larga duración que no hayan sido objeto de un contrato escrito pueden considerarse, en principio, nacidas de una relación contractual tácita a través de conductas, hechos o actos concluyentes que manifiesten inequívocamente la voluntad de las partes. En dicho asunto, el TJUE dedujo la posibilidad de identificar la existencia de un contrato de distribución comercial celebrado oral o tácitamente de la acreditación de una serie de indicios, como la existencia de relaciones comerciales de larga duración, la buena fe entre las partes, la regularidad de las transacciones y su evolución en el tiempo en términos de cantidad y de valor, los eventuales acuerdos sobre los precios facturados o sobre los descuentos aplicables, así como la correspondencia mantenida. Más recientemente, en el asunto *Obala* (C-307/19), el TJUE ha deducido la existencia de un contrato de aparcamiento a través de actos que manifiestan inequívocamente la voluntad de las partes. Asimismo, entre este tipo de actos concluyentes se sitúan las relaciones contractuales fácticas, que el TJUE aborda en el asunto *AG Bosworth* (C-603/17), considerando que entre dos personas puede existir un contrato aun cuando, con arreglo al Derecho material aplicable, no se haya formalizado ningún contrato y se trate de una relación laboral estrictamente de hecho, siempre que las características de una relación laboral —prestación, retribución y subordinación— se cumplan en la práctica.

Ahora bien, la celebración de un contrato no es determinante para que una obligación pueda calificarse como contractual, en el sentido del artículo 7.1 RBI bis, lo que contrasta con la definición de obligaciones contractuales en el ámbito de los foros de protección, que se identifican exclusivamente con las nacidas de un contrato. Atendiendo a los límites que establece el criterio del compromiso libremente asumido, esto significa que la categoría de obligaciones contractuales incluye asimismo todas aquellas obligaciones voluntarias vinculantes nacidas sin la celebración de un contrato. Siguiendo al Abogado General, en el asunto *Wikinghof*, el TJUE ha calificado también como «obligaciones contractuales» las nacidas de relaciones que se asemejan a los contratos, en la medida en que crean entre las personas en cuestión vínculos estrechos del mismo tipo que los que se establecen entre las partes contratantes. Lo mismo puede decirse, en particular, de los vínculos entre una asociación y sus miembros y de los vínculos entre los miembros de la asociación entre sí (STJUE *Peters* C-34/82), de las relaciones entre los accionistas de una sociedad y de las relaciones entre estos y la sociedad que constituyen (STJUE *Powell Duffryn* C-214/89), de la relación entre el directivo y la sociedad que dirige, con arreglo a lo previsto en el Derecho de sociedades (STJUE *Ferho* C-47/14), o incluso de las obligaciones que los propietarios de un inmueble asumen, con arreglo a la ley, respecto de la comunidad (STJUE *Kerr* C-25/18). Además, en la medida en que la aplicación del artículo 7.1 RBI bis no exige la celebración de un contrato sino únicamente identificar una obligación, el TJUE ha declarado que la materia contractual incluye asimismo las obligaciones que se impongan, en virtud no ya de un acuerdo de voluntades de la misma índole que los mencionados anteriormente (contratos o situaciones afines al contrato), sino de un compromiso unilateral voluntario o de un acto jurídico unilateral. Este es el caso, en particular, de la promesa de premio hecha por un profesional frente a un consumidor (STJUE *Engler* C-27/02), o cuando se discute el carácter revocable o irrevocable de una promesa de un premio o de una recompensa, o si se está ante una oferta vinculante o una *invitatio ad offerendum*. La existencia de una obligación unilateral vinculante nace de la exclusiva voluntad de su autor, el promitente, a

condición de que haga la promesa con intención de quedar jurídicamente vinculado, y todo ello aunque no se produzca aceptación del destinatario. Desde el punto de vista del DIPr europeo, la aceptación del acreedor o el destinatario no es un elemento adicional para la calificación de materia contractual (obligación contractual). Del mismo modo, el TJUE ha calificado de contractuales las obligaciones derivadas de instrumentos negociables, como las nacidas de la relación jurídica entre el tenedor y el avalista de un pagaré. Aunque no haya contrato alguno, la obligación se deriva de un compromiso unilateral voluntario del avalista respecto a otra. A juicio del TJUE, el avalista, al firmar en el anverso del pagaré con la mención «por aval», aceptó voluntariamente actuar como garante de las obligaciones del emisor del pagaré. De este modo, mediante su firma, su obligación de garantizar dichas obligaciones fue libremente aceptada (STJUE *Česká spořitelna* C-419/11).

3. El fundamento contractual de la pretensión

Para determinar si una pretensión está comprendida en la categoría de materia contractual no es suficiente con identificar un contrato u otra forma de compromiso voluntario asumido por una persona frente a otra. Es preciso además que esa pretensión se fundamente en la propia obligación contractual, es decir, lo importante es determinar si la fuente subyacente y original de la obligación controvertida y el motivo por el que se interpone la demanda resultan de una obligación libremente asumida entre las partes. A este respecto, el TJUE ha señalado en reiteradas ocasiones, que se incluyen en la materia contractual todas las obligaciones que nacen de un contrato cuyo incumplimiento se invoca para justificar la acción del demandante (STJUE *Arcado* C-9/87), de lo que se ha de inferir que el artículo 7.1 RBI bis se basa en la causa de la acción y no en la identidad de las partes (STJUE *Kareda* C-249/16), es decir, las partes litigantes no tienen por qué coincidir necesariamente con las partes originales del contrato. La apertura de la calificación contractual a las relaciones entre quienes no han sido las partes originales en el contrato permite la superación de los límites asociados al principio de relatividad

contractual, sin necesidad de remitirse a la *lex contractus*, en los supuestos de cambio en la persona del acreedor por subrogación o cesión, como en los contratos a favor de terceros. Así sucede siempre y cuando exista una base contractual subyacente que fundamente la demanda del tercero o permita exigirle responsabilidad respecto del cumplimiento de las obligaciones asumidas contractualmente por dicho tercero o a su favor. En este sentido, en el asunto *Frabuil* (C-265/02), el TJUE no descartó la posibilidad de que una demanda en materia contractual pudiera englobar una situación en la que una tercera entidad interpusiera una demanda contra una de las partes de un contrato en virtud de la cesión legal de un derecho a un tercero demandante, si puede acreditarse que el demandado autorizó la obligación pertinente. Del mismo modo, en el asunto *Flightright GmbH*, (C-274/16, C-447/16 y C-448/16), el TJUE calificó como contractual la acción de compensación de un pasajero contra el transportista aéreo no contractual debido al cumplimiento defectuoso de la obligación de efectuar el transporte en las condiciones previstas en el contrato celebrado entre dicho pasajero y la compañía contractual. El TJUE declaró que dicha obligación nació del contrato de transporte aéreo, en la medida en que la compañía operadora actuó voluntariamente en nombre y representación de la compañía contractual, asumiendo el cumplimiento de las obligaciones libremente consentidas con respecto a quien contrata con el pasajero afectado.

Como se ha indicado, para el TJUE, lo importante es determinar si la fuente subyacente y original de los derechos y obligaciones controvertidos y el motivo por el que se interpone la demanda resultan de un contrato. En ciertos casos, el TJUE infiere la naturaleza contractual de la obligación litigiosa directamente a partir de los criterios sustanciales autónomos previstos en el RRI, garantizando así la coherencia interna de la materia contractual, en el sentido del artículo 7.1 RBI bis, con las cuestiones comprendidas en el ámbito de la *lex contractus*. Como sucede, por ejemplo, en razón con el artículo 12.1.b) RRI, con las acciones de reclamación de cantidad o de indemnizaciones por incumplimiento total o parcial de la obligación contractual (STJUE *Shenavai* C-266/85), o en

razón del artículo 12.1.e) RRI, con la calificación contractual de las acciones de nulidad y de la restitución del pago en caso de nulidad del contrato (STJUE *Profit Investment* C-366/13); o en razón del artículo 10.1 RRI, con los litigios en los que se cuestiona la propia existencia o validez del contrato (STJUE *Effer Spa* C-38/81), o en los que se ha de apreciar el carácter abusivo de una cláusula contractual, independientemente de que esa apreciación se efectúe en el marco de una acción individual o en el de una acción colectiva de cesación (STJUE *Verein für Konsumenteninformation* C-191/15). Asimismo la coherencia interna de la materia contractual del artículo 7.1 RBI bis con el artículo 16 RRI, subyace en la calificación contractual de la acción de repetición entre los codeudores de un contrato de préstamo con la posibilidad de que un codeudor que ha pagado total o parcialmente la parte del otro en la deuda común recupere el importe abonado. El TJUE ha declarado que, puesto que la razón de esta acción está vinculada en sí a la existencia de este contrato, sería artificial, a efectos de la aplicación del RBI bis, separar estas relaciones jurídicas del contrato del que han nacido y que constituye su fundamento (STJUE *Kareda* C-249/16). En contrapartida, cuando no resulta posible deducir el fundamento contractual de la pretensión de criterios sustantivos autónomos, la determinación de la naturaleza contractual de la pretensión deberá hacerse teniendo en cuenta «el objeto del contrato», expresión que recibe una definición autónoma por parte del TJUE, para establecer la calificación contractual de todas aquellas acciones basadas en las estipulaciones de un contrato o en normas jurídicas aplicables en virtud del mismo (STJUE *Ferho* C-47/14). Ciertamente, para realizar la calificación autónoma, tan esencial es la situación fáctica que da lugar a la acción como las normas materiales invocadas por el demandante para fundamentar la pretensión, en la medida en que facilitan las indicaciones necesarias para identificar las características de la obligación, en el sentido autónomo, en la que dicha acción se basa, y que se ha de calificar. De acuerdo con este enfoque, el TJUE ha calificado como contractual una acción pauliana mediante la cual el titular de un derecho de crédito nacido de un contrato solicita que se declare ineficaz frente a él el acto, supuestamente lesivo para sus derechos, por el que su

deudor transmite un bien a un tercero. La causa de la acción pauliana radica, fundamentalmente, en el incumplimiento de las obligaciones que el deudor ha asumido frente al acreedor. Con ella el acreedor pretende que se declare que la transmisión por el deudor de activos patrimoniales a un tercero se ha producido en fraude de sus derechos nacidos de la fuerza obligatoria del contrato y que corresponden a las obligaciones libremente contraídas por su deudor (STJUE *Feniks* C-337/17). En cambio, el TJUE cambia de enfoque para la calificación de la naturaleza contractual de las acciones de responsabilidad civil ejercitadas entre partes contratantes, calificando, en estos casos, la pretensión como contractual cuando la interpretación del contrato resulta indispensable para determinar el incumplimiento de una obligación contractual (STJUE *Brogssitter* C-548/12), o, en su defecto, como extracontractual cuando se ha de tener en cuenta el contrato, como una simple cuestión incidental, a los efectos de determinar el incumplimiento de una obligación impuesta por la ley. En este contexto, la STJUE *Wikingerbhof* (C-59/19) ha excluido de la materia contractual una acción entablada para conseguir el cese de determinados actos llevados a cabo en el marco de la relación contractual que vincula al demandante con el demandado y basada en una alegación de abuso de posición dominante cometido por este último infringiendo el Derecho de la competencia.

Autor: José Ignacio Paredes Pérez
(*Profesor ayudante. Doctor de Derecho Internacional Privado,*
Universidad Autónoma de Madrid)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ARENAS GARCÍA, R. «La distinción entre obligaciones contractuales y obligaciones extracontractuales en los instrumentos comunitarios de Derecho internacional privado», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo VI, 2006, pp. 393-415; CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho internacional privado*, 18.^a ed., vol. II, Comares, Granada, 2018; ESPINAR VICENTE, J. M., y PAREDES PÉREZ, J. I., *El régimen jurídico de las obligaciones en Derecho internacional privado español y de la Unión Europea*, Dykinson, Ma-

drd, 2019; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. *Derecho internacional privado*, 9.^a ed., Civitas Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2016; FRANCINA, P. «Jurisdiction, contracts and torts», *Encyclopedia of Private International Law*, BASEDOW, J. *et al.* (ed.). Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 1032-1042; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. *Derecho internacional privado*, 5.^a ed., Civitas Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2019; LARA AGUADO, A. «La oferta y la aceptación contractuales», *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, tomo I, SÁNCHEZ LORENZO, S. (ed.), Civitas Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2016, pp. 681-752; MINOIS, M. *Recherche sur la qualification en Droit international privé des obligations*, 2020, LGDJ, París; PAREDES PÉREZ, J. I. «Algunas consideraciones entorno a la noción autónoma de contrato en Derecho internacional privado comunitario», *Revista Española de Derecho Internacional*, n.º 1, 2006, pp. 319-330; SÁNCHEZ LORENZO, S. «El principio de coherencia en el Derecho internacional privado europeo», *Revista Española de Derecho Internacional*, n.º 2, 2018, pp. 17-47; SAUGMANDSGAARD ØE, H. *Conclusiones presentadas el 10 de septiembre de 2020, Asunto C-59/19 Wikingerhof GmbH & Co. KG contra Booking.com BV*; WILDERSPIN, M. «Contractual obligations», *Encyclopedia of Private International Law*, BASEDOW, J., *et al.* (ed.), Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 1562-1574; VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Thomson Civitas, Cizu Menor, 2007.

OBLIGACIONES EXTRA CONTRACTUALES

1. Obligaciones delictuales y cuasidelictuales

La categoría genérica de obligaciones no contractuales o extracontractuales cubre una amplia gama de supuestos que resultan solamente posible reconducir a un planteamiento unitario por tener la característica común de que no emanan del contrato, sino que derivan de la ley, los cuasicontratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa y negligencia (artículo 1089 CC). En DIPr,

también se define el término obligaciones extracontractuales en un sentido negativo por exclusión de las obligaciones nacidas de un contrato. En este contexto, el Comité Europeo de Cooperación Jurídica del Consejo de Europa, ya hace unas décadas, definió la responsabilidad extracontractual como «la obligación de reparar un daño derivado de un hecho distinto a la inexecución o ejecución forzosa de una obligación contractual». Se trata pues de una definición amplia, que permite incluir supuestos tan dispares y heterogéneos, como la responsabilidad por daños y los cuasicontratos. En DIPr europeo, en que se asienta el comentario, la categoría obligaciones extracontractuales recibe también un tratamiento residual respecto de las obligaciones contractuales, como pone de relieve la considerable jurisprudencia del TJUE, que se inició con la STJUE *Kalfelis* (C-189/87) en relación con la interpretación autónoma del concepto de «materia delictual o cuasidelictual», que no se encuentra definido en el artículo 7.2 RBI bis. Desde entonces, según reiterada jurisprudencia del TJUE, dicha categoría abarca todas las demandas dirigidas a exigir la responsabilidad de un demandado y que no están relacionadas con la «materia contractual», en el sentido del artículo 7.1 RBI bis, es decir que no se base en una obligación jurídica libremente consentida por una persona respecto a otra (STJUE *Wikingerbhof* C-59/19). Ciertamente, la citada disposición no utiliza el término obligaciones extracontractuales, a diferencia del RRII, que se refiere expresamente a esta categoría, como se deriva del artículo 2 RRII, en el que se incluyó una definición de «obligación extracontractual» de carácter enunciativo, refiriéndose a cualquier obligación resultante de un hecho dañoso, del enriquecimiento injusto, la gestión de negocios y la culpa *in contrabando*, y un recordatorio en el considerando 11 de que, a efectos del RRII, la noción de obligación extracontractual debe entenderse como un concepto autónomo con independencia de que en las diferentes legislaciones nacionales pueda diferir tal concepto. En este contexto, el TJUE ha declarado, por analogía y de conformidad con el objetivo de coherencia en la aplicación del RRII y del RBI bis, que el significado del concepto de obligación extracontractual es equivalente al significado del concepto de materia delictual o materia cuasidelictual, por lo que han de recibir una in-

interpretación unitaria (STJUE *Ergo Insurance*, C-359/14). En efecto, el concepto de obligaciones extracontractuales cubre todas las obligaciones comprendidas en materia delictual o cuasidelictual. Las obligaciones delictuales comprenden las obligaciones nacidas de hechos ilícitos que producen o pueden producir un daño, lo que incluye las obligaciones propias del Derecho de daños —las obligaciones nacidas de culpa o negligencia y de los distintos regímenes de responsabilidad civil—, y las obligaciones nacidas de *culpa in contrabando*, es decir, por los daños causados de una parte con ocasión de las negociaciones encaminadas a la celebración de un contrato, actuando de mala fe o con deslealtad negocial. Por su parte, las obligaciones cuasidelictuales son equivalentes a las obligaciones cuasi-contractuales.

Por otra parte, la lectura transversal del RBI bis y el RRII permite obtener otras cualidades de la categoría obligaciones extracontractuales. Así, en lo que concierne a la responsabilidad por actos ilícitos, la expresión obligaciones no contractuales engloba no solo a las que no derivan del contrato sino también a las que no derivan directamente de una relación jurídica previa que ligue a las partes. Desde esta perspectiva, la doctrina más autorizada considera que las obligaciones extracontractuales son obligaciones autónomas respecto de cualquier relación jurídica previa, es decir, son tan extracontractuales como extrafamiliares, extrasucesorias, o, en general, simplemente ajenas a cualquier otro tipo de relación jurídica, y precisamente por originarse en el seno de otro tipo de relación jurídica, su origen, carácter y contenido solo tiene sentido desde la óptica del ordenamiento rector de tal relación. No en vano, dejando de la lado los supuestos excluidos de la esfera material del RRII por contener una regulación especial en el marco del DIPr convencional (las obligaciones extracontractuales que se deriven de un daño nuclear), como los excluidos del RRII por la falta de consenso durante el proceso de elaboración del Reglamento (las obligaciones extracontractuales que se deriven de la violación de la intimidad o de los derechos relacionados con la personalidad; en particular, la difamación), las otras cinco de las exclusiones previstas en el artículo 1.2 lo son por razón de precisar qué tipo de obliga-

ciones extracontractuales se rigen por un estatuto distinto, el propio de la relación jurídica en cuyo ámbito se originan. Eso sí, en la medida en que el RBI bis y el RRI solo se aplican en «materia civil y mercantil», atendiendo a la abundante jurisprudencia del TJUE en relación con este concepto autónomo, ambos textos identifican el concepto de obligaciones extracontractuales, tanto las delictuales como las cuasidelictuales, con las nacidas de relaciones de tráfico externo de contenido patrimonial, que resultan aplicables con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional que conozca la demanda, sea la jurisdicción civil o la penal al resolver sobre responsabilidad civil derivada de un delito. Por consiguiente, quedan comprendidas en el concepto de materia civil y mercantil, a los efectos del RBI bis y el RRII, las acciones ejercitadas por las autoridades de un Estado que tengan por objeto someter relaciones de Derecho privado al control jurisdiccional, como las acción de cesación para la protección del interés general de los consumidores (STJUE *Movic BV* C-73/19). En contrapartida, quedan excluidas las obligaciones extracontractuales que tienen su origen en una sanción administrativa (STJUE *Siemens* C-102/15). Precisamente, la aplicación de los reglamentos a obligaciones extracontractuales en materia civil y mercantil explica la exclusión en los mismos de las reclamaciones por los daños causados por el Estado en el ejercicio de su autoridad (*acta iure imperii*), pero no en los casos en que las obligaciones extracontractuales son consecuencia de actuaciones de la administración sujetas al Derecho privado (*acta iure gestionis*).

2. Responsabilidad por daños o hechos ilícitos

A diferencia de lo que sucede en el sector de la ley aplicable, en el RBI bis no existe un régimen específico que regule la competencia judicial internacional para litigios transfronterizos en materia de responsabilidad extracontractual por actos ilícitos. Ahora bien, una lectura transversal del RBI bis y el RRII permite identificar la gran diversidad de supuestos de responsabilidad extracontractual que engloba la categoría de materia delictual, que se encuentra en el artículo 7.1 RBI bis. Dejando para más

adelante los supuestos subsumibles bajo la categoría de *culpa in contrahendo*, la categoría de materia delictual cubre una amplia gama de supuestos en los que la responsabilidad se fundamenta en el comportamiento ilícito del demandado, que tiene su fuente en el incumplimiento de un deber legal que existe con independencia del contrato. Precisamente, el TJUE califica la materia delictual como una categoría subsidiaria frente a la materia contractual del artículo 7.1 RBI bis, señalando que el concepto materia delictual comprende toda demanda que se dirija a exigir responsabilidad de un demandado y que no esté relacionada con la materia contractual, es decir, cuando la responsabilidad no se derive o no se haya producido en el marco de una relación libremente asumida por las partes o por una parte frente a la otra, sino que resulta de un hecho dañoso consistente en el incumplimiento de una obligación legal impuesta con carácter general. Desde esta perspectiva, es pacífica la exigencia de dos requisitos acumulativos para que el incumplimiento de una obligación extracontractual quede comprendido en la definición de materia delictual: por un lado, la pretensión debe dirigirse a exigir la responsabilidad civil de un demandado; por otro, esta pretensión no debe estar relacionada con la materia contractual. El primer requisito se refiere al objeto de la pretensión, es decir, debe, en principio, dirigirse a obligar judicialmente al demandado a poner fin a un comportamiento susceptible de generar un daño —supuesto de una acción de cesación— o a reparar ese daño en caso de que ya se haya producido —supuesto de una demanda por daños y perjuicios—. El segundo requisito se refiere a la causa de la pretensión de responsabilidad. Para estar comprendida en la materia delictual, esta pretensión no debe basarse en una obligación jurídica libremente consentida, sino en una obligación que tiene su fuente en un hecho ilícito, y, en consecuencia, en la infracción de un deber impuesto por la ley con carácter general (STJUE *Wikingerbhof* C-59/19).

Con todo lo anterior, en la medida en que la responsabilidad delictual solo surge cuando pueda establecerse un nexo causal entre el daño y el hecho que lo origina (STJUE *Austro-Mechana* C-572/14), de la jurisprudencia del TJUE se pueden extraer ciertas pautas en relación con los

elementos que fundamenta la responsabilidad del demandado en los supuestos comprendidos en la categoría de materia delictual. En primer lugar, el TJUE efectúa una interpretación flexible de la noción de hecho dañoso, siendo irrelevante que la responsabilidad derive de un acto o de una omisión. Por esta razón, la materia delictual comprende tanto las acciones declarativas mediante las cuales el demandante solicita que se declare judicialmente la violación de un deber legal por parte del demandado, como también las acciones declarativas negativas mediante las cuales el demandante solicita que se declare que no ha cometido ningún acto u omisión que haga surgir su responsabilidad delictual frente al demandado (STJUE *DFDS Torline* C-18/02).

En general, la categoría de materia delictual cubre cualquier tipo de responsabilidad por daños a un tercero, siendo irrelevante a estos efectos que sea una responsabilidad por culpa o una responsabilidad objetiva. La concurrencia de los dos requisitos anteriormente expuestos, unidos a los criterios sustanciales autónomos previstos en el RRII, permite una lectura amplia de la materia delictual, englobando una gran diversidad de supuestos, como los daños derivados de accidentes de circulación, daños por productos defectuosos, daños medioambientales, daños a los derechos de propiedad industrial o intelectual, daños a los derechos de la personalidad, daños derivados de la infracción del Derecho de la competencia y competencia desleal, daños causados por una acción de conflicto colectivo futura o realizada, etc. Todos estos supuestos tienen en común en que la demanda se dirige a exigir la responsabilidad del demandado por la infracción de una obligación legal preexistente, y ello con independencia de que las partes litigantes puedan estar unidas por un contrato. De este modo, el TJUE considera que la causa de la acción está comprendida en la materia delictual, en el sentido del artículo 7.2 RBI bis, cuando el demandante invoca el incumplimiento de una obligación impuesta por la ley, y no resulta indispensable examinar el contenido del contrato celebrado con el demandado para apreciar el carácter lícito o ilícito del comportamiento reprochado a este último, por tratarse de una obligación que se impone al demandado con independencia de

dicho contrato. Así ocurre, por ejemplo, cuando una de las partes no tuvo la elección de un contrato y, por ello, tuvo que soportar los efectos de las modificaciones posteriores de las condiciones generales por la posición de abuso dominante de su contraparte (STJUE *Wikinghof* C-59/19). En segundo lugar, la interpretación flexible de la noción de hecho dañoso, habilita una lectura amplia de la noción de daño, y con ello poder incluir en la materia delictual no solamente las situaciones en las que un particular haya sufrido un perjuicio particular, sino también los menoscabos causados al ordenamiento como consecuencia de la inobservancia de una norma legal que impone un modelo de conducta (STJUE *Henkel* C-176/00), lo que explica también que la categoría en estudio comprenda no solamente situaciones en las que un perjuicio ya se ha producido, sino también situaciones en las que se quiere prevenir o impedir que se produzca un daño. Por ello, en cuanto al tipo de acción, la categoría material delictual incluye acciones llamadas a reparar o a hacer cesar un daño (indemnización o cesación) y acciones preventivas para evitar o minorar el daño en supuesto de riesgo (acciones inhibitorias). No en vano, el artículo 7.2 RBI bis acoge el *forum damni*, confiriendo competencia judicial internacional a los Tribunales del Estado miembro del lugar donde se hubiere producido o pudiera producirse el daño, lo que justifica que el criterio de competencia responde a las funciones preventivas y resarcitorias desempeñadas, en la actualidad, por la responsabilidad civil extracontractual.

3. *Cuasi contratos*

El legislador europeo ha establecido normas de conflicto especiales en el RRII para los dos supuestos de cuasi contratos conocidos en los sistemas europeos, gestión de negocios ajenos y enriquecimiento injusto, en lugar de fijar una norma general, como preveía la propuesta inicial, lo que hubiera planteado importantes problemas de calificación, al no tratarse de una categoría no conocida por todos los Estados miembros. En este contexto, el artículo 10 RRII acoge un concepto amplio de enriquecimiento injusto, en la medida en que utiliza la denominación genérica

de «enriquecimiento injusto» e incluye expresamente «el pago de sumas indebidamente percibidas», como un elemento añadido. Es decir, la figura del enriquecimiento injusto no se limita a la única variante de cuasicontrato que conoce nuestro sistema, bajo la rúbrica de «cobro de lo indebido», y que el artículo 1895 CC describe como la recepción de alguna cosa que no había derecho a cobrar, y que por error ha sido indebidamente entregada. Las fórmulas del enriquecimiento injusto subsumibles en el supuesto de hecho del artículo 10 RRII pueden ser distintas de las que traen causa en una mera confusión o equivocación en la persona destinatario, como puede suceder, por ejemplo, cuando el error se produce por la invalidez del negocio en el que traiga origen la transmisión patrimonial, o cuando sea producto de una transacción en la que uno de los intervinientes no es el auténtico titular del derecho que transmite. Asimismo, el enriquecimiento injusto puede producirse como consecuencia de un acto ilícito, como podría suceder, por ejemplo, con los ingresos percibidos por la violación de los derechos de propiedad industrial o intelectual. Todos estos supuestos convergen en un mismo punto; un sujeto ha integrado en su peculio un bien que no tenía derecho a percibir. Sin embargo, permiten distinguir entre los casos derivados de la existencia de una previa relación jurídica entre las partes (o de su apariencia) y los que se producen en una mera confusión en la persona del acreedor. Si existe un negocio o una apariencia negocial vinculado directamente con la percepción de lo indebido, como un contrato o un hecho dañoso, lo lógico sería aplicar las disposiciones rectoras de la presunta relación existente entre las partes, puesto que es en ella donde se produce el origen de la transferencia patrimonial; mientras que si se tratase de un mera equivocación en el sujeto al que debe entregarse el bien, lo pertinente sería estar a las normas del lugar donde acaeció el hecho del que se deriva una responsabilidad no contractual. Así lo hace el artículo 10 RRII, aunque sea de manera indirecta. Una lectura reposada de precepto lleva a considerar que su primer numeral está específicamente pensado para el tipo de enriquecimiento injusto que se halla estrechamente vinculado a la existencia de otra relación; y, a continuación, atribuye a sus numerales 2 y 3 la función de establecer unas conexiones subsidia-

rias, jerárquicamente ordenadas, para regular las nacidas de los restantes supuestos. Cuando el enriquecimiento injusto no pueda vincularse con una relación previa entre las partes la cuestión es muy distinta, la residencia habitual común es la Ley que manifiesta un claro engarce entre los sujetos y los hechos de los que se deriva el incremento patrimonial de uno de ellos, y es la que mejor se sitúa para precisar si existe o no una causa que justifique el beneficio experimentado por el favorecido. Este punto de conexión limita las internacionalizaciones artificiales o fortuitas, expresa el nexo más evidente entre los sujetos de la relación y constituye el entorno donde se produce el acrecentamiento indebido de un patrimonio a costa de otro sin que exista razón jurídica que lo respalde. En defecto de residencia habitual común, la ley aplicable deberá ser la del lugar donde se produjo el enriquecimiento injusto. Todo ello sin perjuicio de que pueda operar, en cualquiera de los supuestos anteriores, la cláusula de los vínculos más estrechos como válvula de escape.

A nivel de competencia judicial internacional, la calificación de una acción de restitución por razón de enriquecimiento injusto suscita un problema de calificación a los efectos de la aplicación del foro especial en materia delictual o cuasidelictual (artículo 7.2 RBI bis). Aunque la rúbrica de materia cuasidelictual sea equivalente a cuasicontractual, no todos los supuestos en los que se produce un desplazamiento patrimonial injusto se enmarcan dentro de esa categoría. Su calificación debe atender al tipo de relación subyacente entre las partes y al comportamiento del demandado. Como viene indicando reiteradamente el TJUE, el concepto de en materia de delitos o cuasidelitos abarca todas las demandas dirigidas a exigir la responsabilidad de un demandado y que no están relacionadas con la materia contractual. Por esta razón, se ha de descartar la aplicación del artículo 7.2 RBI bis cuando el enriquecimiento se produce en el marco de un contrato o de una relación voluntariamente establecida entre las partes, en la medida que la acción quedaría subsumida en el marco del artículo 7.1 RBI bis. Asimismo, se ha de descartar la aplicación del artículo 7.2 RBI bis cuando la transferencia patrimonial se hubiera producido como consecuencia de una mera confusión en la persona del

destinatario, en la medida en que la obligación de restitución por enriquecimiento sin causa no se basa en un comportamiento ilícito, sino que se deriva de la falta de título jurídico sobre la ventaja patrimonial, por lo que, en este caso, el único foro disponible es el foro general del domicilio del demandado. En contrapartida, son subsumibles en la categoría de cuasidelictual el enriquecimiento injusto que derive, o vinculado, a un hecho ilícito que origina un daño o un perjuicio, habida cuenta de que, en estos supuestos, la acción de restitución por razón de enriquecimiento sin causa tiene por objeto devolver al demandante una ventaja que el demandado ha adquirido de forma ilegal a expensas del primero, como, por ejemplo, por la infracción de un derecho de propiedad industrial o intelectual.

El artículo 11 RRII se ocupa de la gestión de negocios ajenos sin mandato desglosando también el supuesto de hecho, que define la gestión de negocios ajenos como la acción llevada a cabo sin una autorización debida en conexión con los negocios de otra persona, en atención a la existencia o no de una eventual relación entre las partes, como, por ejemplo, la derivada de un contrato o un hecho dañoso, estrechamente vinculada con la obligación derivada del cuasicontrato. Para cada uno de estos supuestos se diseña una localización diferente. Cuando el *dominus* y el gestor mantengan una relación previa estrechamente vinculada a la actividad oficiosa que ha realizado este último, será la ley rectora de dicha relación la que deberá ser aplicada. No existiendo una relación jurídica previa, se aplicará la ley del país donde residan las partes en el momento en que se produce el hecho generador del daño. En defecto de los criterios anteriores, habrá de estarse a las previsiones del ordenamiento en que se llevó a cabo la gestión. Sin perjuicio, en todos los supuestos anteriores, de que pueda operar la cláusula de los vínculos más estrechos, como cláusula de escape. En el ámbito de la competencia judicial internacional, las razones esgrimidas antes para el enriquecimiento sin causa valen también para la calificación de las obligaciones derivadas de la gestión de negocios ajenos sin mandato. Siendo lícita y voluntaria la asunción de la gestión, de la que resulta obligado su autor, las obliga-

ciones que genera esta suerte de cuasicontrato difícilmente resultan subsumibles bajo la categoría de materia cuasidelictual del artículo 7.2 RBI bis; las acciones de resarcimiento a cargo del *dominus* de los gastos y las pérdidas sufridas no son asimilables a una acción de indemnización para reparar un daño, por lo que el único foro disponible es el foro general del domicilio del demandado, salvo que la gestión se hubiera producido en el marco de un contrato de mandato o de agencia, en cuyo caso la acción estaría comprendida en la materia contractual. En la práctica, bajo la categoría materia delictual solo resultan subsumibles las acciones llamadas a reparar los daños irrogados al *dominus* con ocasión de una conducta negligente por parte del gestor, o de la persona en quien hubiera delegado.

4. Culpa in contrahendo

El artículo 12 RRII se ocupa de establecer una norma específica de la responsabilidad civil *derivada* de la *culpa in contrahendo*, también conocida como responsabilidad precontractual. Como pone de relieve el considerando 30 del RRII, se trata de un concepto autónomo con un significado propio e independiente del que tiene en los Derechos nacionales, máxime cuando la calificación que recibe en los diferentes ordenamientos no es pacífica; los ordenamientos próximos al germánico optan por su naturaleza contractual, a diferencia de los ordenamientos próximos al francés, que la califican como contractual, sin faltar ordenamientos que ofrecen un tratamiento diferenciado a este régimen de responsabilidad. El RRII ofrece una solución al problema de la disparidad de calificaciones optando a favor de la calificación extracontractual de la responsabilidad precontractual, que se extiende también, en virtud del principio de continuidad de conceptos, al RRI y al RBI bis. Ello explica que el RRI aclare en su artículo 1.2 que las obligaciones que se derivan de los tratos previos a la celebración de un contrato queda excluidas de su ámbito de aplicación. En todo caso, la calificación extracontractual de la responsabilidad precontractual es tributaria de la interpretación del TJUE, en el asunto *Tacconi* (C-334/00), en el que consideró comprendida en materia

delictual una demanda de reclamación por la ruptura injustificada de las negociaciones encaminadas a la celebración de un contrato, en la medida en que existía un compromiso libremente asumido entre las partes, lo que descartaba la materia contractual, y la responsabilidad del demandado derivaba de la eventual infracción de normas jurídicas, en particular la que obliga a las partes a actuar de buena fe en dichas negociaciones. Con todo lo anterior, a la luz del considerando 30 del RII y del tenor del artículo 12, el concepto autónomo de *culpa in contrabando* cubre únicamente los supuestos de responsabilidad que presentan un vínculo directo con los tratos previos a la celebración del contrato, con independencia de que el contrato llegue a celebrarse o no, pudiendo, en consecuencia, surgir aquella cuando la conducta de alguna de las partes pudiera causar un daño a la otra ocultando o falseando información relevante, entreteniéndola a una de ellas para evitar que pacte con otros sujetos, retrasando el final del acuerdo con el fin de causar perjuicios a otros participantes en la negociación o rompiendo las conversaciones que se estaban llevando a cabo de una forma inequívocamente injustificada, o infringiendo deberes precontractuales de información. Estos supuestos quedan sometidos a la ley aplicable al contrato o la que se habría aplicado al contrato si este se hubiera celebrado, salvo que fuera imposible determinar esta última, en cuyo caso se determina con arreglo a la regla general del artículo 4 RRII. Fuera del artículo 12 RRII quedan los supuestos de responsabilidad precontractual que no presentan un vínculo directo con los tratos previos a la celebración del contrato, como por ejemplo los daños físicos que pueda sufrir un cliente dentro de un establecimiento, a los que se aplica la regla general. Con todo, a nivel de competencia judicial internacional, las obligaciones extracontractuales con vínculo directo con los tratos previos a la celebración de un contrato, constituyen casos de responsabilidad en materia delictual, como sucede, por ejemplo, cuando el contrato se ha celebrado y la acción tiene por objeto que se declare la responsabilidad del profesional por una *culpa in contrabando* resultante del incumplimiento de las obligaciones precontractuales frente al consumidor cocontratante (STJUE *Reliantco* C-500/18).

Autor: José Ignacio Paredes Pérez
(Profesor ayudante. Doctor de Derecho Internacional Privado,
Universidad Autónoma de Madrid)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: AMORES CONRADI, M. y TORRALBA MENDIOLA, E. «XI tesis sobre el estatuto delictual», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2004, n.º 8, 2004; ARENAS GARCÍA, R. «La distinción entre obligaciones contractuales y obligaciones extracontractuales en los instrumentos comunitarios de Derecho Internacional Privado», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo VI, 2006, pp. 393-415; *ID.* «La distinción entre obligaciones contractuales y obligaciones extracontractuales en los instrumentos comunitarios de Derecho internacional privado», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo VII, 2007, pp. 315-339; CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOA GONZÁLEZ, J. *Las obligaciones extracontractuales en Derecho internacional privado*, Comares, Granada, 2008; *ID.* *Derecho internacional privado*, 18.ª ed., vol. II, Comares, Granada, 2018; DICKINSON, A. «Rome II Regulations (non-contractual obligations)», BASEDOW, J. *et al.* (eds.), Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 1562-1574; ESPINAR VICENTE, J. M. y PAREDES PÉREZ, J. I. *El régimen jurídico de las obligaciones en Derecho internacional privado español y de la Unión Europea*, Dykinson, Madrid, 2019; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. *Derecho internacional privado*, 9.ª ed., Civitas Thomson-Reuters, Cizur Menor 2016; FRANCINA, P. «Jurisdiction, contracts and torts», *Encyclopedia of Private International Law*, BASEDOW, J. *et al.* (ed.), Edward Elgar Publishing, 2017, pp. 1032-1042; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. *Derecho internacional privado*, 5.ª ed., Civitas Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2019; GIL-NIEVES, R. «El proceso negociador del Reglamento Roma II: obstáculos y resultados», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo VII, 2007, pp. 109-185; LARA AGUADO, A. «La responsabilidad precontractual en Derecho comparado», *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, tomo I, SÁNCHEZ LORENZO, S. (ed.). Civitas Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2016, pp. 627-680; KADNER, T. «Torts», *Encyclopedia of Private International Law*, BASEDOW, J., *et al.* (ed.), Edward Elgar Publishing,

2017, pp. 1709-1717; MINOIS, M. *Recherche sur la qualification en Droit international privé des obligations*, 2020, LGDJ, París; SAUGMANDSGAARD ØE, H. *Conclusiones presentadas el 10 de septiembre de 2020, Asunto C-59/19 Wikinghof GmbH & Co. KG contra Booking.com BV*; VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Thomson Civitas, Cizu Menor, 2007.

ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

El orden público es un enigma. En resumen, es imposible introducir en un marco puramente jurídico una doctrina cuyo contenido es esencialmente político. (HEALY, p. 474)

El concepto de orden público internacional es un concepto jurídico indeterminado cuya definición ha eludido a las grandes mentes arbitrales durante décadas. La dificultad para definir este concepto se basa en el hecho que el sentido de la expresión difiere y evoluciona en función de la visión subjetiva de cada nación sobre lo que forma parte de la esfera del interés general o de la buena moral que debe ser preservada y protegida, sin perjuicio de la voluntad de las partes o de cualquier otra ley aplicable. A pesar de ello, el concepto de orden público internacional es una de las bases indispensables del sistema de arbitraje internacional.

Teniendo en cuenta esta dificultad a la hora de definir este concepto, no es sorprendente que haya varios términos que se usen de forma intercambiable. Por ejemplo, hay autores que diferencian entre «orden público internacional» y «orden público transnacional» mientras que otros consideran que se trata del mismo concepto. Incluso si consideramos que son conceptos distintos, hay considerables áreas de solapamiento. A efectos del presente escrito, entendemos que el orden público transnacional se refiere al sistema de valores que, dado su carácter internacional ampliamente aceptado, es tan fundamental que debe cumplirse cualquiera que sea el Derecho que rige la controversia. En otras palabras, es una categoría más restringida que abarca únicamente las normas univer-

sales que la mayoría de las naciones consideran fundamentales y obligatorias. Un tribunal nacional se sentiría obligado a aplicar esas normas independientemente de la ley aplicable a la controversia. Por otra parte, a efectos del Derecho internacional privado, interpretamos «orden público internacional» como un concepto visto a través de la lente de las propias leyes o normas del Estado para tratar un laudo arbitral extranjero. Por lo tanto, aunque sea un concepto «internacional», se define a nivel estatal ya que sigue siendo el orden público del tribunal ejecutor. El orden público internacional ejerce, pues, una función negativa privando a la ley extranjera de su título normal de aplicación o al acto extranjero de su facultad de ser reconocido. Constituye, por consiguiente, un límite al funcionamiento de las normas de Derecho internacional privado cuando estas ordenan ya sea la aplicación del Derecho extranjero o el reconocimiento de un acto extranjero.

1. Orden público internacional ante tribunales nacionales

En cualquier caso, lo que es indudable es que la esfera del orden público interno no debe ser confundida con el orden público internacional (o transnacional). El concepto de orden público interno se refiere a las normas internas que las partes no pueden decidir inaplicar cuando la relación jurídica se rige por el Derecho del Estado del foro. El rol de los órdenes públicos internos es crucial en el artículo v(2)(b) de la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras. Este artículo permite el no reconocimiento de un laudo arbitral si es contrario al orden público del país en que se ha dictado el laudo o del país en que se solicita el reconocimiento. Esta disposición establece un mecanismo de escape, el cual permite a los Estados contratantes basarse excepcionalmente en la legislación local para denegar el reconocimiento de un laudo que de otro modo sería ejecutable. No obstante, esta excepción no otorga carta blanca a los Estados contratantes. Los redactores de la Convención de Nueva York trataron de limitar el alcance de esta cláusula en la medida de lo posible porque temían que se invocara para promover intereses nacio-

nales y que, de ese modo, se frustrara el objetivo básico de fomentar la ejecutoriedad de los laudos extranjeros. Se consideró que este riesgo era importante dadas las grandes disparidades entre los sistemas jurídicos nacionales y las políticas públicas en un instrumento mundial como es la Convención. No obstante, el comentario de la Convención de Nueva York confirma que los tribunales de cada Estado interpretan este concepto con base en su propia interpretación subjetiva. Tribunales nacionales, por ejemplo en el Reino Unido, han confirmado esta interpretación (*Anatolie Stati y otros c Kazajistán*, SCC Caso V116/2010, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Inglaterra, 6 de junio de 2017, párr. 84).

Ante cortes nacionales, el concepto de orden público internacional puede entrar en juego a nivel sustantivo o bien a nivel procesal.

A nivel sustantivo, tribunales nacionales pueden aplicar la excepción si la disputa que ha dado lugar al procedimiento arbitral es contraria al orden público internacional. Un claro ejemplo de una práctica que la mayoría de Estados consideran contrarias al orden público internacional (y también transnacional) es la obtención de un contrato mediante corrupción o soborno. Otros ejemplos de prácticas contrarias al orden público internacional (y, por consiguiente, contrarias a la mayoría de ordenes públicos nacionales) incluyen el tráfico de drogas, el blanqueo de dinero, el tráfico de personas, violaciones de sanciones internacionales y graves violaciones de derechos humanos.

A nivel procesal, tribunales nacionales pueden considerar que el procedimiento arbitral se ha desarrollado de manera contraria al orden público internacional. Por ejemplo, si el árbitro es manifiestamente parcial a favor de una de las partes, esta falta de imparcialidad sería contraria a la mayoría de órdenes públicos internos (y al orden público internacional y quizás también transnacional). Asimismo, si una de las partes se ve privada de su derecho a una defensa efectiva, este defecto procesal también sería contrario al orden público internacional.

Por tanto, es esencial que el abogado de parte que base una objeción al reconocimiento y/o ejecución de un laudo en la excepción de orden público examine la definición de orden público y de orden público internacional que los tribunales de ese país concreto han aplicado (o bien que demuestre que el laudo es contrario al orden público transnacional ya que entonces el laudo necesariamente será contrario al orden público interno del país, como reconoció el tribunal en *Chevron c Ecuador*, CPA Caso 2009-23, Segundo laudo parcial, 30 de agosto de 2018, párrs. 9.16-9.19).

Por ejemplo, en el caso de España, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid declaró que:

Por orden público han de estimarse aquel conjunto de principios, normas rectoras generales y derechos fundamentales constitucionalizados en el Ordenamiento Jurídico español, siendo sus normas jurídicas básicas e inderogables por la voluntad de las partes, tanto en lo social como en lo económico. (*Iberconsulting Sport, SA v Eductrade, SA*, ASTJ M 19/2012, 23 de mayo de 2012)

Tal y como deja claro la definición, se trata de un remedio de carácter extraordinario que debe aplicarse de forma restrictiva, por ejemplo, en casos donde una de las partes no ha podido ejercer su derecho de defensa de forma efectiva. Tomando de nuevo el ejemplo de los tribunales españoles, los únicos casos en que dichos tribunales se han negado a reconocer y/o ejecutar laudos extranjeros basándose en la excepción de orden público han sido:

- Cuando el procedimiento arbitral se ha realizado en paralelo a un procedimiento judicial en España, que finalizó antes que el procedimiento arbitral y cuyas conclusiones eran incompatibles con las del laudo extranjero (*The Anthony Radcliffe Steamship Company Limited v Hermanos Vila SA*, ATS 10039/2003, 7 de octubre de 2003; *Mare Blu Societa di Navigazione Arl v Harinas del Guadalquivir SL*, ATS 1283/2002, 24 de septiembre de 2002).

- Cuando el laudo y/o el procedimiento arbitral se desarrollaron de forma fraudulenta, por ejemplo, porque el demandado falleció antes del inicio del procedimiento (*TH Van Huystee BV v Sr Jose Enrique*, STS 5279/1986, 7 de octubre de 1986; *TH Van Huystee BV v Sr Benedicto*, ATS 624/1986, 7 de octubre de 1986).

Viendo que los tribunales de cada Estado tienen el poder de determinar qué constituye una violación del orden público (interno y/o internacional) en cada país concreto, no es extraño que algunos países que aplican este concepto de forma restrictiva se hayan posicionado como Estados especialmente favorables al arbitraje. Se trata, por ejemplo, del caso de Francia. Los tribunales franceses tradicionalmente han sostenido que un laudo solo se anulará (o se rechazará su ejecución) cuando la violación del orden público sea flagrante, efectiva y concreta (*SA Thalès Air Défense v GIE Euromissile*, Sentencia de la Corte de Apelación de París, 18 de noviembre de 2004; *Serafín García Armas y Karina García Gruber c Venezuela*, CPA Caso 2013-03, Sentencia de la Corte de Apelación de París, 25 de abril de 2017; *Gold Reserve Inc c Venezuela*, CIADI Caso ARB(AF)/09/1, Sentencia de la Corte de Apelación de París, 7 de febrero de 2017). A pesar de que los controles a laudos extranjeros han sido más exhaustivos en la última década (*Société MK Group c/ SARL Onix et Société Financiale Initiative*, Sentencia de la Corte de Apelación de París, 16 de enero de 2018; *Valeri Belokon c Kirguistán*, CPA Caso AA518, Sentencia de la Corte de Apelación de París, 21 de febrero de 2017), los tribunales franceses siguen aplicando una interpretación restrictiva del concepto de orden público tanto interno como internacional. Como resultado, las partes que estén considerando donde ejecutar un laudo arbitral extranjero se van a decantar por países donde haya una clara tradición pro-arbitraje.

2. Orden público internacional ante tribunales internacionales

Habiendo establecido el rol que los tribunales nacionales de cada Estado tienen con relación a los conceptos de orden público interno e interna-

cional, también debemos considerar el concepto de orden público internacional en procedimientos internacionales. Aquí nos encontramos de nuevo con la problemática de definir «orden público internacional» y el solapamiento con «orden público transnacional». Es difícil delimitar el contenido de orden público internacional ya que la naturaleza no estática de este concepto es necesaria para captar cualquier fluctuación en las circunstancias sociales imperantes. Así pues, cada tribunal deberá analizar el concepto de orden público internacional con relación a su concepción contemporánea en cada Estado.

El concepto de orden público internacional puede ser invocado por una de las partes en un procedimiento arbitral para cuestionar la jurisdicción del tribunal o la admisibilidad de las demandas de la parte contraria. En otras palabras, los tribunales de arbitraje en materia de inversiones han utilizado el concepto de orden público internacional para abordar la conducta indebida de inversores, aunque no haya referencias explícitas a este concepto en los tratados de inversión en cuestión (ver, por ejemplo, *Vladislav Kim y otros c Uzbekistán*, CIADI Caso ARB/13/6, Laudo sobre jurisdicción, 8 de marzo de 2017, párrs. 593-598).

Por ejemplo, en el caso de *World Duty Free c Kenia*, el Estado argumentó ante el tribunal que su expresidente había aceptado un soborno del director de la empresa inversora. La cláusula arbitral se encontraba en el contrato obtenido mediante el soborno. Considerando la cuestión sobre el efecto del pago, admitido por el inversor, el tribunal decidió:

A la luz de las leyes internas y de las convenciones internacionales relativas a la corrupción, y a la luz de las decisiones adoptadas en esta materia por los tribunales judiciales y arbitrales, este Tribunal está convencido de que el soborno es contrario al orden público internacional de la mayoría de los Estados, sino de todos, o, para utilizar otra fórmula, al orden público transnacional.

Así, pues, el tribunal arbitral desestimó la pretensión de la parte actora ya que el contrato fue obtenido mediante un soborno. El tribunal con-

sideró que no podía dar efecto a la pretensión de World Duty Free ya que sería contrario al orden público transnacional y al orden público internacional interpretado según el Derecho inglés.

Asimismo, los tribunales en los casos de *Inceysa c El Salvador* (CIADI Caso ARB/03/26, Laudo, 2 de agosto de 2006, párrs. 245 y 249) y *Churchill and Planet c Indonesia* (CIADI Caso ARB/12/14 y 12/40, Laudo, 6 de diciembre de 2016, párr. 508) declararon que no excluir las inversiones de Inceysa y Churchill de la protección de los respectivos tratados sería una violación del orden público internacional ya que dichas inversiones fueron realizadas mediante fraude. Así pues, reconocer la existencia de derechos nacidos como consecuencia de actos ilegales atentaría contra el respeto a la legalidad y, consecuentemente, el orden público internacional.

En la misma línea, según los tribunales en *Plama Consortium c Bulgaria* (CIADI Caso ARB/03/24, Laudo, 27 de agosto de 2008, párrs. 141-146) y *Liman Caspian Oil c Kazakstán* (CIADI Caso ARB/07/14, Extractos del laudo, 22 de junio de 2010, párrs. 193-194), conceder las protecciones del Tratado sobre la Carta de la Energía a la inversión de los respectivos demandantes sería contrario a la noción básica del orden público internacional ya que un contrato obtenido por medios ilícitos no debe ser ejecutado por un tribunal. Un razonamiento similar fue seguido por el tribunal en *Niko Resources c Bangladesh Petroleum Exploration y Bangladesh Oil Gas and Mineral Corporation* (CIADI Casos ARB/10/11 y ARB/10/18, Laudo sobre jurisdicción, 19 de agosto de 2013, párrs. 434-464) y por el tribunal en *Blusun c Italia* (CIADI Caso ARB/14/3, Laudo, 27 de diciembre de 2016, párr. 264).

Estos ejemplos parecen sugerir que una violación del orden público internacional no se produce cuando el inversor adopta una conducta contraria a la doctrina, sino cuando se concede protección judicial a una inversión ilegal. Por lo tanto, tribunales internacionales suelen no otor-

gar dicha protección y declarar o bien que no tienen jurisdicción o bien que las demandas del inversor no son admisibles.

Clàudia Baró Huelmo

(Abogada asociada en Withers LLP, Ginebra)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: LALIVE, Pierre. «Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration», *Revista Brasileira de Arbitragem*, vol. XI.41, 2014, p. 173 y ss.; MOSES, Margaret L. «Public Policy under the New York Convention: National, International, and Transnational», en FACH GÓMEZ, Katia y LÓPEZ-RODRÍGUEZ, Ana M. *60 Years of the New York Convention: Key Issues and Future Challenges*, Kluwer Law International, 2019, p. 169 y ss.; BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2014, p. 3646 y ss.; KLEIMAN, Elie y PAULY, Claire. «Arbitrability and Public Policy Challenges», en ROWLEY QC, William J., GAILLARD, Emmanuel y KAISER, Gordon. «Guide to Challenging and Enforcing Arbitration Awards», *Global Arbitration Review*, 2019; KOKOTT, Juliane y HOFFMEISTER, Frank. «International Public Order», *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*; PRODROMOU, Zena. «The Public Order Exception in International Trade, Investment, Human Rights and Commercial Disputes», *International Arbitration Law Library*, vol. 56, p. 5 y ss., p. 135 y ss.; MARCOUX, Jean-Michel. «Transnational Public Policy as an International Practice in Investment Arbitration», *Journal of International Dispute Settlement*, vol. 10.3, 2019, p. 496 y ss.; HEALY, Thomas H. «Théorie générale de l'ordre public», *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 9, 1925, p. 407 y ss.; BARÓ HUELMO, Clàudia. «The paranoia surrounding the protection of due process rights; an easy-to-abuse exception for annulling arbitral awards or refusing to enforce them?», en HERNÁNDEZ MORENO, Andrés y HERRERA PETRUS, Christian. *Reflexiones sobre el arbitraje internacional en una economía globalizada. Homenaje a D. Ramón Mullerat*, Difusión Jurídica, 2021.

VOCABLOS CONEXOS: Acceso internacional a la justicia. Arbitraje. *Exequatur*. *Exequatur* de laudo extranjero. Intervención judicial en el arbitraje. Laudo extranjero. Nulidad del laudo arbitral. Orden público internacional en la contratación internacional. Orden público transnacional. Principios generales del Derecho. Reglamento de arbitraje. Sede del arbitraje.

ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL EN LA CONTRATACIÓN INTERNACIONAL

1. *Introducción*

En siglo XXI experimentamos una continua movilidad de personas y bienes y una economía globalizada signada por el libre comercio de mercancías, servicios y capitales y el desarrollo de un sinfín de relaciones jurídicas que traspasan a diario las fronteras de los Estados provocando un crecimiento exponencial del tráfico jurídico internacional. En este marco, el contrato se erige como la principal herramienta jurídica para la circulación de la riqueza. Los contratos internacionales, al conectarse con múltiples países y con ordenamientos jurídicos distintos, suscitan una suerte de incertidumbre jurídica respecto a la ley aplicable a los mismos, que debe ser aclarada por el Derecho internacional privado (DIPr) para dar certeza y predictibilidad a los contratantes y a las relaciones de tráfico externo respecto a las normas que regulan el fondo de las relaciones contractuales —*lex contractus*—.

Actualmente, la voluntad de las partes, con distintos alcances, matices y reconocimiento por parte de las normas de DIPr de los diferentes países, es el factor de conexión principal para determinar la ley aplicable a los contratos internacionales. Ello permite que las partes identifiquen con antelación el Derecho que regirá su contrato, y gocen de mayor previsibilidad y seguridad jurídica sobre los derechos y obligaciones que surgen del mismo, permitiéndoles ajustar sus conductas a las reglas previamente

convenidas. A falta de elección de la *lex contractus* por los contratantes, los Estados han previsto diferentes factores de conexión y fórmulas para determinarla, unos han impuesto factores subsidiarios predeterminados (como lugar ejecución o celebración del contrato); y otros han dado una gran libertad al juzgador para fijar *lex contractus* con base en el «principio de proximidad», que le permite designar «el Derecho más estrechamente vinculado al contrato», bajo criterios de justicia y equidad —justicia conflictual— frente al caso concreto.

Ahora bien, la autonomía de la voluntad contractual (AdV) es un poder jurídico limitado por los Estados para evitar colisión de intereses individuales y sociales. Por ello, el Estado conserva en el siglo XXI su rol de garante de los derechos fundamentales de las personas en las relaciones contractuales internas e internacionales. En este sentido, existen importantes limitaciones a la autonomía de la voluntad de las partes y a su poder autorregulador, fundadas en la protección de principios fundamentales o directrices básicas del ordenamiento jurídico del foro —orden público en DIPr—, o la condición de desigualdad de las partes en ciertos tipos de contrato.

Entre las restricciones más importantes a la autonomía de la voluntad de las partes en la determinación de la *lex contractus*, están: (a) aquellas que garantizan el respeto de las normas de policía u orden público de aplicación necesaria o inmediata de la *lex fori* que protegen derechos fundamentales e irrenunciables de las personas, como las normas laborales que prevén el derecho de vacaciones; y la no contravención del orden público en DIPr, que faculta al juez a rechazar la ley elegida y sustituirla por la ley de foro, para defender principios fundamentales del Derecho del foro; (b) aquellas que buscan proteger a la parte débil de la relación contractual en cierto tipo de contratos donde se presume una situación de desigualdad entre las partes. Para ello se crean normas de conflicto especiales que, quebrando su neutralidad, regulan de manera particular y diferenciada estos contratos. Es el caso, por ejemplo, de los contratos de trabajo y de consumo, en los que se presume que hay una parte vul-

nerable de la relación con desigual poder de negociación que es necesario proteger; en estos supuestos, la voluntad como conexión principal será reemplazada por la conexión objetiva, salvo que la ley elegida sea más favorable a la parte débil.

2. *Limitaciones a la voluntad de las partes y nuevos desafíos del DIPr contemporáneo*

La intervención estatal engendra normas internacionalmente imperativas, cuya aplicación a una situación contractual determinada pondrá en cuestión y limitará el dominio reservado a la voluntad de las partes como factor de conexión para elegir la ley aplicable. La técnica del DIPr del siglo XXI se pone al servicio de este fin a través de dos métodos:

| <p>MÉTODO AUTOLIMITATIVO O EXCLUSIVISTA</p> <p>Trabaja con las normas de policía u orden público y la excepción de orden público internacional (cuestionamiento extrínseco de la AdV)</p> | <p>MÉTODO CONFLICTUAL</p> <p>Trabaja con las normas de conflicto</p> <p>(cuestionamiento intrínseco de la AdV)</p> |
|---|--|
| <p>Se usa para defender los principios y derechos que son considerados fundamentales e irrenunciables por el ordenamiento jurídico del foro de cada Estado. Se basa en:</p> <p>La presencia de <i>normas de policía u orden público</i> de la <i>lex fori</i>, de <i>aplicación internacional necesaria e inmediata</i> en cualquier situación donde se vulneren principios y</p> | <p>Se usa para proteger los intereses de una de las partes en una relación donde se presume desigualdad de condiciones, como en los contratos de trabajo y de consumo. Se basa en:</p> <p>La existencia de ciertas categorías de contratantes débiles con desigual poder de negociación frente a su con-</p> |

| | |
|--|--|
| <p>derechos que el foro considera fundamentales, como las normas laborales que prevén el derecho de irrenunciable de vacaciones (función positiva del orden público); y</p> <p>La no contravención del orden público en DIPr mediante la <i>excepción de orden público</i> (función negativa del orden público), que faculta al juez, en casos que detecte situaciones de vulneración manifiesta de derechos y principios fundamentales, a rechazar la aplicación de la ley elegida y sustituirla por la ley de foro.</p> <p>Por ejemplo, artículos 2049 y 2050 de CC de Perú; artículo 11 y 18 de Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales - CIDIP V/ 1994; y artículos 9 y 21 de Reglamento Roma I /2008.</p> | <p>trapatte fuerte; ello reclama una especial protección del DIPr, que se materializa a través de la relegación de la voluntad como factor de conexión principal para proteger a la parte débil de la relación; y</p> <p>La creación de normas de conflicto especiales, protectoras de la parte débil de la relación como el trabajador en los contratos de trabajo y el consumidor en los de consumo; estas quiebran su neutralidad para regular de manera particular y diferenciada estos contratos y proteger a la parte «débil», quedando la voluntad de las partes condicionada a que la ley elegida proteja mejor a la parte «típicamente débil» del contrato.</p> <p>Por ejemplo, artículos 6 y 8 de Reglamento Roma I/ 2008.</p> |
|--|--|

2.1. *Normas de policía y excepción de orden público*

2.1.1. *Orden público y excepción de orden público en DIPr*

| PRINCIPALES CARACTERES E IMPACTO DEL ORDEN PÚBLICO Y LA EXCEPCIÓN DE ORDEN PÚBLICO EN DIPR | | |
|---|---|--|
| Caracteres | Universo que comprende | Impacto de su aplicación en la comunidad jurídica internacional |
| <ul style="list-style-type: none"> - Variable y relativo - Elástico y Flexible - Ligado a la concepción social y política de cada pueblo y momento histórico | <ul style="list-style-type: none"> - Principios jurídicos, públicos y privados, políticos y económicos, morales e incluso religiosos, considerados absolutamente indispensables para conservar un orden social en un pueblo y en una época determinada | <ul style="list-style-type: none"> - Supone un quiebre en la comunidad jurídica universal; por ello, - Deben ser interpretados y aplicados de forma excepcional y restrictiva. |

2.1.2. *Funciones del orden público en DIPr*

El orden público en DIPr tiene dos funciones diferenciadas según el momento en que interviene, las cuales están reconocidas de manera expresa por los cuerpos jurídicos contemporáneos más importantes sobre la materia, como el Reglamento CE Roma I de 2008 sobre ley aplicable a los contratos internacionales, y los Principios de La Haya sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales, aprobados en el 2015 por los países miembros de la Conferencia de La Haya de DIPr (Principio 11) y comentados en la voz correspondiente al tema. Estas son: la función positiva y la función negativa del orden público, que sintetizamos en el siguiente cuadro.

| FUNCIÓN POSITIVA DEL ORDEN PÚBLICO Aplicación necesaria o inmediata de las normas de policía | FUNCIÓN NEGATIVA DEL ORDEN PÚBLICO Aplicación de la excepción de orden público |
|---|--|
| <p>1. Las <i>normas de policía se aplican inmediatamente antes de recurrir a la norma de conflicto</i>, siendo un método concurrente al conflictual. Por tanto, su aplicación:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Es independiente de la confrontación del contenido de una ley extranjera con la <i>lex fori</i>. | <p>1. En el DIPr dicha <i>excepción</i> es parte de la lógica de la norma de conflicto que sería <i>aplicada en ausencia de las normas de policía</i> que regulan el asunto litigioso. Por tanto, su aplicación:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Constituye el último eslabón, dado su carácter de correctivo excepcional. - <i>Permite descartar la ley extranjera</i> normalmente aplicable, cuando contiene dis- |

| | |
|--|---|
| <p>- Implica que la norma de conflicto no ha entrado en juego, y que <i>la lex fori se aplica en tanto norma internacionalmente imperativa de aplicación necesaria o inmediata.</i></p> <p>2. Defiende una política legislativa o económica determinada que se considera absolutamente fundamental.</p> <p>Por ejemplo, CIDIP V de 1994 (artículo 11) y el Reglamento Roma I de 2008 sobre Ley aplicable a los contratos internacionales (artículo 9).</p> | <p>posiciones <i>cuya aplicación es inadmisibile por el tribunal competente.</i></p> <p>2. Salvaguarda los principios generales esenciales o fundamentales que preservan la comunidad jurídica, entre ellos, los fundamentos políticos y sociales de la civilización del foro y ciertas políticas legislativas nacionales consideradas esenciales.</p> <p>Por ejemplo, CIDIP V de 1994 (artículo 18) y el Reglamento Roma I de 2008 (artículo 21)</p> |
|--|---|

Por tanto, podemos concluir que existen dos limitaciones a la autonomía de la voluntad referidas al orden público internacional del foro: un aspecto o efecto negativo tradicional, que funciona como una excepción *a posteriori*, que sin obstar al funcionamiento de la norma conflictual impide la aplicación del Derecho extranjero, aunque hubiere sido elegido por las partes, si es violatorio del orden público del foro; y otro efecto positivo, donde el orden público funciona *a priori*, inmediateamente, vale decir antes del juego de las reglas de conflicto, generándose una función de conexión respecto a las normas de aplicación inmediata.

2.2. *Interferencia de las normas de policía y el orden público en el arbitraje*

En el contexto del arbitraje comercial internacional, las normas de policía u orden público juegan un rol principalmente en tres situaciones que pueden presentarse en el curso del proceso arbitral.

2.2.1. *Situaciones de intervención de las leyes de policía en el proceso arbitral*

| | |
|---|---|
| <p>1.º Al inicio del proceso</p> | <p>Aquí debe determinarse si las normas de policía son susceptibles de influenciar la arbitrabilidad del asunto, es decir la posibilidad que el convenio arbitral obstruya la jurisdicción étática. Esta es la etapa donde cabría la presentación de la excepción de arbitraje ante el juez étático (del Estado donde se desarrolla el proceso arbitral).</p> <p>Esto supone un procedimiento de control directo de la validez y de los efectos del convenio arbitral, que actualmente es poco común que se dé.</p> |
| <p>2.º Durante el proceso</p> | <p>Aquí se plantea la cuestión de saber: (i) si los árbitros deben o pueden aplicar las normas de policía, o si deben tenerlas en cuenta al apreciar el fondo del litigio; (ii) de cuáles leyes de policía se trata, es decir, de cuál sistema jurídico; y (iii) en qué condiciones deben ser aplicadas y bajo qué título.</p> |
| <p>3.º Concluido el proceso</p> | <p>Aquí vendría el momento de verificar la validez del laudo por el juez del país bajo cuyas leyes se dictó el laudo; o de su reconocimiento o ejecución cuando se solicita el <i>exequatur</i> del laudo en otro país.</p> |

| | |
|--|---|
| | En esta etapa resulta importante considerar que toda eventual no aplicación —o mala aplicación— de las normas de policía por parte de los árbitros, desde la perspectiva del juez del foro, podrá ser detectada y corregida por este en la fase de anulación o del <i>exequatur</i> . |
|--|---|

Al respecto, es importante precisar que, aun cuando los árbitros no son los guardianes de los intereses étáticos, como sí los son los jueces nacionales de cada Estado, sí les interesa evitar que su laudo sea sancionado con la anulación o la denegatoria de su reconocimiento y ejecución por parte de los jueces étáticos.

En este sentido, desde un punto de vista práctico, la posición de los árbitros respecto a las normas de policía estaría en gran medida en función de: (i) la naturaleza y la intensidad del control de los laudos en el procedimiento de anulación y en el de *exequatur*, y (ii) la medida en la cual los ordenamientos jurídicos étáticos pretenden que sus normas de policía u orden público sean aplicadas o tomadas en consideración (o bien acepten que estas no lo sean). Por ende, la actitud de los Estados a este respecto debe servir de guía orientadora al árbitro.

2.2.2. *Orden público en el ámbito del arbitraje*

El orden público en el ámbito del DIPr es, en general, de fuente nacional, por lo que su contenido depende del ordenamiento jurídico del foro. Está ligado, por tanto, a los principios fundamentales del foro que el juez étático está obligado a salvaguardar. En este ámbito, según explicamos en acápites anteriores, el orden público tiene una función negativa de evicción del derecho, en principio, competente y también una función positiva que cobra cuerpo con la aplicación de las leyes de policía, también llamadas normas de aplicación necesaria.

En el ámbito del arbitraje, la función del orden público varía según la fase del proceso arbitral:

| <p>DURANTE EL DESARROLLO DEL PROCESO ARBITRAL</p> | <p>CONCLUIDO EL PROCESO ARBITRAL, DURANTE LA FASE DE CONTROL DEL LAUDO. ETAPA DE ANULACIÓN Y EXEQUATUR</p> |
|--|---|
| <p>El orden público ejerce una función positiva de aplicación de las normas de policía.</p> <p>Dado que el árbitro carece de foro, goza de un margen de apreciación en la decisión sobre la aplicación de tales o cuales normas de policía.</p> <p>Como no es un órgano de un Estado determinado, su posición es equidistante respecto a todos los Estados (excepto tal vez el del lugar de la sede arbitral), entonces no tiene un Estado cuyos intereses debe defender de manera prioritaria. Tampoco tiene <i>lex fori</i>, cuyas normas de policía puedan imponerse frente a él sobre las de otros Estados.</p> | <p>El orden público ejerce una función negativa vinculada con la excepción del orden público.</p> <p>En el campo de la anulación y el <i>exequatur</i> de los laudos arbitrales extranjeros, el orden público interviene solo como correctivo excepcional que permite descartar la ley extranjera en principio competente, cuando esta última contiene disposiciones cuya aplicación es inadmisibles por el tribunal que conoce de la anulación o el <i>exequatur</i> del laudo, según sea el caso.</p> <p>Dada la naturaleza particular de la excepción de orden público en este ámbito, esta debiera comprender solo el núcleo de</p> |

| | |
|---|---|
| <p>Por tanto, para el árbitro las normas de policía que enfrenta tendrán siempre el carácter de «terceras».</p> <p>Entonces: ¿qué normas de policía debe tener en cuenta el árbitro para solucionar los conflictos que le son sometidos y bajo qué criterios?</p> <p>Aquellas que garanticen la eficacia del laudo a emitir, para evitar que su fallo sea luego anulado o rechazado por un tribunal étático al momento de su reconocimiento y ejecución. Es su deber, no jurídico, sino profesional.</p> <p>A tal efecto, deberá prestar especial atención a las siguientes normas de policía:</p> <p>Las del ordenamiento jurídico que corresponde a la <i>lex causae</i>.</p> <p>Las del derecho elegido por las partes.</p> <p>Las del lugar de la sede del arbitraje.</p> | <p>principios fundamentales políticos, sociales o económicos que constituyen la base del orden jurídico en causa, cuyo cumplimiento es tan importante que justifica descartar cualquier ley extranjera que se le oponga.</p> <p>Así lo prescribe, por ejemplo, la Ley de Arbitraje peruana (Dec.Leg. 1071/2008 (artículo 63, inciso f), que establece como causal de anulación de un laudo arbitral emitido en el extranjero, que el laudo sea contrario al orden público internacional.</p> <p>En el mismo sentido se pronuncia la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras - 1958 (artículo V, numeral 2, inciso b), y la Ley de Arbitraje peruana, (artículo 75, numeral 3, inciso f), al prescribir como causal de denegación del reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral emitido en el marco de un arbitraje internacional, que el laudo sea contra-</p> |
|---|---|

| | |
|--|-------------------------------------|
| Las del lugar de ejecución del laudo arbitral (<i>lex fori</i> del juez étático que conoce del reconocimiento y ejecución del laudo). | rio al orden público internacional. |
|--|-------------------------------------|

3. Conclusiones

- a) El siglo XXI está inmerso en un proceso de consolidación y afianzamiento del principio de autonomía de la voluntad; sin embargo, esta no es ilimitada. Los límites al poder autorregulador de los particulares se manifiestan esencialmente mediante las normas internacionalmente imperativas establecidas por el legislador que permiten al juez restringir la autonomía de la voluntad, cuando su ejercicio afecta principios fundamentales o directrices básicas del ordenamiento jurídico del foro y normas de policía (orden público en DIPr); y a través de la emisión de normas de conflicto especiales protectoras de determinadas categorías sociales consideradas parte débil de la relación (como el trabajador y el consumidor en los contratos de trabajo y de consumo, respectivamente).
- b) Existen dos limitaciones a la autonomía de la voluntad referidas al orden público internacional del foro: un efecto negativo tradicional que funciona como una excepción *a posteriori* (excepción de orden público en DIPr), que impide la aplicación del derecho extranjero, si es violatorio de principios fundamentales del ordenamiento jurídico del foro; y otro efecto positivo, donde el orden público funciona *a priori*, inmediatamente con la aplicación de las normas de policía de aplicación necesaria e inmediata, que intervienen antes del juego de las reglas de conflicto.

*Autoras: María Antonieta Delgado Menéndez
 María del Carmen Delgado Menéndez
 (Profesoras de Derecho Internacional Privado,
 Pontificia Universidad Católica del Perú)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y DELGADO MENÉNDEZ, María del Carmen. (2019). «Alcances y limitaciones de la autonomía de la voluntad en la contratación internacional del siglo XXI: una mirada desde el Derecho internacional privado peruano», en *Cambios y transformaciones en el Derecho internacional en el siglo XXI. Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario* (pp. 81-109). Lima: PUCP, Facultad de Derecho; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta. (2017). *Autonomía de la voluntad, ley del contrato y normas internacionalmente imperativas. La ley peruana a la luz de las tendencias del Derecho internacional privado contemporáneo*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, vol. 44; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y PEJNOVIC DELGADO, Milan. (2018). «*Lex contractus*». En COLLANTES, J. L. (dir.). *Enciclopedia del arbitraje*. Segunda parte (pp. 116-121). Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, vol. 48; DELGADO BARRETO, César, DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y CANDELA SÁNCHEZ, César Lincoln. *Introducción al Derecho internacional privado. Tomo I. Conflicto de leyes - Parte General*. Lima: Ed. Fondo Editorial de la PUCP, 2008; DELGADO BARRETO, César, DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y CANDELA SÁNCHEZ, César Lincoln. (2015). *Introducción al Derecho internacional privado. Tomo III. Conflicto de Jurisdicciones, arbitraje internacional y sujetos de las relaciones privadas internacionales*. Ed. Fondo Editorial PUCP. Lima; DELGADO BARRETO, César y DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta. (2011). «El arbitraje comercial internacional y el orden público. Incidencia del orden público en la decisión arbitral». En *Libro homenaje a Fernando Vidal Ramírez*. Ed. Palestra, Lima; DELGADO BARRETO, César y DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta. (2008). «Límites a la autonomía de la voluntad en la contratación internacional». En *Libro homenaje al Doctor Felipe Osterling Parodi*, tomo III, capítulo XXV. Lima: Ed. Palestra; RADICATI DI BROZOLO, Luca G. (2005). «Arbitrage Commercial International et Lois de Police. Considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce International». *Recueil de Cours*, tomo 315; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. (2009). *Textos de Derecho internacional privado*, en

https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&ved=0CEQQFjAD&url=http%3A%2F%2Fwww.mastersdip.es%2Flearning%2Ftemario%2F1%2FPILaw%2520Texts%2520002%2520-%2520Ley%2520aplicable%2520contratos.doc&ei=mru6UbWxLarL0gHAk4GwCw&usg=AFQjCNE3VDV3S_i1TyAgnZzf5jMF4HIV-Q&sig2=3K40Y_JbxiBwFcsm4gsaaw

REFERENCIAS NORMATIVAS: Principios de la Conferencia de La Haya de DIPr sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales de 2015.

<https://assets.hcch.net/docs/21356f80-f371-4769-af20-a5e70646554b.pdf>; Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (CIDIP V), México D. F.: 1994.

http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPV_convencioncontratosinternacionales.htm/; Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A41980A0934/>; Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2009, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales L177/6, (Reglamento Roma I de 2008) <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:ES:PDF/>; Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016. Ley de arbitraje peruana (D.Leg. 1071/ 2008).

VOCABLOS CONEXOS: Contrato internacional. Leyes de policía. Orden público internacional. Normas imperativas. Parte débil en contratos especiales (protección de). Principios sobre la elección de la ley aplicable en materia de contratos comerciales internacionales.

ORDEN PÚBLICO TRANSNACIONAL

A fines de una buena comprensión del concepto de orden público transnacional y sus particulares en el ámbito del arbitraje internacional, resulta imperioso revisar los aspectos fundamentales del orden público internacional y las reglas de aplicación imperativa, propios del Derecho internacional privado, particularmente el rol prominente de los valores propios de la *lex fori* en la aplicación de dichos conceptos, ya que el concepto de orden público nace y se nutre del orden público internacional diferenciándose a su vez del mismo.

A diferencia del orden público interno, el orden público internacional opera como una excepción a la aplicación de la *lex causae*, o como lo veremos ulteriormente el reconocimiento y ejecución de una sentencia extranjera, a una situación jurídica *in concreto* ya que dicha aplicación o reconocimiento se encuentra en contradicción con los principios y valores fundamentales del foro. Dicha contradicción justifica, por parte del juez encargado en resolver una controversia en presencia de un elemento extranjero, el rechazo de las normas de conflicto a una situación jurídica parte de dicha controversia. La excepción de orden público se aplica asimismo cuando el reconocimiento o ejecución de una decisión judicial extranjera contradice los valores del Derecho del juez del *exequatur*, esto es el juez frente a quién se solicita u opone el reconociendo o ejecución de la sentencia. En este caso, decisión judicial extranjera será considerada contraria al orden público internacional debido a que los efectos de la misma —la determinación en concreto de los derechos y obligaciones de las partes— son contrarios a principios reconocidos por el mismo. La naturaleza neutral de las normas de conflicto justifica esta excepción ya que las mismas remiten a ordenamientos jurídicos extranjeros sin considerar su contenido y es por esto que la excepción de orden público internacional sirve a proteger los valores y principios fundamentales del foro.

Cuando la excepción del orden público internacional se presenta dentro del marco del Derecho aplicable, es importante resaltar que el rechazo del mismo no es de naturaleza absoluta, ya el juez descarta la aplicación de solo aquellas reglas de la *lex causae*, cuya aplicación contraría los valores fundamentales reconocidos por la *lex fori*. Como explica JACQUET (1971), dicho rechazo es frecuentemente subsanado por reglas jurídicas de la *lex fori*, reglas que no deberán sin embargo por esto considerarse como de orden público internacional. Es importante resaltar esto ya que la doctrina ha frecuentemente confundido el concepto de orden público internacional con las reglas de aplicación imperativa, o el orden público interno, compuesto por el conjunto de normas imperativas de la *lex fori*, irrenunciable por la autonomía de la voluntad de las partes y de aplicación incluso en aquellos casos que presenten un elemento extranjero.

En cuanto al objeto y contenido del orden público internacional, es importante resaltar que si bien el Derecho internacional público tendrá una fuerte influencia en el mismo, en particular cuando se trata de reglas que no son de aplicación directa, el orden público internacional específico del Derecho internacional privado, no es «realmente» internacional ya sea en su naturaleza u origen, pero lo es en su aplicación, ya que se aplica a casos que presentan un elemento extranjero y llaman por lo tanto a la aplicación por el juez doméstico de sus reglas de conflicto de Derecho internacional privado y potencialmente a la aplicación de un Derecho extranjero (*lex causae*) (LALIVE). La doctrina explica que los valores protegidos en el caso del orden público internacional, si bien originados en *lex fori* del juez, son de una naturaleza más importante que aquellos protegidos en el caso del orden público interno, lo cual justificaría el rechazo parcial del Derecho aplicable a la situación jurídica de acuerdo a las reglas de Derecho internacional privado de la *lex fori*.

El *orden público transnacional*, a diferencia del orden público interno, no encuentra una *lex fori* que le sirva de origen. Esto se debe a que el arbitro internacional, a diferencia del juez de Derecho interno, no está anclado en una *lex fori* —y bajo la obligación de respetar sus principios y valo-

res— sino que como ya lo explicaba NIBOYET en 1931 (quien sin embargo se refiere al «orden público realmente internacional»), el mismo debe identificar el conjunto de principios y valores comunes «a las naciones civilizadas, que tienen la obligación de respetarlo a fines de no excluirse de la comunidad jurídica que es la base del Derecho internacional privado». Es por esto que a diferencia del orden público interno o el orden público internacional, el orden público transnacional encuentra su fuente y contenido en el ámbito internacional y transnacional. Es así como los valores fundamentales que son protegidos por este concepto jurídico, de naturaleza económica, jurídica, moral y social, se derivan de la práctica de los distintos Estados, como así de instrumentos internacionales, de sentencias judiciales de cortes nacionales en general, y no de un Estado en particular como es el caso del orden público interno, y de comisiones y jurisdicciones internacionales (LALIVE).

La noción de orden público transnacional cuenta con la misma dinámica característica de la noción de orden público interno. Así como el juez deberá juzgar en el caso concreto si el resultado del reconocimiento de una sentencia o la aplicación de un Derecho extranjero infringiría su orden internacional público compuesto por los principios y valores fundamentales al momento de dicho análisis, el árbitro internacional llevara a cabo un análisis similar que lo llevara a concluir si la aplicación del Derecho aplicable, por la elección de las partes o consideración del árbitro, estará en contradicción con los valores considerados como fundamentales por la sociedad internacional al momento de redactar su laudo. Esto quiere decir que a diferencia de las reglas de aplicación obligatoria, la noción de orden público transnacional se presenta como dinámica y fuertemente dependiente del contexto temporal en el que se sitúa el árbitro internacional. En otras palabras, aquello que será considerado como orden público transnacional en un momento determinado, podrá no serlo en un momento anterior o ulterior si los valores fundamentales de la sociedad internacional han evolucionado. LALIVE explica que la complejidad inherente a la identificación del contenido del orden público transnacional, la relatividad de dicho concepto y la necesidad de

considerar la situación *in concreto*, lleva a que el árbitro internacional prefiera, si esto es posible, decidir sobre una cuestión en términos más tradicionales, como es el respeto del orden público internacional del Estado en el cual se intentará el reconocimiento y ejecución del laudo, ya que la misma será una base menos discutida frente al juez del *exequatur*.

El orden público transnacional cuenta con un aspecto negativo, de evicción, y un aspecto positivo, de naturaleza normativa. Los valores y principios que cristalizan dichos valores facultarán al árbitro internacional a rechazar la aplicación del que sería el Derecho aplicable a una relación jurídica por elección de las partes (*aspecto negativo*), pero asimismo a aplicar principios y reglas que componen el orden público transnacional de forma directa (*aspecto positivo*) a la situación jurídica. LALIVE explica que cuando la aplicación del Derecho elegido por las partes a un contrato internacional contradice el orden público transnacional, el árbitro internacional no tiene la libertad, sino la obligación de ignorar dicha elección. En ciertos casos la aplicación de dichos principios y reglas, como aquellas relativas a la procuración de un contrato a través de sobornos, resultarán en la anulación del contrato entre las partes. JACQUET explica que la función positiva del orden público transnacional se nutre de la pluralidad de fuentes que nutren dicho concepto, ya que es mismo resulta en ciertos casos de una actividad normativa y no solamente de reacción (JACQUET, 2011). Esta es, como lo señala Julian LEW, la función principal del orden público transnacional.

El orden público transnacional engloba principios de naturaleza procesal y substancial, así reconocidos por tribunales arbitrales, cortes de Derecho interno y por instrumentos internacionales como la ley modelo UNCITRAL. Los principios de naturaleza procesal reconocidos como parte del orden público transnacional son el principio de imparcialidad del árbitro internacional, el principio de igualdad de las partes (LALIVE) y principios relacionados con la admisibilidad de la evidencia. Como explica LALIVE, estos principios coinciden con aquellos protegidos por el orden público internacional de la mayoría de los estados. Entre los prin-

cipios substanciales que componen el orden público transnacional, la corrupción y en particular el pago de sobornos, han visto mayor aplicación por tribunales arbitrales, tanto en arbitrajes comerciales como de inversiones.

El laudo *Lagergren* (ICC 1110, 1963) es frecuentemente citado como una de las primeras oportunidades en la cuál un arbitro internacional recurrió al concepto de orden público transnacional (si bien Lagergren lo denomina orden público internacional) para declinar su jurisdicción. En este caso, el árbitro único debía decidir una controversia en la cual la parte demandante reclamaba cierta suma de dinero en concepto de comisiones por la adjudicación de proyectos de obra pública, particularmente en electricidad, obtenidos por una empresa británica en Argentina. Durante el proceso arbitral ambas partes admitieron que parte de dichas comisiones servían para pagar los sobornos a funcionarios del Gobierno argentino, práctica que durante los años cincuenta, según lo explicaron las partes, era habitual en Argentina. En 1956, seis años después de que las partes hubiesen concluido el contrato entre ellas, la empresa británica fue seleccionada ganadora de una licitación pública y se le adjudicó un contrato de obras públicas. Dicha empresa, sin embargo, se negó a pagar comisión alguna al intermediario ya que consideró que el mismo no había realizado «esfuerzo o actividad alguno» que haya resultado en la conclusión del contrato de obras pública.

El árbitro Lagergren, quien había sido seleccionado a fines de dirimir esta controversia entre las partes, decidió *motu proprio* que antes de entrar en análisis de las pretensiones de cada una de las partes, debía analizar su propia jurisdicción ya que ambas partes contratantes habían admitido el pago de sobornos a funcionarios argentinos, práctica contraria a las buenas morales. Después de analizar la arbitrabilidad de un contrato cuyo objeto es contrario a *bonos mores* tanto en el Derecho argentino (lugar de cumplimiento del contrato) y como en el Derecho francés (sede del arbitraje), el árbitro Lagergren aplicó «un principio general del derecho reconocido por las naciones civilizadas según el cual contratos que

violen seriamente *bonos mores* o el orden público internacional son inválidos o al menos inejecutables y los mismos no pueden ser sancionados por cortes o árbitros» (LAGERGREN, para. 16). Lagergren concluyó que «las partes que se habían aliado en un contrato de esa naturaleza habían perdido el derecho de pedir ayuda a la maquinaria judicial para la solución de controversias», por lo cuál declinó su jurisdicción en el caso.

En el ámbito del arbitraje de inversiones, el tribunal en el caso *World Duty Free v Kenya* debía decidir si el pago de sobornos, por una suma de USD 2 millones, por la parte demandante al presidente de Kenia para la obtención de un contrato de obra pública para la construcción, el mantenimiento y la operación de los complejos de *duty free* en los aeropuertos de Nairobi and Mombassa, tenía como efecto la anulación del contrato en cuestión. Las partes no disputaban frente al tribunal la existencia de dicho pago, pero la demandante alegaba que el mismo era de acuerdo a la práctica de negocios en Kenia y se encontraba cubierto por el orden público interno de dicho país. Por su lado, la demandada argumentaba que dicho pago constituía un crimen en el Derecho de Kenia, como así en el Derecho inglés y que dicha conducta estaba en contradicción con el orden público internacional. El tribunal arbitral, al decidir sobre los efectos del pago de sobornos en el contrato en cuestión, analizó el concepto de orden público internacional (si bien esta es la terminología usada por el tribunal, el mismo deja en claro que se refiere al concepto de orden público «realmente internacional» o al orden público transnacional, como se entiende en este vocablo (*World Duty Free*, para. 139) y concluyó luego de estudiar las múltiples fuentes del orden público transnacional, que la corrupción y el pago de sobornos son contrarias al orden público internacional de la mayoría de Estados. A fin de llegar a dicha conclusión, el tribunal en *World Duty Free* analizó el tratamiento de la corrupción y en particular del pago de sobornos en los Derechos nacionales de posible relevancia (el Derecho de Kenia y del Reino Unido), los instrumentos regionales y internacionales adoptados al respecto y los esfuerzos en el seno de Naciones Unidas para combatir la corrupción. El tribunal apoyó su decisión en sentencias de cortes nacionales y laudos

de tribunales arbitrales que identifican la prevención y lucha contra la corrupción y el pago de sobornos como parte del orden público transnacional o la moralidad o ética internacional. Como conclusión, el tribunal sostuvo que no podía decidir sobre reclamaciones basadas en un contrato procurado por el pago de sobornos.

*Autora: María de la Colina
(LLM, PhD, Ginebra)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: JACQUET, J. M. «La fonction supranational de la règle de conflit des lois», *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 132 M. Nijhoff, 1971, pp. 123-133; JACQUET, J. M. «La loi applicable au fond du litige dans l'arbitrage international», *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones de Vitoria Gasteiz*, 2011, p. 197 y ss.; LALIVE, P. «Transnational (or Truly International) Public Policy and International Arbitration», en Pieter SANDERS (ed.) *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, ICCA ; LEW, J. *Applicable Law in International Commercial Arbitration*, Oceana Publications, New York, 1978, p. 553 y ss.; NIBOYET, J. P. «Ordre Public», 1931, 10 *Repertoire de Droit International*, cap. v, ICC Award n.º 1110 of 1963 by Gunnar Lagergren, YCA 1996, 47 y ss. (también publicado en *Arb.Int'l* 1994, p. 282 y ss.); World Duty Free Co. Ltd. v. Republic of Kenya, ICSID Case ARB/00/7, Award rendered on 4 October 2006.

ORDENAMIENTO APLICABLE EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

En el arbitraje, el término «ley aplicable» implica distinguir entre la *ley que rige el arbitraje*, que es la ley aplicable al fondo de la controversia (ley sustantiva), la *ley aplicable al acuerdo de arbitraje* (AA), la *ley de la sede arbitral*, y la *ley que reconoce y ejecuta el laudo*.

La ley aplicable al acuerdo de arbitraje determina cómo va a interpretarse el acuerdo de arbitraje, consecuentemente, qué tipo de controversia podrá someterse a arbitraje y qué tipo de competencia va a tener el tribunal arbitral. Como veremos en esta descripción, la ley del acuerdo de arbitraje puede ser diferente de la ley aplicable al contrato. Cuando esto no queda claro, hay diferentes metodologías para establecerlo.

Según lo anterior, podemos distinguir, entre otras, las siguientes leyes:

- a) La ley aplicable al fondo de la controversia (ley sustantiva)
- b) La ley aplicable al convenio de arbitraje (AA - acuerdo de arbitraje)
- c) La ley de la sede arbitral
- d) La ley del lugar de la ejecución del laudo arbitral

En arbitraje internacional, es posible que cada una de estas leyes sea la de un Estado diferente. La ley del procedimiento arbitral es la ley que establece el marco general para la conducción de un arbitraje internacional. Normalmente, esta es la ley de la sede del arbitraje.

La ley de la sede del arbitraje regula muchos asuntos, entre los cuales podemos citar el procedimiento de anulación de laudos arbitrales, la asignación de competencia para decidir las impugnaciones jurisdiccionales entre los tribunales nacionales y los tribunales arbitrales. Además, representa un válido elemento en caso de la toma de medidas provisionales.

Asimismo, el procedimiento arbitral también puede estar determinado por los reglamentos de arbitraje de las instituciones, o las órdenes procesales del tribunal arbitral. En realidad, los reglamentos de las instituciones arbitrales suelen estar adaptados a la ley de la jurisdicción de la sede del arbitraje y rigen el procedimiento arbitral en virtud de la voluntad de las partes que eligieron una institución arbitral.

1. *La ley aplicable al fondo de la controversia (ley sustantiva)*

La ley sustantiva es la ley del contrato, o la ley que las partes indicaron como la ley que gobierna el contrato. La ley del contrato, o la ley que rige el contrato, es la ley sustantiva que se aplica al fondo de la controversia de las partes. La ley del contrato gobierna la existencia, validez e interpretación del contrato principal. Normalmente, las partes, sobre todo en caso de arbitraje internacional, tienen amplia libertad para elegir la ley que rige el contrato. Esta última no tiene que ser necesariamente la ley del Estado de cada parte, sino que puede referirse por ejemplo a ordenamientos no nacionales como los principios UNIDROIT de contratos comerciales internacionales, o a la *lex mercatoria* entre otras. Algunos árbitros pueden aplicar la ley Modelo de UNCITRAL, sin necesidad de consultar ninguna norma legal.

Es esencial que las partes en los contratos con un elemento internacional incluyan una ley aplicable para mejorar la previsibilidad y evitar costos y pérdidas de tiempo en discutir sobre cuál sería la ley aplicable al contrato si surge una disputa. Siempre es un beneficio que las partes hayan determinado ya la ley aplicable en el mismo contrato.

En ausencia de una cláusula de ley aplicable a la controversia, el tribunal arbitral será llamado para determinar la ley más adecuada a aplicar, la que, normalmente, será la ley con la que la disputa tenga la conexión más cercana.

Los reglamentos Roma I y Roma II son relevantes a fines de determinar la ley aplicable al fondo de un arbitraje internacional.

El tribunal arbitral no está obligado a seguir la forma convencional del conflicto de leyes propia del derecho internacional privado, aunque en la práctica pueden guiarse por reglas de conflicto de leyes que sean aceptadas. Por lo tanto, los árbitros tendrán que analizar el conflicto de leyes que se va a crear para determinar la ley que aplica.

A este respecto, hay que subrayar que los tribunales arbitrales internacionales no tienen su propia *lex fori* o regla de conflicto de leyes. La jurisdicción se basa sobre el acuerdo entre las partes y sobre la *lex arbitri*.

Por lo tanto, la determinación de la ley en el arbitraje internacional es diferente que en los arbitrajes meramente internos o domésticos y que en la justicia de los Estados. Los árbitros no son órganos de ningún foro legal, como indica un amplio sector de la doctrina, lo que implica que cualquier ley es igualmente exterior a ellos. Existe en la práctica un consenso en el ámbito internacional sobre la libertad que asiste a las partes para determinar la ley aplicable al fondo de la disputa. Los árbitros pueden aplicar los usos del comercio internacional en la materia, los principios generales del derecho, los Principios UNIDROIT, es decir, ordenamientos no estatales, como vimos en el anterior.

2. *Ley aplicable al convenio de arbitraje*

La ley del convenio de arbitraje —o ley de la cláusula arbitral o ley del acuerdo arbitral (AA)— gobierna la existencia, la validez y la interpretación del AA. La determinación de cuál ley se aplica determina también los derechos, los remedios y las responsabilidades de las partes.

Dicho lo anterior, resultaría un beneficio muy elevado para las partes, el hecho de indicar la ley aplicable a su acuerdo de arbitraje, o sea, la ley que regula la existencia, la validez y la interpretación del propio acuerdo de arbitraje.

En conexión con lo anterior, diremos que el acuerdo de arbitraje tiene una autonomía, aun cuando sea una cláusula más de un contrato, como es reconocido por instrumentos internacionales. Por ejemplo, según la Ley Modelo de la ONU, en el artículo 16 leemos que:

El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la va-

lidez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria.

En caso de que la sede de arbitraje sea una jurisdicción diferente a la ley que rige el contrato (por ejemplo, si la sede de un arbitraje es Roma, pero la ley elegida para regir el contrato es la ley sueca), si no se especifica la ley aplicable al acuerdo de arbitraje, se puede dar lugar a escenarios peculiares. Por ejemplo, en caso de que las partes no hayan elegido la ley aplicable al acuerdo de arbitraje, la misma no tiene que ser necesariamente la ley que rige el contrato principal, aunque la misma ley es una opción considerada con la ley de la sede.

3. La ley de la sede arbitral

La Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales extranjeros favorece la ley del asiento como opción por defecto, en caso falte una elección expresa o implícita, según lo que prevé el artículo V que prevé que el «acuerdo [necesita ser] válido en virtud de la ley a la que las partes lo han sometido o, fallando cualquier indicación al respecto, según la ley del país donde se realizó el laudo», o sea, la ley del asiento. Otras instituciones han optado por esta opción y prevén que la ley aplicable al acuerdo de arbitraje y el arbitraje es la ley aplicable en la sede de arbitraje. Por lo tanto, si las partes no han decidido la ley que aplica expresamente, la ley de la sede (donde se firmó el laudo) debería aplicarse. Así indica la Convención de Nueva York, artículo V(1), con la elección de la ley a favor de la sede. Esto porque un laudo podrá apelarse según la Convención de Nueva York si se hizo bajo un convenio de arbitraje que indique que «no es válido bajo la ley a la cual las partes le sometieron o, en caso falte su indicación, bajo la ley del país donde el laudo fue emitido». Además, hay otra orientación que prevé que caso la ley del convenio de arbitraje no se haya expresamente explicitado, los tribunales y las cortes requerirán otras circunstancias

para aplicar una ley diferente de la ley de la sede (referencia a la ley de la sede, p. 909 del presente diccionario).

4. La ley de ejecución del laudo

En lo que concierne a la ejecución del laudo arbitral, un laudo se ejecuta de acuerdo a las normas de ejecución y los procedimientos judiciales nacionales, es decir que la ley que rige en un procedimiento de ejecución de un laudo es la ley del Estado donde se trata de ejecutar un laudo arbitral.

Conforme a la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, que cuenta con 166 Estados parte, un laudo arbitral puede ser ejecutado en casi cualquier jurisdicción donde la parte condenada de un litigio tenga activos. Por ejemplo, si en un arbitraje con sede en Ginebra, la parte condenada tiene bienes o activos en Polonia, el reconocimiento y la ejecución del laudo suizo se regirá por la legislación polaca. Si ese mismo laudo se intentara ejecutar en España, el reconocimiento y la ejecución se realizarán de acuerdo a la legislación española. En todo caso, siempre habrá que tener presente el Convenio de Nueva York, ya que, al ser un tratado internacional, esta convención tiene un rango que no podría ser omitido.

5. Observación final

Según todo lo anterior, existen varias leyes que pueden tener relación con un arbitraje internacional. Por ello es necesario especificar a qué nos referimos cuando utilizamos el término «ley aplicable».

Para evitar confusiones, es recomendable que las partes hagan una elección explícita y clara de la sede del arbitraje, cuya ley regirá el procedimiento de arbitraje. También será necesario especificar la ley que rige el

fondo de la controversia, y también precisar la ley que rige el convenio de arbitraje, sobre todo cuando la ley del contrato principal es diferente.

*Autora: Patrizia Sangalli
FCLArb, SNG & Partners
psangalli@snglex.com*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: DERAINS, Yves. «Part VIII, Choice of law applicable to the contract and International Arbitration». *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 6/n.º 1, May 1995; *New York Convention; Regulation (EC) n.º 864/2007 of the European Parliament and the Council of 11 July 2007 on the Law Applicable to non-contractual obligations*; UNCITRAL. *Model Law on International Commercial Arbitration*; KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. «The Arbitrator and the Law: does he/she know it? Apply it? How? And a Few More Questions». *Arbitration International*, vol. 21, Issue 4, 2005, pp. 631-638; *EC Rome Convention on the law applicable to contractual obligations*, replaced by Regulation (EC) n.º 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 (Rome I); MORENO RODRÍGUEZ, J. A. *Derecho aplicable y arbitraje internacional*. Prólogo de D.P. Fernandez Arroyo. Asuncion, 2013; CISG; UNIDROIT Principles 2010; *Hague Convention on the law applicable to International Sales* (15 June 1955); *Hague Convention on the law applicable to Agency* (14 March 1978); BORTOLOTTI, Fabio y MAYER, Pierre. *The Application of Substantive Law by International Arbitrators (Dossiers, 11)*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2015; QIU, Diana. «A Comparative Analysis of the Approaches used to determine the Four Laws of Commercial Arbitration». *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, vol. 86, Issue 1, 2020; BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. 2.^a ed., Kluwer Law International. 2014, p. 491; LORD COLLINS OF MAPESEBURY (ed.). *Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws*. 15.^a ed. Sweet & Maxwell 2012; HENDERSON, Alastair. «Lex Arbitri, Procedural Law and the Seat of Arbitration». *Singapore Academy Of Law Journal*, vol. 26, 2014, p. 886; GLICK, Ian y VENKATESAN, Niranjana. «Choosing the Law Governing the Arbi-

tration Agreement». KAPLAN, Neil and MOSER, Michael (eds.). *Jurisdiction, Admissability and Choice of Law in International Commercial Arbitration: Liber Amicorum Michael Pryles*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2018, p. 132; GARNUSZEK, Anita. «The Law Applicable to the Contractual Assignment of an Arbitration Agreement». *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, vol. 82, issue 4, 2016, p. 348.

P

PATENTE COMUNITARIA (PATENTE EUROPEA)

Una patente es un derecho exclusivo que reconoce a una persona (ya sea física o jurídica) como creador de un invento. Como señalamos en la voz marca, para la concesión de una patente es necesario cumplir con las prerrogativas que exige el Derecho del Estado donde se persigue proteger la invención. Esto es así porque aunque se trata de un bien intangible su protección es territorial. Muy relacionado con la protección se encuentra la patente europea, sistema creado con el fin de facilitar y potenciar las invenciones en Europea. La patente europea no es un título europeo de propiedad industrial como sucede con la marca europea o el dibujo o modelo comunitario. Con la patente europea lo que se unifica es el procedimiento para la solicitud de una patente y que así la protección pueda extenderse a más de un Estado en atención a una única solicitud de patente.

Para ello es clave el Convenio Europeo de Patentes hecho en Múnich el 5 de octubre de 1973 (BOE n.º 243, de 30 de septiembre de 1986) (en adelante, CPE). En la actualidad, son 38 países en los que se encuentra en vigor el CPE. Estos países son: los 27 Estados miembros de la UE más Albania, Croacia, Islandia, Liechtenstein, Antigua República Yugos-

lava de Macedonia, Mónaco, Noruega, San Marino, Serbia, Suiza y Turquía. Este Convenio internacional que crea un mecanismo centralizado de concesión de patentes que es gestionado por la *Oficina Europea de Patentes*. De este modo, con base en una única solicitud, una persona podría tener protegida su invención en uno o varios países miembros del Convenio. Así, se podría afirmar que este sistema implica un ahorro de costes importante al solicitante, generando una importante seguridad jurídica, ya que las normas en las que se basa el procedimiento de obtención de la patente europea son homogéneas. Además, el CPE también podría aplicarse a otros países que aunque no son parte del mismo han llevado a cabo Acuerdos de Extensión con la Oficina Europea de Patentes. Por lo tanto, el ámbito territorial del CPE es considerablemente extenso, no limitándose a los Estados de la UE. El CPE desarrolla mediante el Reglamento de ejecución del Convenio sobre la patente Europea de 14 de diciembre de 2016 (*BOE* n.º 37, de 13 de febrero de 2017).

Los requisitos para la concesión de una patente europea son prácticamente idénticos a los que se exigen por el Derecho español (Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes, *BOE* n.º 177 de 25 de julio de 2015) para la concesión de una patente. Estos requisitos son los siguientes (artículo 52.1 CPE):

1. *Novedad*. La invención no debe existir, es decir, debe ser una novedad, no estar comprendida en el estado de la técnica.
2. *Actividad inventiva*. La invención no puede ser una obviedad, debe existir un proceso inventivo detrás de la misma.
3. *Aplicabilidad industrial*. La invención debe poder ser utilizada en la industria. Es decir, debe ser utilizada *ad ex.* para fabricar un producto, mejorar un proceso productivo o la distribución de un producto o servicio.

De este modo, no se consideran invenciones (artículo 52.2 CPE): los descubrimientos, las teorías científicas, los métodos matemáticos, las creaciones estéticas, los planes, principios y métodos para el ejercicio de actividades intelectuales, para juegos o para actividades económicas, los programas de ordenador y las formas de presentar informaciones.

La patente europea se concede por un tiempo limitado, su duración es de veinte años a partir de la fecha de la presentación de la solicitud (artículo 63 PCE). Las personas legitimadas para solicitar una patente europea pueden ser cualquier persona natural o jurídica (artículo 58 CPE), no es necesario ninguna nacionalidad o domicilio en un país concreto para poder solicitarla. El derecho a la patente europea pertenece al inventor o a sus causahabientes (artículo 60.1 CPE). En el caso de una misma invención haya sido realizada por distintas personas de forma independiente, el derecho a la patente europea pertenecerá a aquel que haya presentado la solicitud en primer lugar (artículo 60.2 CPE).

Los derechos conferidos por la patente europea son los mismos que los que confiere a su titular una patente nacional en cada uno de esos Estados para los que haya sido concedida (artículo 64 PCE). Así, el titular puede impedir que un tercero sin su consentimiento fabrique, comercialice, ofrezca para la venta, introduzca en el comercio o utilice un producto objeto de su patente (artículo 59.1. letra a Ley de Patentes española). Del mismo modo, si la patente es un procedimiento también puede prohibir la utilización de dicho procedimiento objeto de la patente (artículo 59.1. letra b Ley de Patentes española).

Junto a la patente europea es necesario hacer alusión a *la patente europea con efecto unitario* y para ello es necesario tener presente el Reglamento (UE) 1257/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de diciembre de 2012, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección unitaria mediante patente (DOUE L 361/1, de 31 de diciembre de 2012)(en adelante, R. 1257/2012) y el Reglamento (UE) 1260/2012 del Consejo de 17 de di-

ciembre de 2012 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la creación de una protección unitaria mediante patente en lo que atañe a las disposiciones sobre traducción (*DOUE* L 361/89, de 31 de diciembre de 2012).

Hasta la entrada en vigor del R.1257/2012, la persona interesada en ostentar una patente en todos los países europeos tenía dos opciones: 1) solicitar una patente nacional en cada uno de los Estados europeos; 2) solicitar una patente europea mediante el sistema del CPE designando en la solicitud expresamente los distintos Estados de la UE. Sin embargo, hay que tener presente que este sistema de la patente europea unifica un procedimiento pero no genera un efecto unitario (con tal fin se crea la patente europea con efecto unitario) ya que no hay que olvidar que con la patente europea antes de que existiera el R. 1257/2012 (GARCÍA VIDAL):

1. Los derechos de patente que se confieren al titular son los que establece el Derecho nacional de cada Estado miembro. Por lo tanto, los efectos jurídicos de la patente europea varían de unos países a otros.
2. Cuando el titular debe ejercitar acciones para defender su derecho de patente europeo, debe acudir a los tribunales de cada Estado miembro donde quiere reclamar la lesión.
3. Algunos Estados partes del CPE exigen que para que la patente europea despliegue efectos en su territorio es necesario la traducción y la validación por parte de sus Oficinas nacionales de propiedad industrial.

Así, con el fin de evitar estos escollos y que la patente europea despliegue el mismo efecto entre los distintos Estados miembros se crea la patente europea con efecto unitario. Este sistema permite que las reivindicaciones sean las mismas en todos los Estados participantes no siendo nece-

sario la traducción de dichas reivindicaciones en cada Estado como ocurre con la patente europea (GARCÍA VIDAL). De este modo, la ventaja de la patente europea con efectos unitarios es que se podría solicitar en una única oficina, en la misma se realiza el examen y si se concede automáticamente se encontraría en vigor en todos los Estados europeos que forman parte del sistema. Además, existe un acuerdo entre los Estados miembros no adoptados por todos para crear el Tribunal unificado de patentes con el fin de que exista un único tribunal con competencia para resolver los litigios relativos a la patente europea con efecto unitario (Acuerdo sobre un Tribunal unificado de patentes de 19 de febrero de 2013).

La idea de la patente europea con efectos unitarios es buena, ya que reduce costes y trámites para las empresas pudiendo implicar una mayor incentiva en innovación y desarrollo. Sin embargo, no es tan sencillo, los idiomas que se eligieron para desarrollar el procedimiento, es decir, los idiomas en los que se podría presentar la solicitud fueron el inglés, el francés y el alemán. Esto implicó grandes desavenencias con Italia y España, que pedían que sus idiomas también se incluyeran. Sin embargo, la presión que ejercieron en Europa no tuvo demasiado efecto y a pesar de que Italia y España se negaron a participar en los reglamentos, la Comisión no cedió y no se acabó incluyendo como idiomas ni el español ni el italiano. En el año 2015, Italia acabó cediendo y ya es parte del sistema unitario de patente. Sin embargo, España todavía sigue sin ser parte. Lejos de valoraciones políticas, la petición de la inclusión del idioma español era lógica habiéndose incluido el francés y el alemán. Cuestión diferente, que es como tenía que haberse realizado, es que el idioma del procedimiento hubiera sido solo uno. En ese caso no tendría demasiado sentido las reivindicaciones de España. A nuestro juicio, el idioma de procedimiento tendría que haber sido solo uno y se tendría que haber elegido el idioma inglés. Un único idioma hubiera reducido considerablemente los costes, el sistema trilingüe es una decisión política que en nada beneficia al ciudadano, el cual persigue un sistema lo menos burocrático posible y a un coste razonable.

*Autora: Isabel Antón Juárez
(Profesora titular acr. de Derecho Internacional Privado,
Universidad Carlos III de Madrid)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BOTANA AGRA, Manuel José. «La patente europea de efecto unitario (PEU) en la marco de la UE», *Actas de Derecho Industrial y Derechos de Autor*, tomo 33, 2012-2013, pp. 345-356; GARCÍA VIDAL, Ángel. *El sistema de patente europea con efecto unitario*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2014; *ID*. «La patente europea con efecto unitario (I)», *GA_P*, mayo 2013, disponible en <https://www.ga-p.com/publicaciones/la-patente-europea-con-efecto-unitario-i/> (consultado el 7 de septiembre de 2020); IGLESIAS BUHIGUES, José Luis. «Derecho internacional privado, patente europea con efecto unitario y tribunal unificado de patentes», en PELLISÉ DE URQUIZA, Cristina. *La unificación convencional y regional del Derecho Internacional privado*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 145-154; MONTAÑA MORA, Miquel. «La patente europea con efecto unitario y el tribunal unificado de patentes. De la anhelada patente de la Unión Europea a la “descomunitarización” del Derecho europeo de patentes», *Estudios sobre propiedad industrial e intelectual. Colección de trabajos en conmemoración de los 50 años (1963-2013)*, Barcelona, 2013, pp. 629-719; OEPM. *La patente europea*, disponible en <http://www.oepm.es/cs/OEPMSite/contenidos/Folletos/08-la-patente-europea.html> (consultado el 7 de septiembre de 2020).

PATRIA POTESTAD

Las cuestiones referidas a la patria potestad, la responsabilidad parental, la guarda y custodia de los menores y los derechos de visita cuando existe un elemento extranjero, están reguladas en España a través de una serie de normas dependiendo de si nos encontramos con una cuestión de: competencia judicial internacional, ley aplicable o reconocimiento y ejecución de resoluciones.

1. *Competencia judicial internacional*

Aunque hay más convenios e instrumentos, los tres normas principales que regulan la misma son:

- El Reglamento UE 2201/2003 sobre competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (*DOUE*, L 338, de 23 de diciembre de 2003).
- Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996 (*BOE* n.º 291 de 2 de diciembre de 2010). Estados parte: Albania, Alemania, Australia, Austria, Bulgaria, Chipre, Croacia, Ecuador, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Hungría, Irlanda, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Malta, Marruecos, Mónaco, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Checa, Rumania, Suecia, Suiza, Ucrania y Uruguay.
- El artículo 22 quáter de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

1.1. *Reglamento UE 2201/2003*

El Reglamento indica en su artículo 1, el ámbito material en relación con las medidas sobre los menores, en él se contemplan las medias incluidas y excluidas:

1. El presente Reglamento se aplicará, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, a las materias civiles relativas:
 - a) al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial;

- b) a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental.

2. Las materias consideradas en la letra b) del apartado 1 se refieren en particular:

- a) al derecho de custodia y al derecho de visita;
- b) a la tutela, la curatela y otras instituciones análogas;
- c) a la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del menor, de representarlo o de prestarle asistencia;
- d) al acogimiento del menor en una familia o en un establecimiento;
- e) a las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de sus bienes.

3. El presente Reglamento no se aplicará:

- a) a la determinación y a la impugnación de la filiación;
- b) a las resoluciones sobre adopción y medidas que la preparan, ni a la anulación y revocación de la adopción;
- c) al nombre y apellidos del menor;
- d) a la emancipación;
- e) a las obligaciones de alimentos;
- f) a los fideicomisos y las sucesiones;
- g) a las medidas adoptadas a consecuencia de infracciones penales cometidas por los menores.

Establece como regla general de competencia en su artículo 8.1 que:

Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en el que se presenta el asunto ante el órgano jurisdiccional.

Sin embargo, establece una serie de excepciones a esta regla contempladas en los artículos: 9 a 15. En el 9, y con un límite temporal de 3 meses se establece otro foro de competencia para las demandas sobre derechos de visita; los artículos 10 y 11, modifican el criterio de la residencia de facto del menor en los supuestos de sustracción internacional de menores; el 12 permite la prórroga de la competencia a otros tribunales en determinados casos; el artículo 13 habla de la competencia basada en la presencia del menor cuando no se pueda determinar su residencia; el artículo 15 permite que un juez competente en virtud del artículo 8 se inhíba a favor de los tribunales de otro Estado miembro que estén mejor situados para conocer y, finalmente, el artículo 20 permite la adopción de medias provisionales o cautelares por cualquier tribunal en los casos necesarios para proteger a la persona o los bienes del menor.

1.2. *Convenio de La Haya de 1996*

Se trata de un convenio de Derecho internacional privado completo, es decir, se refiere a la competencia judicial internacional, ley aplicable, el reconocimiento de resoluciones, y cooperación de autoridades, con un ámbito de aplicación espacial diferente en cada uno de los sectores.

En cuanto al ámbito material, el Convenio se ocupa de la responsabilidad parental sobre los menores. El contenido del termino «responsabilidad parental» se encuentra enumerado ejemplificativamente en el artículo 3 que indica que materias se consideran incluidas y en el artículo 4 cuales están taxativamente excluidas.

Las exclusiones son *númerus clausus*, de modo que, si existen otras medidas tendentes a la protección de la persona y bienes del niño que no estén excluidas por el artículo 4, estarán incluidas. Las materias enumeradas como responsabilidad parental son las siguientes: derecho de guarda y visita; tutela, curatela e instituciones análogas; designación y funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del niño representarlo o de asistirlo; acogimiento del niño (o instituciones análogas como la *kefala* islámica) en un familia o en un establecimiento; la supervisión de las autoridades públicas del cuidado dispensado al niño por toda persona que lo tenga a su cargo y la administración, conservación y disposición de los bienes del niño.

El Convenio no define que es la *kefala*. Se trata de una institución de Derecho islámico similar al acogimiento por la cual el *kefil* (acogedor) tiene como obligación cuidar, alimentar y educar a un niño acogido (*makfoul*). Esta institución no establece vínculos jurídicos entre las partes, puesto que ello supondría constituir una adopción, institución prohibida en el Derecho islámico.

Las materias excluidas se enumeran en el artículo 4 y son: filiación, adopción, nombre y apellidos, emancipación, alimentos, *trust* y sucesiones, seguridad social, medidas públicas generales en materia de educación y salud, medidas adoptadas por infracciones penales cometidas por los niños, y decisiones sobre el derecho de asilo en materia de inmigración.

En materia de competencia judicial internacional este Convenio establece unos criterios de competencia muy similares a los descritos con respecto al Reglamento comunitario. Si concurre con el Reglamento solo se aplicará cuando el menor tenga su residencia en un Estado miembro del Convenio que no sea un Estado miembro de la UE.

1.3. Norma interna: artículo 22 quáter LOPJ

El artículo 22 quáter de la LOPJ establece que los tribunales españoles serán competentes:

d) En materia de filiación y de relaciones paterno-filiales, protección de menores y de responsabilidad parental, cuando el hijo o menor tenga su residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España o, en todo caso, al menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda.

Por lo tanto, en los supuestos residuales de aplicación de esta norma de competencia, incluso si el menor o el demandante español no residen en España, y siempre que el menor no resida en un Estado miembro de la UE o del Convenio de La Haya de 1996, los tribunales españoles serán competentes para conocer por la mera nacionalidad española del demandante.

2. Ley aplicable a la patria potestad y al resto de las medidas sobre los menores

La ley aplicable a la mayoría de las medidas personales y patrimoniales de los menores (con la excepción de los alimentos) se regula a partir del 1 de enero de 2011, a través del Convenio de La Haya de 1996.

Se trata de un convenio de Derecho internacional privado completo, es decir, se refiere a la competencia judicial internacional, ley aplicable, el reconocimiento de resoluciones, y cooperación de autoridades, con un ámbito de aplicación espacial diferente en cada uno de los sectores.

En cuanto al ámbito material, el Convenio se ocupa de la responsabilidad parental sobre los menores. El contenido del termino «responsabilidad parental» se encuentra enumerado ejemplificativamente en el artículo 3 que indica que materias se consideran incluidas y en el artículo 4 cuales están taxativamente excluidas.

Las exclusiones son *númerus clausus*, de modo que, si existen otras medidas tendentes a la protección de la persona y bienes del niño que no estén excluidas por el artículo 4, estarán incluidas. Las materias enumeradas como responsabilidad parental son las siguientes: derecho de

guarda y visita; tutela, curatela e instituciones análogas; designación y funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de las persona o de los bienes del niño representarlo o de asistirlo; acogimiento del niño (o instituciones análogas como la *kefala* islámica) en un familia o en un establecimiento; la supervisión de las autoridades públicas del cuidado dispensado al niño por toda persona que lo tenga a su cargo y la administración, conservación y disposición de los bienes del niño.

El Convenio no define que es la *kefala*. Se trata de una institución de Derecho islámico similar al acogimiento por la cual el *kefil* (acogedor) tiene como obligación cuidar, alimentar y educar a un niño acogido (*makfoul*). Esta institución no establece vínculos jurídicos entre las partes, puesto que ello supondría constituir una adopción, institución prohibida en el Derecho islámico

Las materias excluidas se enumeran en el artículo 4 y son: filiación, adopción, nombre y apellidos, emancipación, alimentos, *trust* y sucesiones, seguridad social, medidas públicas generales en materia de educación y salud, medidas adoptadas por infracciones penales cometidas por los niños, y decisiones sobre el Derecho de asilo en materia de inmigración.

En materia de ley aplicable, a diferencia de lo que sucede con el resto de las disposiciones, son *erga omnes*, el Convenio es de aplicación universal, tal y como expresa el artículo 20: «Las disposiciones del presente capítulo se aplicarán incluso si designan la ley de un Estado no contratante».

En sus relaciones con otros convenios existentes el Convenio de La Haya de 1996 sustituye en materia de Derecho aplicable las disposiciones contenidas en el Convenio también de La Haya de 1961, que solo se aplicaba con respecto a menores con nacionalidad o residencia de o en un Estado miembro y del que solo eran parte: Alemania, Austria, China (región administrativa especial de Macao), España, Francia, Italia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Países Bajos, Polonia, Portugal, Suiza y Turquía. Igualmente, «desactiva» la aplicación del artículo 9.4 CC que deter-

mina la ley aplicable a la filiación y relaciones paterno-filiales, y al artículo 9.6 CC, que se ocupa de la ley aplicable a la tutela y demás instituciones de protección del menor y del incapaz.

En las normas de conflicto establecidas por este instrumento internacional encontramos, como en el caso del Reglamento (CE) 1259/2009, la práctica eliminación de la conexión nacionalidad para la determinación de la ley aplicable a la responsabilidad parental, que se desplaza a la conexión «residencia del menor» o «ley de la autoridad que está conociendo del asunto».

Las normas de conflicto, recogidas en el capítulo III, se clasifican en: generales y especiales, con reglas específicas que tratan el reenvío, indican el carácter universal de las normas de conflicto y la exclusión de la ley extranjera que ataquen nuestro orden público.

Dejando las reglas especiales, previstas para supuestos no jurisdiccionales, el Convenio indica, como norma de conflicto general (artículo 15), que la autoridad que conoce aplicará para adoptar las medidas de protección sobre el menor su propia ley interna, que generalmente será la autoridad del país en el que el menor tenga su residencia habitual, con lo que se facilita la labor de la autoridad que conoce que aplica su propio Derecho. Esta regla general tiene dos excepciones. La primera es una cláusula de excepción, por la que puede aplicar o tomar en consideración la ley de otro Estado con la que la situación tenga un vínculo estrecho. La segunda establece que, en el supuesto de cambio de residencia habitual del niño a otro Estado contratante, la ley de ese otro Estado rige las condiciones de aplicación de las medidas adoptadas en el Estado de la anterior residencia, a partir del momento en el que se produce la modificación.

Igualmente, es muy importante lo que se indica en el artículo 16.3: «La responsabilidad parental existente según la ley del Estado de la residen-

cia habitual del niño subsiste después del cambio de esta residencia habitual a otro Estado».

Se podrían plantear nuevamente problemas en las cuestiones que involucren a expatriados. Vamos a imaginarnos un supuesto:

Dos españoles pareja de hecho. Son padres de un hijo que han inscrito en el Registro civil de Madrid, lugar de su nacimiento. Cuando el menor tiene un año el padre es expatriado por la empresa en la que trabaja a Suiza, país en el que durante tres años fija su residencia con su pareja y el hijo común. Al cabo de tres años la madre decide unilateralmente sustraer al menor y fijar su residencia en España. Cuando el padre intenta hacer sus derechos para la restitución del menor se encuentra con un problema: la ley suiza, ley de la residencia del menor, otorga derecho a la madre no casada a decidir unilateralmente la residencia del menor, mientras que la ley española, ley de la nacionalidad de toda la familia y ley bajo la que el menor fue filiado, no permite que la madre tome esa decisión sin la autorización judicial o del otro progenitor.

En este caso, ¿cuál sería la ley aplicable a la responsabilidad parental, la suiza o la española? En principio, la ley de la residencia, la suiza, pero esta regla general tiene dos excepciones: la corrección del artículo 15.2 (la toma en consideración de la ley de la nacionalidad) y, especialmente la excepción del artículo 16.3; no aplicar la ley española en este caso sería abrir la puerta a una inseguridad jurídica y un enorme perjuicio para el menor.

Flora Calvo Babío
(Profesora contratada. Doctora de Derecho Internacional Privado,
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid)

PRINCIPIO DE PABELLÓN

El Principio de pabellón es un término propio del Derecho del transporte que atribuye o extiende la soberanía de un Estado y su jurisdicción sobre los buques, las aeronaves y naves que enarbolan el pabellón de dicho Estado, su bandera y estén registradas en su territorio nacional. Es decir, que posean la nacionalidad de dicho Estado.

Sin duda, este es un concepto que originariamente se conformó en el ámbito del Derecho marítimo internacional. De esta manera, según se desprende del artículo 92 de la Convención de las Naciones Unidas para el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 (BOE n.º 39 de 14 de febrero de 1997) todo buque que navegue bajo el pabellón de un solo Estado, y salvo casos excepcionales previstos de modo expreso en los tratados internacionales o en la citada Convención, estará sometido, en alta mar, a la jurisdicción exclusiva del Estado del pabellón. Un principio hoy en día extrapolable a otros sectores, como por ejemplo a la navegación espacial.

Expuesto lo anterior, no es menos cierto que en determinados supuestos, como en la navegación por el mar territorial de un tercer Estado (Estado ribereño), pudiera darse una competencia concurrente en materia jurisdiccional penal y civil entre este y el Estado del pabellón. No obstante, los artículos 27 y 28 del citado Convenio de Montego Bay de 1982 se dedican a esta cuestión estableciendo una norma general en favor del Estado del pabellón y diversas excepciones que proyectan jurisdicción sobre el Estado ribereño.

1. *El buque. Concepto, naturaleza jurídica y registro*

1.2 *Concepto*

El buque constituye uno de los pilares básicos sobre los que se asientan las normas marítimas y en consecuencia el Derecho marítimo. Podemos

subrayar que el buque se ha considerado el núcleo esencial sobre el que pivota toda la disciplina y la actividad comercial marítima.

La transcendencia del concepto de buque destaca por su indiscutible papel en lo que denominamos el estatuto jurídico del buque que viene a componerse de un régimen particular que entraña conceptos y materias tales como su identificación, matrícula y abanderamiento, nacionalidad, normas de ordenación de la navegación, propiedad, embargo, registro y derechos reales.

Dicho esto, nuestro ordenamiento jurídico contiene una definición legal de buque relativamente reciente regulada en el artículo 56 del título II sobre los vehículos de la navegación, del Capítulo I de la Ley de Navegación Marítima (BOE n.º 180 de 25/07/2014) que viene a disponer lo siguiente: «Se entiende por buque todo vehículo con estructura y capacidad para navegar por el mar y para transportar personas o cosas, que cuente con cubierta corrida y de eslora igual o superior a veinticuatro metros».

Precepto que viene a complementarse con el artículo 57 de la misma ley que viene a establecer que: «Se entiende por embarcación el vehículo que carezca de cubierta corrida y el de eslora inferior a veinticuatro metros, siempre que, en uno y otro caso, no sea calificado reglamentariamente como unidad menor en atención a sus características de propulsión o de utilización».

1.2. *Naturaleza jurídica y Registro*

En cuanto a su naturaleza jurídica cabe remarcar que el buque se configura como una cosa mueble tal y como establece el artículo 60.1 de la Ley de Navegación Marítima al disponer que «El buque es un bien mueble registrable, compuesto de partes integrantes y pertenencias». De dicha definición cabe destacar que se califica como cosa o bien mueble, que se compone de partes integrantes y pertenencias, y finalmente que

es registrable. Dicho esto, es necesario subrayar que se califican como partes integrantes aquellos elementos que constituyen la propia estructura del buque, y por lo tanto no pueden separarse del mismo sin daño o menoscabo de su entidad. En cuanto a las pertenencias, son los elementos que están destinados al servicio del buque de un modo permanente pero sin integrar su estructura. Por otro lado, es necesario remarcar que el buque conserva su identidad aunque sus partes integrantes o pertenencias sean sustituidas de manera sucesiva. Finalmente, es importante conocer que el buque se identifica por su matrícula, nombre, número OMI, pabellón, arqueo y por cualquier otro dato que normativa o reglamentariamente se determine.

En materia de registro, cabe tener claro que el buque es un bien registrable. Téngase en cuenta que su elevado valor económico, su gran vida útil y su indiscutible identificación le permiten someterse al régimen jurídico propio de los bienes registrales como pudiera ser un bien inmueble. La obligatoriedad de su inscripción en el Registro de Bienes Muebles viene impuesta para nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 69 de la Ley de Navegación Marítima que viene a disponer que todos los buques, embarcaciones y artefactos navales abanderados en España deberán obligatoriamente inscribirse en la Sección de Buques del Registro de Bienes Muebles. No obstante también regula varias excepciones, entre otras que, será potestativa la inscripción de los buques, embarcaciones y artefactos de titularidad pública. O incluso la inscripción de buques y embarcaciones de recreo o deportivos. Además de advertirnos, entre otras cuestiones, que los derechos de garantía, reservas de dominio y prohibiciones de disponer, arrendamientos financieros y demás gravámenes inscribibles impuestos sobre los mismos, solo serán oponibles frente a terceros si figuran inscritos en el Registro de Bienes Muebles, en cuyo caso deberán inscribirse sin exigirse para ello más requisitos que los previstos para la constitución de la garantía de que se trate.

Desde una perspectiva *ius privatista* tal y como hemos advertido el buque es considerado un bien registral a pesar de ser un bien mueble, y por lo

tanto en dicho registro debe constar su dominio y otros derechos reales inscritos para que produzca efectos frente a terceros. En consecuencia podemos calificar al buque como un bien registral perfecto debido a que su inmatriculación o inscripción es obligada y por lo tanto exigible tanto desde la perspectiva del Derecho público como del Derecho privado. Aquí cabe simplemente resaltar la vigencia del Convenio sobre privilegios e hipotecas marítimas de 1993 (*BOE* n.º 99 de 23 de abril de 2004) que viene a prohibir a sus Estados parte la baja registral de los buques hasta la cancelación previa de las cargas y los gravámenes inscritos.

Dicho lo anterior, no debe obviarse que también existe la obligación de matricular el buque en el registro administrativo correspondiente tal y como indica el artículo 6 del Real Decreto 1027/1989, de 28 de julio, sobre abanderamiento, matriculación de buques y registro marítimo (*BOE* n.º 194 de 15 de agosto de 1989) que viene a desarrollar el artículo 251 del texto refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante (Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre - *BOE* n.º 253 de 20 de octubre de 2011). La obligatoriedad de dichos registros responde a las exigencias expuestas por el moderno Derecho del mar. Téngase en cuenta que los Estados del mundo tienen derecho a que sus buques naveguen por alta mar y demás espacios marítimos donde no tienen jurisdicción, exigiéndose que el Estado del pabellón ejerza una autoridad jurisdiccional y control efectivo sobre sus buques (hablamos de aspectos jurídicos, técnicos, administrativos, socio-laborales). Una autoridad que deberá ejercer mediante el mantenimiento de un registro de buques, la aplicación de su Derecho nacional sobre dichos buques y su tripulación, mediante la imposición de una serie de medidas de seguridad que garanticen el respeto a las normas internacionales sobre seguridad del mar, y que controle que los buques matriculados en su territorio cumplan con las normas internacionales sobre prevención y control de la contaminación marina.

2. *El buque. Nacionalidad y abanderamiento*

2.1. *Nacionalidad de los buques*

Históricamente la nacionalidad de los buques partía de la ficción sobre la territorialidad del buque, es decir el buque era considerado como una extensión del territorio nacional sobre el que se prolongaba su soberanía estableciendo un sistema que permitía a los buques matriculados en su Estado enarbolar su bandera, quedando sujeto dicho buque a su jurisdicción y Derecho. No obstante hoy en día la doctrina mayoritaria aboga por una aplicación analógica de la doctrina de la nacionalidad de las personas físicas. Dicho esto, el Derecho internacional mediante la Convención de las Naciones Unidas para el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 viene a disponer sobre la nacionalidad de los buques que:

Artículo 91: Cada Estado establecerá los requisitos necesarios para conceder su nacionalidad a los buques, para su inscripción en un registro en su territorio y para que tengan el derecho de enarbolar su pabellón. Los buques poseerán la nacionalidad del Estado cuyo pabellón estén autorizados a enarbolar. Ha de existir una relación auténtica entre el Estado y el buque.

Dicho esto, en nuestra normativa de origen nacional las cuestiones sobre la nacionalidad del buque vienen a recogerse en los artículos 88 y 90 de la Ley de Navegación Marítima que vienen a disponer que el abanderamiento es el acto que otorga el derecho a enarbolar el pabellón español. En consecuencia, todos los buques matriculados en el Registro de Buques y Empresas Navieras estarán abanderados en España. Y que los buques debidamente matriculados y abanderados en España tendrán, a todos los efectos, la nacionalidad española. No obstante tengan en cuenta que las condiciones para la concesión del abanderamiento vienen a regirse por lo dispuesto en la normativa de marina mercante.

2.2 *Abanderamiento*

Analizada la cuestión de la nacionalidad de los buques es necesario remarcar que todos los Estados tienen competencia tanto para fijar las condiciones de matriculación del buque como para las cuestiones sobre abanderamiento del buque. El abanderamiento debe calificarse como un acto administrativo mediante el cual se autoriza a un buque determinado a enarbolar el pabellón de dicho Estado que reflejara a su vez la nacionalidad de dicho buque. Las condiciones para la concesión del abanderamiento se rigen por lo dispuesto en la normativa de marina mercante. El artículo 88 de la Ley de Navegación Marítima regula para nuestro ordenamiento jurídico interno la cuestión del abanderamiento del buque al disponer que «El abanderamiento es el acto que otorga el derecho a enarbolar el pabellón español. Todos los buques matriculados en el Registro de Buques y Empresas Navieras estarán abanderados en España».

En este aspecto es necesario saber que un buque solo puede navegar bajo un solo pabellón y así lo dispone el Derecho internacional al recoger mediante el artículo 92 de la Convención de las Naciones Unidas para el Derecho del Mar de 10 de diciembre de 1982 que:

1. Los buques navegarán bajo el pabellón de un solo Estado y, salvo en los casos excepcionales previstos de modo expreso en los tratados internacionales o en esta Convención, estarán sometidos, en la alta mar, a la jurisdicción exclusiva de dicho Estado. Un buque no podrá cambiar de pabellón durante un viaje ni en una escala, salvo en caso de transferencia efectiva de la propiedad o de cambio de registro.
2. El buque que navegue bajo los pabellones de dos o más Estados, utilizándolos a su conveniencia, no podrá ampararse en ninguna de esas nacionalidades frente a un tercer Estado y podrá ser considerado buque sin nacionalidad.

De igual forma nuestra norma interna, la Ley de Navegación Marítima, viene a recoger mediante su artículo 91.1 el principio de bandera única y la prohibición de la matriculación simultánea en varios Registros de Buques y Empresas Navieras al disponer que:

Fuera de los supuestos de abanderamiento temporal contemplados en esta ley, un buque no podrá estar simultáneamente matriculado en el Registro de Buques y Empresas Navieras y en el registro de buques de otro u otros Estados.

Finalmente es necesario advertir que con relación al abanderamiento y matriculación del buque se presentan ciertos aspectos problemáticos como son las denominadas «banderas de conveniencia», mediante las cuales se pretende abanderar un buque en un Estado determinado con el cual los propietarios del buque no tienen ningún tipo de vinculación efectiva y con la única finalidad de ver reducidos los costes y flexibilizadas las normas de seguridad y mantenimiento de dichos buques (véase entre otros casos, el *Prestige*).

Autor: Unai Belintxon Martín
(Profesor titular de Derecho Internacional Privado,
Universidad Pública de Navarra)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ÁLVAREZ RUBIO, Juan José. *Los foros de competencia judicial internacional en materia marítima: estudio de las relaciones entre los diversos bloques normativos*, Gobierno Vasco, 1993; ÁLVAREZ RUBIO, Juan José. *Derecho marítimo y Derecho internacional privado: algunos problemas básicos*, Gobierno Vasco, 2000; ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio, «Derecho marítimo español y convenios internacionales. Luces y sombras», *ADM*, vol. 16, 1999, pp. 21-79; BELINTXON MARTÍN, Unai. *Derecho europeo y transporte internacional por carretera*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, Cizur Menor; CARBONE Sergio María. *Contratto di trasporto marittimo di cose*, Tela Editoriale, Milán, 1988; EMPARANZA SOBEJANO, Alberto. «El contenido del contrato de fletamento», en EMPARANZA SOBEJANO, A. (dir.). *Estudio sistemático de la propuesta de anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2006, p. 327 y ss.; GABALDÓN GARCÍA, José Luis y RUIZ SOROA, José María. *Manual de Derecho de la navegación marítima*, Marcial Pons, Madrid, 2006; IRIARTE ÁNGEL, José Luis. *El contrato de*

embarque internacional, Madrid, Beramar, 1993; ZURUTUZA ARIGITA, Iñaki. *El practicaje*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

VOCABLOS CONEXOS: Jurisdicción. Derecho internacional privado.

PRINCIPIOS DE LA HAYA SOBRE LA ELECCIÓN DEL DERECHO APLICABLE EN MATERIA DE CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES

1. Naturaleza y objetivo de los Principios de La Haya sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales

Los Principios de La Haya sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales, conocidos como los «Principios de La Haya», que fueron aprobados el 19 de marzo de 2015 por los países miembros de la Conferencia de La Haya, constituyen el primer instrumento normativo no vinculante elaborado y aprobado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (DIPr).

De acuerdo a lo dispuesto en su preámbulo, el objeto principal de los Principios de La Haya es promover la autonomía de la voluntad de las partes en los contratos comerciales internacionales, en el entendido que son los contratantes quienes están en la mejor posición para establecer cuáles son las normas jurídicas que habrán de regir su relación contractual; lo cual aporta una mayor previsibilidad y seguridad jurídica, contribuyendo a garantizar la efectividad de las operaciones comerciales internacionales.

Al no ser formalmente vinculantes, los Principios de La Haya son una suerte de código de buenas prácticas internacionales sobre la autonomía de la voluntad en la contratación comercial internacional, brindando un marco global para establecer, reformar o interpretar regímenes de elección de Derecho aplicable a nivel nacional, regional e internacional. Si

bien es cierto que la Conferencia de La Haya no excluye que en el futuro pueda elaborarse un instrumento de naturaleza vinculante, considera que hoy en día una solución no vinculante es más efectiva para promover entre los Estados la aceptación y aplicación equilibrada del principio de la autonomía de la voluntad en la elección del Derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales.

Entre los principales operadores de los Principios de La Haya se encuentran los órganos responsables de la producción normativa, los órganos jurisdiccionales y los tribunales arbitrales, así como las partes y sus asesores jurídicos. En efecto, para los responsables de la función normativa, los principios constituyen un modelo a ser empleado para crear nuevas normas sobre elección del Derecho aplicable, o para complementar y desarrollar las existentes. Asimismo, dichos principios orientan a los órganos jurisdiccionales y tribunales arbitrales sobre la forma de abordar los temas relativos a la validez y los efectos de los acuerdos de elección del Derecho aplicable y sobre cómo resolver los conflictos vinculados a dicha elección. Respecto a las partes y a sus asesores jurídicos, los principios les sirven de guía respecto al Derecho o «normas de Derecho» que pueden elegir legítimamente y sobre los parámetros y consideraciones relevantes a la hora de efectuar la elección del Derecho aplicable, incluyendo cuestiones vinculadas a la validez y eficacia de su elección y a la forma cómo debe elaborarse un acuerdo para elegir el Derecho aplicable a fin de que sea legalmente exigible.

Considerando las destacables ventajas de la autonomía de la voluntad, la Conferencia de La Haya de DIPr se ha propuesto difundir este principio entre aquellos Estados que aún no lo han adoptado y entre aquellos que lo han hecho con restricciones significativas, así como contribuir al desarrollo y perfeccionamiento de este principio donde hubiera sido aceptado de forma amplia.

Una significativa señal de reconocimiento de los Principios de La Haya ha sido su aprobación, en julio de 2015, por la Comisión de las Naciones

Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), que fuera creada, en diciembre de 1966, para promover la progresiva armonización y unificación del Derecho mercantil internacional.

Cabe añadir que, la promulgación de principios no vinculantes por diversas organizaciones ha demostrado ser un instrumento eficaz para desarrollar y armonizar el Derecho. Este es el caso, por ejemplo, de los Principios de UNIDROIT y de los Principios del Derecho Europeo de los Contratos que han contribuido significativamente al desarrollo del Derecho de contratos.

2. Ámbito de aplicación de los principios de La Haya

Para la aplicación de los Principios de La Haya se exige el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de un contrato «internacional», lo cual se deriva del hecho que los establecimientos de las partes se encuentren en diversos Estados, o a que la relación entre los contratantes esté vinculada a distintos Estados, o a que otros elementos relevantes del contrato estén vinculados a más de un Estado. Por tanto, para efectos de la aplicación de los Principios, no se considera «internacional» un contrato en el cual las partes tengan sus establecimientos en el mismo Estado y la relación entre ellas y los demás elementos relevantes del contrato —sin considerar el Derecho aplicable elegido— están vinculados con un único Estado.
- b) Que las partes del contrato actúen en el ejercicio de su actividad profesional y en relación de igualdad. Están excluidos del ámbito de aplicación de los Principios categorías específicas de contratos en los que se considera que el poder de negociación de una de las partes es presumiblemente menor que el de la otra, por lo que una de las partes se encuentra en situación de desigualdad respecto a la otra. Este es el caso, por ejemplo, de los contratos de trabajo y de los contratos de consumo.

- c) Que las partes, mediante un acuerdo, hayan elegido, en forma expresa o tácita, el Derecho aplicable a su contrato. Por tanto, los Principios no están previstos para establecer cuál es el Derecho que se aplicaría supletoriamente, en defecto de elección por las partes. Ello se debe a que, por un lado, los Principios están dirigidos a fomentar y reforzar la autonomía de la voluntad, garantizando que el ámbito de aplicación del Derecho elegido por los contratantes sea lo más amplio posible; no así a establecer cómo se determina el Derecho aplicable a los contratos, a falta de elección de las partes. Además, debe tenerse presente que, a la fecha, no se ha arribado a un consenso respecto de las normas llamadas a determinar el Derecho aplicable a los contratos comerciales internacionales en defecto de elección.

No obstante que el propósito de los Principios es promover y reforzar la autonomía de la voluntad, garantizando la mayor amplitud en la aplicación del Derecho elegido por los contratantes, tales principios establecen, ciertas limitaciones a dicha autonomía. Las principales limitaciones se derivan de las llamadas normas de policía y de orden público, las cuales no podrían ser excluidas por aplicación del Derecho elegido por las partes.

3. Contenido de los Principios de La Haya

A continuación, presentamos el contenido más relevante de los 12 Principios de La Haya:

| | |
|---|---|
| <p>PRINCIPIO 1</p> <p>Ámbito de aplicación de los principios (artículo 1)</p> | <p>Se aplican para elegir el Derecho aplicable a los contratos internacionales en que las partes ejercen su actividad comercial o profesional; considerándose «internacional» el contrato celebrado entre partes cuyos establecimientos se ubican en diversos Estados, o cuando la relación jurídica u otros elementos relevantes del contrato, inde-</p> |
|---|---|

| | |
|--|--|
| | <p>pendientemente del Derecho aplicable elegido, vinculan a las partes con distintos Estados.</p> <p>No se aplican a los contratos de consumo ni a los de trabajo.</p> <p>Tampoco rigen los siguientes aspectos relacionados al contrato:</p> <ul style="list-style-type: none"> - La capacidad de las personas físicas. - Los acuerdos de arbitraje y los acuerdos de elección de foro. - Las sociedades u otras personas jurídicas y los <i>trusts</i>. - Los procedimientos de insolvencia; - Los efectos de los contratos sobre la propiedad. - Los efectos de los actos del representante de frente a terceros. |
| <p>PRINCIPIO 2</p> <p>Libertad de contratantes para elegir el Derecho aplicable (artículo 2)</p> | <p>Las partes pueden elegir libremente el Derecho aplicable a su contrato, sin requerirse que el Derecho elegido tenga vinculación con las partes o con su operación.</p> <p>Puede elegirse un único Derecho aplicable a la totalidad del contrato o diferentes Derechos aplicables a partes separables de aquel.</p> <p>Se permite que las partes modifiquen su elección, siempre que ello no afecte la validez formal del contrato ni los derechos de terceros.</p> |
| <p>PRINCIPIO 3</p> | <p>Las partes también pueden elegir como <i>lex contractus</i> un Derecho no estatal, salvo esti-</p> |

| | |
|--|--|
| <p>Normas de Derecho que pueden ser elegidas (artículo 3)</p> | <p>pulación en otro sentido por el Derecho del foro.</p> <p>Cuando se elige un Derecho no estatal, tales normas deben ser de aceptación general, a nivel internacional, supranacional o regional, como un conjunto de normas neutrales y equilibradas.</p> |
| <p>PRINCIPIO 4</p> <p>Elección expresa o tácita del Derecho aplicable (artículo 4)</p> | <p>La <i>lex contractus</i> puede ser elegida de forma expresa o tácita. De ser tácita, la elección debe ser inequívoca, debiendo resultar claramente de las disposiciones del contrato o de las circunstancias.</p> <p>El acuerdo por el cual las partes otorgan competencia a un tribunal judicial o arbitral para resolver los conflictos vinculados al contrato no constituye, en sí mismo, una elección de Derecho aplicable.</p> |
| <p>PRINCIPIO 5</p> <p>Validez formal de la elección del Derecho aplicable (artículo 5)</p> | <p>La validez del acuerdo por el que se elige el Derecho aplicable a un contrato internacional no está sometida a una formalidad determinada, salvo que las partes pacten lo contrario.</p> |
| <p>PRINCIPIO 6</p> <p>Acuerdo sobre elección del Derecho aplicable y conflicto entre formularios (<i>battle</i>)</p> | <p>Para determinar si existe un acuerdo sobre el Derecho aplicable, se debe recurrir al Derecho presuntamente elegido por las partes.</p> <p>Si las partes utilizaron cláusulas modelo o estándar para designar el Derecho aplicable, las condiciones establecidas por una y otra parte en los formularios modelo pue-</p> |

| | |
|---|--|
| <p>forms) (artículo 6)</p> | <p>den diferir, generándose un «conflicto entre formularios» (<i>battle of forms</i>). Al respecto pueden presentarse dos situaciones:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Que, pese a que en los formularios se designan ordenamientos jurídicos distintos, ambos ordenamientos prevén la prevalencia de la misma norma, sea esta la «norma de la primera remisión» de formularios o la «norma de la última remisión», en cuyo caso se aplicará la norma pro ambos ordenamientos jurídicos. - Que los ordenamientos jurídicos designados en los formularios contemplen soluciones distintas para el conflicto entre formularios, en cuyo caso no prevalecerá ninguna de las cláusulas estándar, y por tanto ambas deberán ser ignoradas. <p>Si, de acuerdo a lo establecido en los párrafos precedentes, no fuera razonable determinar cuál fue el Derecho elegido por las partes, para efectos de definir si una parte dio su consentimiento para elegir el Derecho aplicable debe recurrirse al Derecho del Estado en el que dicha parte tiene su establecimiento.</p> |
| <p>PRINCIPIO 7</p> <p>Separabilidad del acuerdo de elección del Derecho aplicable respecto al contrato (artículo 7)</p> | <p>La elección del Derecho aplicable no puede impugnarse únicamente sobre la base de que el contrato al que se aplica carece de validez.</p> |

| | |
|---|--|
| <p>PRINCIPIO 8</p> <p>Exclusión del reenvío en la elección del Derecho aplicable (artículo 8)</p> | <p>La elección del Derecho aplicable excluye el reenvío. Ello obedece a que, salvo pacto en contrario, el acuerdo de elección no incluye a las normas de conflicto de leyes del Derecho elegido por las partes.</p> |
| <p>PRINCIPIO 9</p> <p>Ámbito de aplicación del Derecho elegido (artículo 9)</p> | <p>El Derecho elegido por las partes rige todos los aspectos del contrato, entre ellos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Su interpretación. - Los derechos y obligaciones derivados del contrato. - La ejecución del contrato y las consecuencias de su incumplimiento, incluyendo la valoración de los daños y perjuicios. - Los diferentes modos de extinción de las obligaciones, y la prescripción y la caducidad. - La validez y las consecuencias de la nulidad del contrato, sin excluir la aplicación de cualquier otro Derecho que confirme la validez formal del contrato; - La carga de la prueba y las presunciones legales. - Las obligaciones precontractuales. |
| <p>PRINCIPIO 10</p> <p>Aplicación del Derecho elegido a la cesión de crédito (artículo 10)</p> | <p>Cuando el acreedor realice una cesión contractual de los derechos que tiene frente a su deudor, el Derecho aplicable es el siguiente:</p> <ul style="list-style-type: none"> - A las relaciones entre el acreedor cedente y el cesionario del crédito, se aplica el Derecho elegido por las partes en el contrato de cesión. |

| | |
|---|---|
| | <p>- A la oponibilidad de la cesión al deudor, a los derechos del acreedor cesionario frente al deudor y al carácter liberatorio de la prestación que realice el deudor, se aplica el Derecho elegido por el acreedor cedente y el deudor para regir su contrato.</p> |
| <p>PRINCIPIO 11</p> <p>Limitaciones a la aplicación del Derecho elegido por leyes de policía y orden público del foro (artículo 11)</p> | <p>El Derecho del foro:</p> <ul style="list-style-type: none"> - El del tribunal judicial que conoce el caso. - Determina cuándo un tribunal judicial puede o debe aplicar las normas de policía de otro Derecho. <p>El tribunal judicial que conoce el caso puede aplicar las normas de policía del foro (efecto positivo del orden público), de acuerdo a lo establecido en el Derecho del foro, independientemente del Derecho elegido por las partes.</p> <p>El tribunal judicial que conoce el caso puede negarse a aplicar una norma del Derecho elegido por las partes solo cuando su aplicación sea manifiestamente incompatible con intereses fundamentales del foro (excepción de orden público en DIPr - efecto negativo del orden público).</p> <p>El Derecho del foro determina cuándo un tribunal judicial puede o debe aplicar las normas de orden público de un Estado cuyo Derecho sería aplicable a falta de elección del Derecho aplicable por los contratantes.</p> <p>El tribunal arbitral que conoce el caso puede aplicar o tomar en consideración las leyes de orden público o de policía de un</p> |

| | |
|---|---|
| | Derecho distinto al elegido por las partes, si este tiene la obligación o el derecho de hacerlo. |
| PRINCIPIO 12 Determinación de cuál es el establecimiento relevante cuando hay pluralidad (artículo 12) | Si una parte tuviera más de un establecimiento, el establecimiento relevante para la aplicación de los Principios será el que tuviera una relación más estrecha con el contrato al momento de su celebración. |

4. *Temas relacionados con los Principios de La Haya contenidos en otros instrumentos normativos internacionales*

4.1. *Internacionalidad del contrato*

La Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a los Contratos Internacionales de México de 1994 - CIDIP V (artículo 1), considera que un contrato es internacional cuando la residencia habitual o el establecimiento de las partes está ubicado en diferentes Estados y en aquellos casos en que el contrato tiene contactos objetivos con más de un Estado. Asimismo, para la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 (artículo 1) un contrato es internacional cuando los establecimientos de las partes se ubican en distintos Estados.

Por otro lado, algunos instrumentos normativos, como el Reglamento (CE) 593/2008, contiene disposiciones (artículo 3.3) dirigidas a prevenir situaciones de «fraude a la ley internacional», en las que las partes pretenden «internacionalizar» artificialmente sus contratos, pese a que están vinculados objetivamente a un único país.

4.2. *Unidad y pluralidad de Derechos elegibles*

Otros cuerpos normativos permiten, asimismo, que los contratantes pacten la aplicación de un único Derecho o de una pluralidad de Derechos a partes separables del contrato. En efecto, tanto el Reglamento CE (artículo 3.1), como la CIDIP V (artículo 7), permiten seleccionar más de un Derecho aplicable a diversas partes del contrato —conocido como *dépeçage*— siempre que se trate de partes separables del mismo. Se entiende como «parte del contrato», una sección con autonomía jurídica y económica que es separable del resto y que, por tanto, puede ser sometida a un Derecho distinto sin que ello afecte la eficacia integral del contrato.

4.3. *Elección de un Derecho no estatal*

En general, los instrumentos normativos solo prevén que las partes elijan como su *lex contractus* a un Derecho estatal. Este es el caso, por ejemplo, del Convenio de Roma y del Reglamento CE (artículo 3.1) que lo sustituyó, en los que, al emplearse el término «ley elegida por las partes», limitan la elección de las partes al ordenamiento jurídico de un Estado, y no posibilitan elegir un Derecho que provenga de un ordenamiento jurídico no estatal. La posibilidad de elegir como *lex contractus* a un Derecho no estatal proviene, fundamentalmente, del desarrollo de los mercados internacionales y del cada vez más frecuente arbitraje internacional. Hoy en día, los contratantes tienen diversas alternativas para elegir su *lex contractus*. Además de recurrir al Derecho de un Estado determinado, los contratantes pueden elegir conjuntos normativos no estatales (*soft law*) y la *lex mercatoria*, esto es, los principios y costumbres existentes en el comercio internacional surgidos de las prácticas internacionales elaboradas por los comerciantes transnacionales.

En la práctica, sin embargo, son pocos los contratos que se someten exclusivamente a Derechos no estatales. Para incrementar el uso de cuerpos normativos no estatales, la Unión Europea (UE) se a la elabo-

ración de un «Derecho europeo de contratos» —un «Código Civil europeo»— llamado Common Frame of Reference (CFOR); de forma tal se ponga a disposición de los contratantes un cuerpo normativo fiable, que no genere desconfianza por la sede jurídica de la cual proviene.

4.4. *Elección en forma expresa o tácita*

Además, de los Principios de La Haya, otros cuerpos normativos permiten que la elección de las partes respecto al Derecho aplicable a su contrato sea realizada tanto en forma expresa, como tácita. En este último supuesto, la elección debe resultar inequívocamente de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Así está previsto, por ejemplo, en el Convenio de Roma de 1980 (artículo 3) y el Reglamento (CE) 593/2008, que lo sustituye (artículo 3).

4.5. *Variabilidad del Derecho elegido*

Otros cuerpos normativos, como el Reglamento CE (artículo 3.2) y la CIDIP V (artículo 8), reconocen, asimismo, la facultad de las partes de variar el Derecho aplicable al contrato, siempre que el cambio no afecte la validez formal del contrato, ni perjudique los derechos de terceros adquiridos al amparo del Derecho anterior.

4.6. *Limitaciones a la autonomía de la voluntad*

Actualmente, persisten ciertas limitaciones vinculadas al alcance de la autonomía de la voluntad en la elección del derecho aplicable, siendo las más importantes aquellas que defienden el respeto de las normas de policía o de aplicación necesaria o inmediata de la *lex fori*, como por ejemplo las normas del derecho del trabajo o del derecho de los consumidores; y la no contravención del orden público internacional. En tales casos, el juez puede rechazar la aplicación de la ley elegida y aplicar en su lugar la ley de foro. Esto se fundamenta en la defensa que hace el juez de los principios fundamentales de la *lex fori*.

Durante las últimas décadas los diversos cuerpos normativos, como las Convenciones de La Haya de 1978 y 1986 y la Convención de Roma de 1980 y el Reglamento Roma I (2008), que la sustituyó, y la CIDIP V, han venido incorporando disposiciones relacionadas a la autonomía de la voluntad y sus limitaciones; buscando un equilibrio entre la voluntad de las partes de escoger una ley aplicable a su contrato y la aplicación imperativa o inmediata de normas de orden público que cautelan principios fundamentales de la ley del foro, e inclusive de normas de policía de otros ordenamientos jurídicos vinculados al contrato. Asimismo, diversos cuerpos legislativos modernos, como el Convenio de Roma (artículos 5 y 6) y el Reglamento CE que lo sustituye (artículos 6 y 8), prevén normas de conflicto especiales para los contratos de trabajo y de venta a consumidores, con el fin de contrarrestar el riesgo que el empleador y el empresario impongan el Derecho aplicable.

*Autoras: María Antonieta Delgado Menéndez
María del Carmen Delgado Menéndez
(Profesoras de Derecho Internacional Privado,
Pontificia Universidad Católica del Perú)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y DELGADO MENÉNDEZ, María del Carmen. «Alcances y limitaciones de la autonomía de la voluntad en la contratación internacional del siglo XXI»: una mirada desde el derecho internacional privado peruano. En *Cambios y transformaciones en el Derecho Internacional en el siglo XXI. Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario*, Lima: PUCP, Facultad de Derecho, 2019, pp. 81-109; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta. *Autonomía de la voluntad, ley del contrato y normas internacionalmente imperativas. La ley peruana a la luz de las tendencias del derecho internacional privado contemporáneo*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, vol. 44, 2017, pp. 1-208; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y PEJNOVIC DELGADO, Milan. «Lex contractus». En COLLANTES, J. L. (dir.). *Enciclopedia del arbitraje. Segunda parte*, Lima: Bi-

biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, vol. 48, 2018, pp. 116-121.

REFERENCIAS NORMATIVAS: Principios de la Conferencia de La Haya de DIPr sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales de 2015.

<https://assets.hcch.net/docs/21356f80-f371-4769-af20-a5e70646554b.pdf>;

Convención Interamericana sobre derecho aplicable a los contratos internacionales (CIDIP V), México D. F., 1994.

http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPV_convencioncontratosinternacionales.htm/; Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A41980A0934/>;

Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2009, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales L177/6. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:ES:PDF/>;

Reglamento Roma I de 2008; Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016.

VOCABLOS CONEXOS: Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales. Protección de la parte débil en contratos especiales.

PROCESO MONITORIO EUROPEO

El proceso monitorio europeo nace, entre sus objetivos prioritarios, como una herramienta de lucha contra la morosidad en los distintos países de la Unión Europea. Su regulación normativa se contiene en el Reglamento 1896/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio euro-

peo (de ahora en adelante, RPME), que entró en vigor el 12 de diciembre de 2008.

A través de dicha regulación normativa, el legislador europeo introduce así, finalmente, a nivel comunitario, uno de los procesos más antiguos y, al mismo tiempo, más utilizados del Viejo Continente (CORREA DEL-CASSO, *El proceso monitorio*, Barcelona, 1997), con la explícita pretensión —como literalmente afirma su exposición de motivos—, de «simplificar, acelerar y reducir los costes de litigación en asuntos transfronterizos relativos a créditos pecuniarios no impugnados» y de permitir, simultáneamente, «la libre circulación de los requerimientos europeos de pago a través de todos los Estados miembros, mediante el establecimiento de unas normas mínimas cuya observancia haga innecesario un proceso intermedio en el Estado miembro de ejecución con anterioridad al reconocimiento y la ejecución».

Como reza su artículo 3, su regulación está prevista, ante todo, para «asuntos transfronterizos», esto es, para aquellos «en los que al menos una de las partes esté domiciliada o tenga su residencia habitual en un Estado miembro distinto de aquel al que pertenezca el órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado la petición».

Al igual que la inmensa mayoría de las normativas europeas, tan solo pueden utilizarse sus cauces procedimentales para la reclamación de «créditos pecuniarios, de importe determinado, vencidos y exigibles, en la fecha en que se presenta la petición de requerimiento europeo de pago» (artículo 3 RPME) excluyéndose, por lo tanto, del ámbito de este proceso, cualesquiera otras reclamaciones que no versen sobre créditos de esta naturaleza, como acontece con los bienes muebles o fungibles, en aras de agilizar su pronta tramitación procedimental, permitiéndose, por ello, el uso de formularios.

Asimismo, se suprime todo *exequatur* al establecerse que un requerimiento europeo de pago que haya adquirido fuerza ejecutiva en el Es-

tado miembro de origen será reconocido y ejecutado en los demás Estados miembros sin que se requiera ninguna declaración de ejecutividad y sin posibilidad alguna de impugnar su reconocimiento (artículo 19 RPME).

En cuanto a su ámbito de aplicación, se sigue el criterio generalizado en el ámbito de la reglamentación comunitaria: se aplica en materia civil y mercantil, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, consagrándose así el carácter voluntario de este proceso, al preverse, como en la inmensa mayoría de legislaciones europeas, que «el presente Reglamento no obstará para que un demandante reclame un crédito, según la definición del artículo 4, mediante el recurso a otro proceso establecido con arreglo al Derecho de un Estado miembro o con arreglo al Derecho comunitario».

No obstante, la novedad más significativa de la norma comunitaria que ahora analizamos es, sin duda alguna, la de la competencia territorial, por el importante «quiebro» que supone poder atribuir a una jurisdicción o autoridad competente de un Estado distinto al del domicilio o lugar de residencia del deudor, el conocimiento de una eventual reclamación de deuda por los cauces de este proceso, al remitirse, sin más, a las normas de Derecho comunitario aplicables en la materia (esto es, al Reglamento 44/2001, con la única salvedad de que se trate de un crédito de consumo), abandonándose así el criterio general del fuero del domicilio del demandado.

Determinadas la jurisdicción y competencia territoriales, siempre que la deuda revista los caracteres antes indicados, deberá el acreedor interponer su escrito de petición inicial ante el órgano jurisdiccional que considere competente, utilizando el formulario preestablecido al efecto, y sin necesidad de tener que valerse de abogado o de acompañar documento alguno (más allá de tener, tan solo, que efectuar una breve «descripción de los medios de prueba que acrediten la deuda», en aras de permitir el tratamiento informático de dicho escrito).

Enlazando con la previsión anterior, dispone la norma comunitaria que «en la petición, el demandante declarará que la información suministrada es, a su leal saber y entender, verdadera y reconocerá que cualquier declaración falsa deliberada podrá acarrearle las sanciones oportunas con arreglo al Derecho del Estado miembro de origen», norma directamente inspirada del Derecho alemán y con la cual pretende el legislador comunitario «blindar» (incluso, penalmente) las afirmaciones vertidas en el escrito de petición inicial del proceso monitorio europeo frente a eventuales reclamaciones infundadas por parte de acreedores desaprensivos, atendido el hecho de que se ha minimizado (por no decir, anulado completamente) el control de la autoridad competente sobre dicho escrito, al haberse suprimido el requisito de aportación de un documento justificativo del crédito o, dicho sea de otra forma, al haberse optado decididamente por el modelo «puro» de proceso monitorio (en terminología de CALAMANDREI). En cualquier caso, deberá efectuarse una breve descripción de la causa de pedir, «incluida [añade el texto legal] una descripción de las circunstancias invocadas como fundamento de la deuda y, en su caso, de los intereses reclamados», en aras de «proporcionar suficiente información para que el demandado pueda identificar la demanda y decidir entonces si quiere oponerse a ella».

Someramente examinado el fundamento de la petición inicial por parte de «cualquier autoridad de un Estado miembro con competencia para conocer de los requerimientos europeos de pago o para cualesquiera cuestiones afines» (artículo 5 RPME), prevé el legislador comunitario la posibilidad de que este examen del fundamento de la pretensión se lleve a cabo de forma automatizada (al igual que acontece en la República Federal de Alemania o en Austria), cuestión esta a todas luces contradictoria por cuanto que, difícilmente, podrá un ordenador analizar «si la petición resulta fundada», como exige líneas antes el precepto que estamos analizando ahora.

Junto a la admisión de la petición inicial de proceso monitorio europeo regula, asimismo, la norma comunitaria, la posibilidad de completar, rec-

tificar, modificar o desestimar esta última, trámites que, sin duda alguna, deberán utilizar los jueces a la hora de rechazar peticiones de intereses claramente abusivas, como exige actualmente la jurisprudencia comunitaria.

Admitida a trámite la petición inicial, la autoridad competente deberá emitir entonces, a la mayor brevedad (y, como mucho, en un plazo de treinta días), el correspondiente requerimiento de pago si se cumplen los requisitos mínimos exigidos por la norma comunitaria mencionados en el artículo 8 (es decir, los que el tribunal o autoridad administrativa competente —según los países— deberá analizar al admitir a trámite la petición inicial). Notificado este último al deudor, dispondrá entonces este último de un plazo de 30 días para «pagar o dar razones», como es sabido exige (y define, cabe añadir) la técnica procedimental del proceso monitorio.

En cuanto a la concreta forma que deberá revestir el escrito de oposición, prevé nuevamente el RPME el uso de un formulario, consagrándose así una de las máximas aspiraciones del legislador comunitario (reiteradamente recomendada, por lo demás, en el *Libro verde*), cual es la de regular la íntegra tramitación de este proceso mediante el uso de impresos normalizados, a efectos de evitar los indeseables peligros que conlleva la traducción de unos vocablos tan eminentemente técnicos como son los jurídicos.

Por lo demás, el texto que estamos analizando ahora se ocupa, fundamentalmente, de regular tres grandes clases de notificación: la notificación con acuse de recibo; sin acuse de recibo y a un representante:

1.º La primera de ellas, profusamente regulada en el artículo 13 RPME, prevé que en el acuse de recibo deberá constar la fecha de recepción, con la firma del deudor. Pero también establece la notificación personal acreditada por un documento, firmado por la persona competente que la haya realizado, donde se declare que el deudor recibió el documento

o que se negó a recibirlo sin motivo legítimo alguno y en el que conste también la fecha de la notificación. Por último, también se regula la notificación por correo acreditada mediante acuse de recibo, donde aparezca la fecha de recepción, firmado y reenviado por el deudor, así como la notificación por medios electrónicos como fax o correo electrónico, acreditada mediante acuse de recibo, donde figure la fecha de recepción, firmado y reenviado por el demandado.

2.º Mucho más complejo resulta, en cambio, el artículo 14 RPME, donde se regula la notificación sin acuse de recibo por parte del deudor. Aquí, como en tantas otras ocasiones, el legislador europeo, para contentar a las cada vez más numerosas delegaciones que participan en la redacción de este tipo de normas, se ve en la necesidad de introducir más supuestos de los que serían deseables, complicando la dicción del texto normativo. Y es que, en efecto, si bien resulta comprensible que la notificación del requerimiento de pago pueda realizarse personalmente a «personas que vivan en la misma dirección que el deudor o que estén empleadas en ese lugar» (apartado a) de la norma) o incluso a personas empleadas por él en su lugar de trabajo (apartado b) del artículo), mucho más extraño y peligroso nos parece que se admita el «depósito del requerimiento en su buzón»; la notificación por correo sin acuse de recibo con arreglo al apartado 3 cuando el demandado esté domiciliado en el Estado miembro de origen; y, por último (aunque en menor medida), el «depósito del requerimiento en una oficina de correos o ante las autoridades públicas competentes y notificación escrita de dicho depósito en el buzón del demandado, si en la notificación escrita consta claramente el carácter judicial del escrito o el hecho de que tiene como efecto jurídico hacer efectiva la notificación y, por tanto, constituir la fecha de inicio del cómputo de los plazos pertinentes».

3.º Finalmente, ningún impedimento le vemos a la escueta previsión contenida en el artículo 15 (notificación a un representante), por lo demás harto habitual en España en los supuestos en los cuales se efectúa a una persona jurídica.

Nota definitoria esencial del proceso monitorio es, precisamente y como es sabido, la triple reacción que el deudor puede adoptar frente al requerimiento de pago, y que configura la conocida técnica denominada en el Derecho histórico español como del «pague o dé razones».

Sobre la primera opción (pago de la deuda), guarda absoluto silencio la Ley comunitaria. Tan solo el Derecho español es de los pocos en prever que «si el deudor atiende el requerimiento de pago, tan pronto como lo acredite, se le hará entrega del justificante de pago y se archivarán las actuaciones» (artículo 817 LEC), disposición que consideramos a todas luces acertada.

La segunda opción (oposición a la reclamación del acreedor) se regula profusamente por la normativa comunitaria y, dicho se de paso, de forma muy deficiente:

1.º En primer lugar, en aras de simplificar al máximo la tramitación procedimental de este proceso, prevé nuevamente el legislador comunitario que la oposición al requerimiento de pago se formulará mediante la presentación del Formulario F (en papel o por medios telemáticos, según se prevea en cada Estado) el cual, al igual que en otros ordenamientos jurídicos (como el alemán o el francés, entre otros), no exige motivación alguna de su causa.

2.º En segundo lugar, y en cuanto al plazo, prevé el RPME que el escrito de oposición «se enviará en un plazo de 30 días desde la notificación al demandado del requerimiento», los cuales deberán de computarse como hábiles, vista la remisión que efectúa al Reglamento (CEE, Euratom) n.º 1182/71 del Consejo, de 3 de junio de 1971, por el que se determinan las normas aplicables a los plazos, fechas y términos.

3.º En tercer lugar, y en cuanto a los efectos de la presentación del escrito de oposición, prevé literalmente el artículo 17 RPME que «el proceso continuará ante los órganos jurisdiccionales competentes del Estado

miembro de origen con arreglo a las normas del proceso civil ordinario que corresponda, a menos que el demandante haya solicitado expresamente que, en dicho supuesto, se ponga fin al proceso». Por consiguiente, salvada la hipótesis de que el demandante haya efectuado esta última petición, deberá entenderse, al hilo de lo que acabamos de exponer, que con el escrito de oposición finaliza el proceso monitorio y empieza el correspondiente juicio declarativo ordinario, pudiendo esgrimirse en él cuantas alegaciones tengan por conveniente ambas partes, y ello sin que quepa establecer impropias limitaciones como las anteriormente aludidas, cuanto más que el deudor, por expresa disposición del artículo 16.3 RPME, no estará obligado a motivar su oposición.

4.º Por último, establece asimismo esta última norma, con carácter general, que «el traslado al proceso civil ordinario se regirá por el Derecho del Estado miembro de origen» y que «el demandante será informado de la presentación del escrito de oposición por parte del demandado y de todo traslado al proceso civil ordinario».

Tercer y último supuesto que puede darse en el seno de un proceso monitorio es que el deudor guarde silencio y, en palabras de CALAMANDREI, «devenga argumento indirecto de certeza la falta de reacción por su parte».

Pues bien: apartándose, sobre este punto, del modelo alemán, el RPME prevé que, en este supuesto, «se declarará ejecutivo sin demora el requerimiento de pago europeo de pago a través del formulario G que figura en el Anexo VII». Por tanto, no se dicta al final del mismo una resolución que pone punto y final a este proceso sino que, como acontece en otros ordenamientos jurídicos (en el francés, muy particularmente), se «declarará» ejecutivo el requerimiento de pago que, como hemos visto, no requerirá de *exequatur* alguno para su ulterior reconocimiento y ejecución en cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea (artículo 19 RPME).

A falta de prever un recurso extraordinario para el supuesto de que una notificación defectuosa haya causado una grave indefensión al deudor (como establece, por ejemplo, el Derecho alemán), el artículo 20 RPME regula, de forma absolutamente deficiente, y sin más límite temporal que el de «actuar con prontitud» [sic], una hipótesis por lo demás indispensable de cara a prevenir supuestos de grave indefensión (como, dicho sea de paso, son los que designa la propia norma en su apartado primero, a saber: «que el requerimiento de pago se hubiere notificado mediante una de las formas establecidas en el artículo 14 y que la notificación no se hubiere efectuado con la suficiente antelación para permitirle organizar su defensa, sin que pueda imputársele responsabilidad por ello» o «que el demandado no hubiere podido impugnar el crédito por razones de fuerza mayor o debido a circunstancias extraordinarias ajenas a su responsabilidad».

Asimismo, prevé el Reglamento en el apartado segundo de la norma una «revisión en casos excepcionales» para el supuesto de que «sea evidente [sic] que dicho requerimiento se ha expedido de forma manifiestamente errónea, habida cuenta de los requisitos establecidos en el presente Reglamento, o por cualquier otra circunstancia de carácter excepcional», norma que nuevamente adolece de una gran indeterminación y, a la postre, permite la revisión, por vía extraordinaria, de cuestiones que, independientemente de su gravedad, pudieron y debieron alegarse en su día por el deudor (cual sería, muy particularmente, la hipotética expedición del requerimiento de pago de forma manifiestamente errónea) y, por si fuera poco, sin exigirle ni tan siquiera, en estos casos, que actúe «con prontitud».

Finalmente, prevé la norma que estamos analizando ahora que «si el órgano jurisdiccional decide que la revisión está justificada por alguno de los motivos contemplados en los apartados 1 y 2, el requerimiento será declarado nulo y sin efecto», consecuencia última de haber apreciado la concurrencia de un supuesto de grave indefensión para el deudor.

Obtenida la ejecutividad del requerimiento de pago, los artículos 21 a 23 del RPME se ocupan de su ejecución. Y lo hacen para reproducir, en gran medida, disposiciones ya conocidas en materia de Derecho procesal civil internacional, cuales son:

1.º La competencia exclusiva que tienen los distintos Estados de la Unión Europea en materia de ejecución de títulos judiciales y extrajudiciales (artículo 21.1 RPME).

2.º El deber del ejecutante de proveer una copia del requerimiento europeo de pago declarado ejecutivo por el órgano jurisdiccional de origen acompañado de su preceptiva traducción, en su caso (artículo 21.2 RPME).

3.º La prohibición de exigir caución o depósito alguno al ejecutante «por su condición de extranjero o no ser residente en el Estado miembro de ejecución», como acontecía decenios atrás en numerosos países de nuestro entorno cultural y, sin ir más lejos, en el ordenamiento jurídico español, con la famosa «caución de arraigo en juicio» (artículo 21.3 RPME).

4.º La prohibición de ejecutar un requerimiento de pago devenido título ejecutivo si es incompatible con una resolución o requerimiento dictados con anterioridad en cualquier otro Estado miembro o en un tercer país, en los concretos términos indicados en la norma (artículo 22 RPME).

5.º O la posibilidad de suspender o limitar la ejecución si se hubiere solicitado la revisión del requerimiento de pago devenido título ejecutivo (al igual, dicho sea de paso, que acontece en numerosos ordenamientos jurídicos internos cuando se inicia un proceso de impugnación de la cosa juzgada en casos de rebeldía: artículo 504 LEC, por ejemplo), si bien creemos resulta sumamente censurable que no se haya establecido la necesidad de que el deudor preste caución ni acotado los supuestos en los cuales puede solicitar tal suspensión.

Juan Pablo Correa Delcasso
(*Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Procesal,*
Universidad de Barcelona)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CORREA DELCASSO, *El proceso monitorio*, Barcelona, 1997; CORREA DELCASSO, «Comentarios a la Propuesta de Reglamento por el que se establece un proceso monitorio europeo», *La Ley*, n.º 6133, de 23 de noviembre de 2004; HORSMANS, *La procédure d'injonction de payer ou le recouvrement simplifié de certaines créances dans les pays du marché commun*, Bruxelles, 1964; GUINCHARD, «Commentaire sur la proposition de règlement instituant une injonction de payer européenne», *Les petites affiches*, n.º 98, 17 Mai 2006; TOMÁS Y VALIENTE, «Estudio histórico-jurídico del proceso monitorio», *Revista de Derecho Procesal*, 1960; GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADÍ, *El procedimiento monitorio (Estudio de Derecho comparado)*, Sevilla, 1972; PERROT, «L'efficacité des procédures judiciaires au sein de l'Union Européenne et les garanties des droits de la défense», *L'efficacité de la Justice Civile en Europe*, Bruxelles, 2000; CALAMANDREI, *El procedimiento monitorio*, Buenos Aires, 1953 (traducido por Sentís Melendo); DE LEVAL, «Les ressources de l'inversion du contentieux», en *L'efficacité de la Justice civile en Europe*, AA. VV., Bruselas, 2000; NOURISSAT, *Le règlement (CE) n.º 1896/2006 du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer*, Europe 2007 (mayo), p. 3; SERRA DOMÍNGUEZ, *La Ley 1/2000 sobre Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, 2000; TARZIA, «Prospettive di armonizzazione delle norme sull'esecuzione forzata nella Comunità Economica Europea», *Rivista di Diritto Processuale*, n.º 1994/1; CARPI, «L'ordine di pagamento europeo tra efficacia della tutela e garanzie della difusa», *Rivista di Diritto Processuale*, n.º 2002/3.

PROPIEDAD INDUSTRIAL E INTELECTUAL

1. Introducción: la creciente importancia de los derechos de propiedad industrial e intelectual en el comercio internacional

El patrimonio de las empresas que se dedican al comercio internacional no solo está compuesto por bienes corporales, sino también por bienes inmateriales —creaciones de la mente humana— susceptibles de protección por el Derecho de la propiedad industrial —patentes, marcas, diseño industrial, indicaciones geográficas, variedades vegetales, modelos de utilidad, etc.— o por el Derecho de la propiedad intelectual —derechos de autor y derechos conexos—. Se estima que de las 500 empresas que conforman en índice bursátil Standard & Poors, un 85 % de sus activos tienen carácter intangible. Debido a los avances tecnológicos a los que estamos asistiendo en la actualidad, estos activos y su protección mediante derechos de propiedad industrial e intelectual resultan imprescindibles para que las empresas puedan competir con éxito en el mercado internacional.

Con la excepción de la Unión Europea —donde existen algunos derechos de propiedad intelectual de ámbito europeo—, estos derechos tienen un ámbito nacional. En recompensa a una actividad de investigación, innovación o de creación, los Estados otorgan un derecho al creador para que pueda explotar en exclusividad su creación intelectual por un tiempo limitado (salvo en el caso de las marcas). En la medida en que son los Estados los que otorgan dichos derechos, ellos deciden los requisitos que se deben cumplir para concederlos y su contenido. Esto es una consecuencia del *principio de territorialidad*: un derecho solo es válido en el territorio del Estado que lo ha concedido. Así, cuando se dice que un programa de ordenador está protegido por derechos de autor a nivel mundial, nos estamos equivocando. En realidad, el programa está protegido, en España, por la Ley de propiedad intelectual española; en Francia, por la Ley de propiedad intelectual francesa, etc. Lo mismo ocurre

con las patentes: para que una invención pueda estar protegida en una pluralidad de Estados, debe registrarse en cada uno de esos Estados.

El carácter territorial de la protección de los derechos de propiedad industrial e intelectual choca con el carácter intangible de su objeto. Un bien tangible solo lo podemos disfrutar/explotar en un sitio a la vez: un coche solo se lo podemos alquilar a una persona. En cambio, los bienes intangibles —las marcas, derechos de autor, etc.— se pueden explotar al mismo tiempo en muchos lugares: una discográfica puede autorizar a las radios de muchos países a radiar una misma canción y cobrar un canon a cada una de esas radios; un programa de ordenador puede ser distribuido a muchas personas y cobrar una licencia por ello, tan solo hace falta hacer copias de ese programa; yo puedo autorizar a una empresa española a utilizar la marca LV en España, y a una empresa francesa a utilizarla en Francia.

El carácter intangible de los derechos de propiedad industrial e intelectual los hace susceptibles de explotación internacional. Más aún desde la aparición del mercado electrónico derivado de la generalización de uso de Internet. Negocios como Spotify, Apple iTunes, o Softonic están basados en la explotación en Internet de derechos de propiedad intelectual, y pueden ejercer su actividad a nivel mundial. Ahora bien, el problema que se encuentran estos negocios es que la regulación de los derechos está fragmentada por países. Esto puede conllevar que unos países protejan sus derechos y otros no o que el contenido de la protección sea diferente según desde donde se accede al servicio de Internet.

Para garantizar una protección mínima de los derechos de propiedad industrial e intelectual de las empresas que actúan en el tráfico internacional, los Estados han celebrado convenios internacionales (epígrafe 2). La Unión Europea ha ido más lejos: además de directivas destinadas a armonizar las legislaciones en materia de propiedad industrial e intelectual de los Estados miembros, se han creado títulos de propiedad indus-

trial de ámbito europeo (es decir, con validez en todo el territorio de la Unión Europea) (epígrafe 3).

La facilidad que ofrece el carácter intangible de los bienes protegidos por estos derechos y el hecho de que existan instrumentos internacionales y europeos que garantizan su protección en el extranjero ha conllevado un aumento en la explotación internacional de la propiedad industrial e intelectual. A su vez, esto supone un aumento de los litigios en la materia que poseen un carácter internacional. La determinación de los tribunales competentes (epígrafe 4) y la ley aplicable a estos litigios resultan muy necesarias (epígrafe 5).

Los derechos de propiedad industrial e intelectual no tienen carácter real. Se trata de derechos subjetivos. Por ello, las acciones en defensa de estos derechos de propiedad no tienen carácter real —como ocurre con los bienes corporales—, sino personal: en su mayoría son acciones extracontractuales destinadas a reclamar la infracción de derechos, si bien también es posible reclamar su validez, inscripción o titularidad.

2. Convenios internacionales en materia de propiedad industrial e intelectual

Existen dos organizaciones internacionales que actúan complementariamente para garantizar la protección de la propiedad intelectual a nivel internacional: la Organización Mundial del Comercio (OMC) y la Organización mundial de la propiedad intelectual (OMPI).

2.1. El Acuerdo sobre los aspectos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio

Uno de los tratados que todos los miembros de OMC están obligados a ratificar es ADPIC (Acuerdo sobre los aspectos de la propiedad intelectual relacionados con el comercio).

ADPIC obliga a los Estados miembros de OMC a garantizar una *protección mínima de los derechos* en sus legislaciones internas. Para ello, utiliza dos mecanismos. Primero, una remisión a dos tratados establecidos por OMPI: Convenio de París de 1883 (CUP) sobre la protección de la propiedad industrial, y el Convenio de Berna de 1886 sobre la protección de las obras literarias y artísticas. Segundo, el propio ADPIC establece una serie de obligaciones adicionales para los Estado de regular ciertos aspectos que no contemplan los dos convenios anteriores: a) la protección de bases de datos y programas de ordenador; b) la extensión de la protección como marcas notorias a las marcas de servicios; c) la obligación de protección de las marcas renombradas.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que ADPIC establece *los principios de trato nacional y de nación más favorecida* (artículos 2 y 3). Esto conlleva que en la medida en que un Estado otorgue en su legislación de propiedad intelectual una protección más elevada de la establecida en ADPIC a sus nacionales o a los nacionales de otro Estado miembro, deberá ofrecer la misma protección a los nacionales del resto de Estados miembros de OMC.

En tercer lugar, ADPIC regula minuciosamente la llamada *observancia de los derechos*. Hasta el momento, los convenios internacionales solo obligaban a los Estados a *reconocer* los derechos, pero no a *garantizar su protección*. La parte III de ADPIC obliga a los Estados a adoptar una serie de medidas de naturaleza procesal, aduanera, civil y criminal, destinadas a garantizar la protección efectiva de los derechos reconocidos en los convenios. Estas medidas incluyen, por ejemplo, la obligación para los Estados de regular las medidas cautelares *in audita parte debitoris* —sin notificación del demandado—, el cálculo de las indemnizaciones derivadas de las infracciones, acciones para la cesación de las actividades infractoras, o la destrucción de las mercancías falsificadas confiscadas en las aduanas.

Por último, debe recordarse que si algún Estado miembro incumple alguna de las disposiciones de ADPIC, cualquier otro Estado puede poner en marcha el *sistema de resolución de controversias de OMC*.

2.2. *El marco de la OMPI*

En el marco de OMPI, además del CUP y de Convenio de Berna, se han adoptado infinidad de tratados con mayor o menor éxito.

En materia de propiedad industrial, debe destacarse la existencia de tratados de cooperación entre autoridades destinados a facilitar el registro de un derecho de propiedad industrial en una pluralidad de Estados. Nos referidos a: a) el Tratado de Washington de cooperación en materia de patentes de 19 junio 1970 (PCT); b) el Arreglo de Madrid de 14 abril de 1891 y el Protocolo de 1995 sobre el registro internacional de marcas; c) el Arreglo de La Haya de 1925 sobre deposito internacional de dibujos y modelos industriales.

En materia de propiedad intelectual, cabe resaltar el Convenio de Roma de 1961 sobre la protección de los artistas, intérpretes y ejecutantes y los Tratados OMPI de 1996 sobre derechos de autor y sobre intérpretes, ejecutantes y fonogramas. Estos últimos tienen como finalidad adaptar el contenido de los derechos de propiedad intelectual a las particularidades del entorno digital.

2.3. *Los tratados de libre comercio*

En la actualidad, asistimos a la celebración de infinidad de tratados de libre comercio entre dos o más Estados miembros de OMC en los que, aparte de disposiciones sobre el comercio de mercancías y servicios, se incluyen obligaciones de ofrecer una protección de la propiedad intelectual superior a la que ofrece ADPIC. Son lo que se llaman obligaciones APDIP-plus (o TRIPS-plus).

Estos tratados son compatibles con ADPIC —pues este tratado solo establece una obligación de garantizar una protección mínima y, por tanto, permite a los Estados elevar dicha protección en su ley interna o en tratados internacional— y la protección más elevada que establecen debe ser aplicada a los nacionales de cualquier otro Estado miembro de OMC —por efecto del principio de nación más favorecida—.

2.4. *La polémica sobre la aplicación de los tratados*

Por último, debe mencionarse una cuestión polémica. Los destinatarios de estos tratados son los Estados —pues les obligan a garantizar un determinado grado de protección— pero ¿pueden las empresas invocar su aplicación directa ante los tribunales nacionales en un caso particular, si el Estado no ha incorporado el texto del tratado a su Derecho interno.

El TJUE tiene declarado que se trata de una cuestión relativa a la política comercial común de la Unión Europea, la cual es competencia exclusiva de las instituciones. Por lo tanto, decidir si un tratado es directamente aplicable depende de la UE, no de los Estados miembros. En concreto, el TJUE declaró que las disposiciones de ADPIC y de otros tratados internacionales, en la medida en que establezcan obligaciones claras, precisas y que no requieren de desarrollo legislativo son directamente invocables ante las autoridades competentes (STJUE de 18 julio 2013, C-414/11, «*Daiichi Sankyo*»).

3. *La protección de la propiedad industrial e intelectual en la Unión Europea*

Las disparidades entre legislaciones de PI de los Estados miembros pueden convertirse en barreras proteccionistas que obstaculicen la libre circulación de bienes y servicios y eviten el libre juego de la competencia en el mercado interior.

Para evitarlo, la Unión ha adoptado gran cantidad de directivas y reglamentos tanto en propiedad industrial cuanto en propiedad intelectual.

Por consiguiente, la finalidad de estos instrumentos es doble: por un lado, al igual que los tratados internacionales anteriormente analizados, garantizar un elevado nivel de protección de estos derechos; por otro, una armonización de las legislaciones que eliminen obstáculos para la libre circulación de bienes y servicios en el mercado interior.

Aunque existen directivas tanto en materia de derechos de propiedad industrial cuanto intelectual, en este segundo campo son más numerosas. Esto es debido a dos razones: los avances tecnológicos han conllevado la necesidad de evitar disparidades en la regulación de la materia; la imposibilidad de crear un sistema centralizado de registro de un derecho de autor europeo. En las directivas adoptadas cabe destacar la D. 2001/29 sobre derechos de autor en la sociedad de la información y la D. 2019/790 sobre derechos de autor en el mercado único digital.

La armonización obtenida gracias a estas directivas no elimina la característica principal de estos derechos: su territorialidad. Por ello, complementariamente, se han ido adoptando reglamentos que crean derechos de propiedad industrial de ámbito europeo. Se pasa, así, de una territorialidad nacional a una territorialidad supranacional europea.

En la actualidad existen el R. 2017/1001 de marca de la Unión Europea, el R. 6/2002 de diseño comunitario, el R. 1151/2012 sobre denominaciones de origen e indicaciones geográficas comunitarias y el R. 2100/94 sobre obtenciones vegetales comunitarias. En todos los casos se crea un título que concede la Comisión Europea —a través de sus agencias, como la EUIPO— con una validez y un régimen uniforme en todo el territorio de la Unión Europea.

En materia de patentes, por ahora únicamente existe la llamada patente europea. Este título de propiedad industrial se concede en el marco del Convenio de Munich de 1973 sobre la patente europea (CPE). Este convenio articula un sistema para conceder una patente con validez en uno o más Estados miembros de la Organización de la Patente Europea (en

la actualidad, 38 Estados, entre los que están todos los de la UE). Por lo tanto, no se trata de un derecho de propiedad industrial de la Unión Europea.

Las instituciones europeas han adoptado los reglamentos 1257/2012 y 1260/2012 destinados a crear lo que se llamará la patente europea con efecto unitario que, como el resto de títulos de propiedad industrial unitarios, tendrá validez en todo el ámbito de la UE. La creación de este título conllevará, también, el establecimiento de un sistema jurisdiccional europeo en materia de patentes el cual se ha articulado a partir del Acuerdo sobre el Tribunal Unificado de Patentes de 19 febrero 2013. El nuevo sistema todavía no ha entrado en vigor. Además, no todos los Estados miembros quieren participar en este nuevo sistema: España y Polonia, por ahora, están fuera.

4. Competencia judicial internacional en materia de derechos de propiedad industrial e intelectual

Según se ha dicho, la explotación internacional de la propiedad intelectual conlleva un incremento en el número de litigios internacionales en la materia. Del mismo modo, es preciso tener en cuenta que las redes de Internet favorecen la comisión de infracciones de propiedad intelectual con alcance internacional.

A la hora de determinar los tribunales que resultan competentes para conocer las demandas a las que pueden dar lugar estos litigios, es preciso distinguir según se trate de derechos de ámbito nacional o derechos de ámbito europeo, pues la normativa aplicable es diferente.

En el primer caso, resulta aplicable el Reglamento Bruselas I (CL). Resulta preciso distinguir según el tipo de demanda que se quiere interponer.

a. Si se trata de una *demanda relativa a la validez o inscripción de un derecho de propiedad industrial*, el artículo 24.4 (artículo 22.4 CL) establece que la competencia exclusiva corresponde a los tribunales del Estado donde se ha registrado o se ha solicitado el registro del derecho. La competencia exclusiva resulta aplicable tanto si la validez se impugna por vía de acción —como una demanda reconventional que persigue la declaración de nulidad del derecho— como por vía de excepción —cuando lo único que se persigue es la desestimación de la demanda pero sin intención de anular el derecho— (STJCE de 13 julio 2006, C-4/03 «GAT»). Si la cuestión se presenta a título incidental como defensa contra una acción por infracción, el juez que está conociendo de esta —si no es a su vez el juez del Estado de registro— deberá declararse incompetente para conocer acerca de la validez del derecho. De acuerdo con la regla general relativa a las competencias exclusivas el artículo 24.4 debe interpretarse de manera restrictiva. Así, por ejemplo, la STJUE 5 octubre 2017, C-341/16, «Hanssen Beleggingen» indica que la disposición no se aplica a los litigios que tienen por objeto determinar si una persona ha sido inscrita de forma justificada como titular de una marca.

b. Si se trata de una *acción por infracción de un derecho de propiedad industrial o intelectual* resultan aplicables las normas generales. La demanda puede presentarse ante los tribunales del Estado miembro donde está domiciliado el demandado (artículo 4, artículo 2 CL) o ante los tribunales donde se ha producido la infracción o donde existe el peligro de que se produzca, o *forum delicti commissi* (artículo 7.2, artículo 5.3 CL).

En relación con estos foros, reviste gran importancia la interpretación otorgada por el TJUE a esta última disposición en las sentencias de 19 abril 2012, C-523/10, «Wintersteiger», de 3 abril 2014, C-387/12, «Hi Hotel», 22 enero 2015, C-441/13, «Hedjuk», de 3 octubre 2013, C-170/12, «Pinckney», y de 21 diciembre 2016, C-618/15, «Concurrence». De acuerdo con esta jurisprudencia cuando la infracción se produce en una pluralidad de Estados, los tribunales de cada uno de esos Estados solo podrán conocer de los daños verificados en el territorio de

ese Estado («daños locales»). Si se pretende demandar por la globalidad de los daños deberá hacerse ante los tribunales del Estado miembro de domicilio del demandado. La razón para sostener esta interpretación reside en el principio de territorialidad: un derecho de propiedad industrial solo puede ser infringido en el Estado en el que ha sido concedido. Por ello, una infracción de un derecho de propiedad industrial o intelectual que despliega efectos en multitud de Estados constituye, en realidad, una pluralidad de infracciones de derechos. El artículo 7.2 solo permite demandar ante cada uno de los países donde se han verificado estas infracciones por los daños sufridos en dicho país. Así, por ejemplo, una empresa domiciliada en España infringe una marca que una empresa francesa tiene registrada en Francia, España, Italia y Portugal. La empresa española puede ser demandada en España (artículo 4), por los daños derivados de la infracción en los cuatro Estados. Alternativamente se puede demandar a la empresa española en Francia, Italia o Portugal por los daños ocasionados en cada uno de esos países (artículo 7.2).

Hay ocasiones en las que una infracción de derechos de propiedad industrial o intelectual se lleva a cabo por una misma empresa o por una pluralidad de empresas pertenecientes a un mismo grupo en una pluralidad de Estados. En principio, la demanda por los daños globales podría presentarse ante cualquiera de los tribunales de los Estados miembros donde está domiciliado cualquiera de los demandados pues así lo autoriza el artículo 8.1 R. Bruselas I (artículo 6.1 CL). Ahora bien, todos los demandados han debido participar en cada una de las infracciones. Si, en realidad lo que ha ocurrido es que cada demandado ha violado el derecho de propiedad industrial en un Estado diferente, el artículo 8.1 no resultará aplicable puesto que no existe peligro de resoluciones inconciliables si las demandas fueran conocidas separadamente. Ello es debido a que no existe identidad entre los supuestos de hecho —son infracciones cometidas en diferentes Estados— y los fundamentos jurídicos —las demandas se fundamentan en leyes diferentes—. Así lo ha sostenido el TJUE en su sentencia de 13 julio 2006, C-539/03 «*Roche*». Esta jurisprudencia conlleva graves problemas, sobre todo en patente

europea, puesto que implica la necesidad de litigar país por país, lo que genera muchos costes para el titular de los derechos y provoca que el sistema devenga ineficiente. En la STJUE de 1 diciembre 2011, «*Painem*», el tribunal parece abandonar su postura radical: si se trata de infracciones de derechos de autor cometidas en una pluralidad de Estados, si las leyes aplicables están armonizadas por una directiva, puede entenderse que existe identidad en el supuesto de hecho y de los fundamentos jurídicos. En cualquier caso, sería necesario demostrar una vinculación estrecha entre los demandados.

Así, por ejemplo, una empresa farmacéutica holandesa tiene filiales en España, Francia y Alemania. Las empresas empiezan a distribuir un nuevo medicamento que infringe una patente europea que una empresa alemana tiene concedida para España, Francia y Alemania. ¿Puede demandarse a la empresa holandesa por las infracciones de derechos? No, puesto que las infracciones las llevan a cabo las filiales. ¿Puede demandarse a las filiales en un mismo Estado por todas las infracciones? No puesto que el artículo 8.1 exige que las demandas estén relacionadas hasta el punto de poder provocar resoluciones inconciliables si no se conocen de manera conjunta. No es el caso, pues debido al principio de territorialidad, la patente infringida no es la misma: en España se puede decir que la patente no se ha infringido, y en Francia decir lo contrario. Por lo tanto, es imposible utilizar el artículo 8.1. La empresa alemana no tiene más remedio que demandar a cada filial en su domicilio (artículo 4), circunstancia que eleva los costes de defensa de los derechos.

En aquellos casos en los que el demandado está domiciliado fuera de la Unión Europea, los tribunales españoles determinarán su competencia en atención al *forum delicti commissi* recogido en el artículo 22. *quinquies* b) LOPJ. Dicho foro de competencia debe interpretarse de acuerdo con los criterios expuestos en relación con el artículo 7.2 R. Bruselas I (Auto AP Barcelona 32/2015 de 12 marzo 2015).

Por último, en las infracciones de derechos de propiedad industrial o intelectual verificadas en Internet, a la hora de aplicar el *forum delicti commissi* —ya sea el del artículo 7.2 R. Bruselas I, artículo 5.3 CL o del 22.*quinquies* b) LOPJ— para establecer la competencia de los tribunales de un determinado Estado tan solo es necesario demostrar que el derecho de propiedad industrial o intelectual está protegido en ese país y que el sitio web es accesible desde el mismo (SSTJUE de 19 abril 2012, C-523/09, «Wintersteiger», de 3 octubre 2013, C-170/12, «Pinckney», de 22 enero 2015, C-441/13, «Hejduk»). En cualquiera de los dos casos, la competencia del tribunal estará limitada a los daños producidos en ese Estado. Los dos siguientes ejemplos pueden servir para explicar las implicaciones de esta jurisprudencia.

Un músico inglés residente en Francia descubre que dos sitios webs británicos está comercializando dos discos que había grabado en los años setenta sin su autorización. También descubre que los CDs era fabricados por una empresa austriaca. El músico demanda a la empresa austriaca. Los tribunales franceses se declaran competentes como *forum delicti commissi* por el simple hecho de que los sitios web donde se comercializan los discos son accesibles desde Francia. Resulta irrelevante si alguien ha comprado discos o no (STJUE 3 octubre 2013, C-170/12, «Pinckney»). Atención, el ejemplo es anterior a la salida del Reino Unido de la Unión Europea.

Una diseñadora española residente en Barcelona demanda a una empresa pública qatarí por la infracción de sus derechos morales de autor sobre el modelo de farola denominado «Latina». En particular la demandante alega que las farolas instaladas por la sociedad qatarí en la avenida principal de la ciudad de Doha son una réplica no autorizada de su modelo de farola. Cómo además las réplicas presentan algunos defectos no iluminan lo que deberían y están causando accidentes. La demandante entiende que se están violando sus derechos morales como autora del modelo de farola. La demanda la presenta ante los tribunales de Barcelona. Si bien es cierto que la infracción tiene lugar en Qatar, los tribuna-

les se declaran competente. La razón para ello es que se entiende que los derechos morales son equiparables a los derechos de la personalidad y, por lo tanto, debe atenderse a la jurisprudencia «eDate advertising» y no a la que viene estableciendo el TJUE en «Pickney». Además, tratándose de derechos morales el lugar donde se manifiesta el daño es aquel donde la autora ha desarrollado el proceso creativo (Auto AP Barcelona 32/2015 de 12 marzo).

4.1. *Los derechos de propiedad industrial unitarios*

En materia de derechos de propiedad industrial unitarios, los Reglamentos de marca UE y de diseño comunitario imponen la obligación a los Estados miembros de crear un número limitado de tribunales de marca y de diseño comunitario dentro de sus sistemas jurisdiccionales (artículo 123 R 2017/1001 y 80 R. 6/2002). En España estos tribunales se encuentran en Alicante.

Para impugnar la validez de una marca o de un diseño comunitario debe acudir a la EUIPO o, si la cuestión de validez se presenta como reconvencción o como contestación a una demanda por infracción, la reclamación podrá presentarse ante los tribunales de marca o diseño comunitarios que estén conociendo de una acción por infracción en atención a los artículos 124 y 81.

Para los litigios establecidos en el artículo 124 y 81 —acción por violación, comprobación de inexistencia de violación, reconvencción por nulidad— resultan competentes (artículos 125 y 82):

- a) Los tribunales elegidos expresa o tácitamente por las partes.
- b) En su defecto, los tribunales del Estado miembro donde esté domiciliado o posea su establecimiento el demandado. A los efectos de esta disposición, también se entiende por establecimiento las empresas filiales de matrices domiciliadas en terceros Estados (STJUE de 18 mayo 2017, C-617/15, «Hummel Holding»).

- c) En su defecto, los tribunales del Estado miembro donde esté domiciliado o posea su establecimiento el demandante.
- d) En su defecto, ante los tribunales del Estado miembro donde se encuentra la EUIPO (España).

Salvo en los supuestos de sumisión expresa o tácita, el demandante puede optar, alternativamente, por presentar la demanda ante los tribunales del lugar donde se ha producido el hecho dañoso. En relación con este foro, hay que realizar tres precisiones. En primer lugar, y en consonancia con la interpretación sostenida por el TJUE en relación con los derechos de propiedad industrial e intelectual de ámbito estatal, la competencia material de los tribunales del *forum delicti commissi* está limitada a los daños verificados en ese Estado (artículo 126 y 84). En segundo lugar, cuando los productos infractores son fabricados por una empresa domiciliada en un Estado miembro pero son introducidos por otra empresa en otro Estado miembro, los tribunales de este último Estado no pueden declararse competentes por el *forum delicti commissi* para conocer de una demanda por infracción de marca UE contra la primera empresa (STJUE 5 junio 2014, C-360/12, «Coty Germany»). En tercer lugar, cuando una empresa ofrece mediante publicidad en un sitio web productos en infracción de marca UE a clientes domiciliados en otro Estado miembro, los tribunales de este segundo Estado se pueden declarar competentes de acuerdo con el *forum delicti commissi* en la medida en que se demuestre que la publicidad realizada en el sitio web va dirigida a potenciales clientes domiciliados en ese Estado miembro (STJUE de 5 September 2019, C-172/18, «AMS Neve»). En cuarto lugar, no resulta posible presentar acciones declarativas de ausencia de infracción ante los tribunales señalados por este foro (Arts. 126 y 84, y STJUE de 13 julio 2017, C-433/16, «BMW»)

Las reglas del R. Bruselas I —en particular los artículos 8.1 y 7.5— se pueden seguir aplicando, pero bajo las condiciones del artículo 122 y 79. En relación con la aplicación del artículo 8.1 debe citarse la STS 24/2017

de 10 de enero. La decisión versa sobre una demanda por infracción de diseño comunitario presentada por BMW (Alemania) contra Accacia (Italia) y Autohaus (España) ante los tribunales españoles. BMW sostenía que los tribunales españoles eran competentes para conocer de la demanda contra los codemandados por el artículo 8.1 R. Bruselas. La realidad era que Autohaus era un establecimiento comercial en España que vendía los productos de Accacia, pero no tenía ninguna otra vinculación con Accacia. Es decir, no existía una vinculación estrecha entre los codemandados. Por lo tanto, el TS entendió que el artículo 8.1 no podía resultar aplicable en este supuesto.

4.2. *Reflexiones a futuro*

De cara al futuro, habrá que tener en cuenta el sistema internacional de jurisdicción creado por el Acuerdo sobre el Tribunal Unificado de Patentes para los litigios en materia de patente europea y de patente unificada. Se trata de un sistema jurisdiccional formado por un único tribunal común a todos los Estados miembros contratantes, que consta de una primera instancia compuesta por distintas divisiones constituidas por los distintos Estados miembros contratantes; y por un tribunal de apelación que conocerá de recursos en unificación de doctrina. De esta manera se pretende facilitar la defensa de los derechos de patente europea por parte de los titulares y garantizar una interpretación uniforme de los reglamentos de la patente unitaria, de la CPE y del ATUP.

5. *Derecho aplicable. La lex loci protectionis*

A la hora de determinar la ley que debe aplicar un tribunal para conocer de una demanda por infracción de derechos de propiedad industrial e intelectual debe distinguirse, de nuevo, según se trate de una infracción de derechos de ámbito nacional o de ámbito europeo.

En el primer caso resulta aplicable el artículo 8.1 Reglamento Roma II, que en vista del carácter universal del Reglamento (artículo 2) ha dero-

gado por completo la norma que anteriormente regulaba la materia en nuestro DIPr de producción interna: el artículo 10.4 CC.

De acuerdo con el artículo 8.1 R. Roma II, la ley aplicable a la obligación extracontractual que se derive de estas infracciones es «la del país para cuyo territorio se reclama su protección». La norma de conflicto está basada en el principio de territorialidad: si cada Estado es libre de regular los derechos de propiedad intelectual en su territorio, es lógico que sea esa misma regulación la que determine si existe o no infracción de esos derechos.

Debe observarse que la norma designa como aplicable la ley del país *para cuyo territorio se reclama la protección* y no la ley del Estado *en el que se reclama la protección* por la infracción de derechos. Es importante recordar esta precisión puesto que el R. Bruselas I permite que la demanda se presente en un Estado distinto —por ejemplo, el del domicilio del demandado— a aquel donde se ha producido la infracción. País en el que se reclama y país para cuyo territorio se reclama la protección no tienen porqué coincidir.

En aquellos casos en los que un acto de infracción despliega efectos en una pluralidad de Estados —por ejemplo, en las infracciones cometidas mediante Internet— el juez competente está obligado a aplicar distributivamente la ley de cada uno de esos Estados. Por desgracia, el artículo 8.1 es una norma de conflicto «rígida» que no admite ningún tipo de interpretación que pudiera conducir a las infracciones plurilocalizadas se rigieran por una única ley. Así, por ejemplo, si una empresa domiciliada en España infringe una marca que una empresa francesa tiene registrada en Francia, España, Italia y Portugal, la empresa española puede ser demandada en España (artículo 4 R. Bruselas I), por los daños derivados de la infracción en los cuatro Estados. En tal caso, el tribunal español aplicará la ley de cada uno de los Estados para determinar los daños derivadas de la infracción en el territorio de dicho Estado (artículo 8.1 R. Roma II)

Cuando se trata de una infracción de derechos de propiedad industrial unitarios, en principio la ley aplicable es el Reglamento que regula el derecho en cuestión. Ahora bien, existen ciertos aspectos que no están regulados por dichos Reglamentos: las acciones contra la infracción de los derechos, las sanciones a estos o los criterios para determinar las indemnizaciones a su infracción. Para regular estos aspectos debe acudir a la ley de «la ley del país en el que se haya cometido la infracción» (artículo 8.2 R. Roma II).

Cuando la infracción se ha cometido en una pluralidad de Estados miembro como consecuencia, por ejemplo, de la utilización de un medio de comunicación a distancia como Internet, el TJUE ha interpretado que el artículo 8.2 designa como aplicable la ley del país en el que se encuentra el lugar en el que se ha producido el hecho generador del daño. Para determinar este lugar debe apreciarse de manera global el comportamiento de dicho demandado, a efectos de determinar el lugar en el que este cometió o pudo cometer el acto de infracción inicial, que está en el origen del comportamiento reprochado (STJUE de 27 septiembre 2017, C-24/16 y C-25/16, «Nintendo»).

*Autor: Aurelio López-Tarruella
(Profesor titular de Derecho Internacional Privado,
Universidad de Alicante)*

PROTECCIÓN DE DATOS

La protección de la intimidad y el secreto de las comunicaciones son derechos constitucionalmente reconocidos, cuya relevancia nadie pone en duda. Se encuentran entre los considerados «derechos fundamentales», en relación con los que el artículo 10.1 de nuestra CE señala que «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social»; y, en

este contexto, el artículo 18.4 de la CE establece que «la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos».

Pues bien, la protección de la intimidad y de los derechos a ella ligados plantea retos cada vez más novedosos, en la medida en que las nuevas tecnologías de la información permiten no solo nuevas formas de comunicación, sino también, paralelamente, más modos de interceptar las comunicaciones; provocando la reacción del Derecho ante estos retos planteados por las nuevas tecnologías.

Eso sí, no debemos confundir intimidad con privacidad, ya que nos encontramos ante conceptos distintos, que cubren campos semánticos en parte coincidentes, pero solo en parte. El concepto de privacidad es mucho más amplio que el de intimidad, de forma que la vida privada abarca a la intimidad, y el derecho a la intimidad se configura como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad, y que deriva de la dignidad de la persona e implica necesariamente la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario conforme a las pautas de nuestra conducta, para mantener una calidad mínima de la vida humana.

El derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal es un derecho individual, independiente del derecho al honor y a la intimidad familiar y personal, al domicilio y a las comunicaciones; se trata de un derecho de los denominados de «tercera generación», con caracteres propios, que no se presenta ya como instrumental del resto de derechos, sino como un derecho independiente, cuyo límite se encuentra, precisamente, en el juego del resto de derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos.

No solo el TJUE se ha preocupado por definir qué se entiende por protección de datos de carácter personal, y por consolidar la protección del derecho fundamental a la protección de datos. El TC también ha optado

por cierto activismo judicial, por una posición hipergarantista y rígida, y por la construcción jurisprudencial *ex novo* del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal. El derecho fundamental a la protección de datos ha ido madurando, paulatinamente, a la luz del TC, gracias a SSTC tales como la 254/1993, de 20 de julio; 143/1994, de 9 de mayo; 11/1998, de 13 de enero; 144/1999, de 22 de julio; 202/1999, de 8 de noviembre; y, sobre todo, 290/2000, de 30 de noviembre; y, 292/2000, de 30 de noviembre; «un derecho fundamental cuya fundamentación real no debiera haber sido otra que la garantía de la personalidad y del ser humano que contiene el artículo 10.1 [de la] CE». Así, la construcción del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal se ha realizado en buena medida gracias a la STC 292/2000, de 30 de noviembre de 2000, fruto de la interposición de un recurso de inconstitucionalidad por parte del Defensor del Pueblo contra los incisos 21.1 y 24.1 y 2 de la LOPD, al entender que se vulneraban los derechos contenidos en los artículos 18.1 y 4 y 53.1 de la CE. De la referida STC 292/2000 podemos extraer las siguientes ideas:

a) Si la función del derecho fundamental a la intimidad del artículo 18.1 de la CE es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad, señaló el TC que, en cambio:

[...] el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado [...] En fin, el derecho a la intimidad permite excluir ciertos datos de una persona del conocimiento ajeno, por esta razón, es decir, el poder de resguardar su vida privada de una publicidad no querida. El derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición sobre esos datos.

b) Por tanto:

[...] de ahí la singularidad del derecho a la protección de datos, pues, por un lado, su objeto es más amplio que el del derecho a la intimidad, ya que extiende su garantía no solo a la intimidad en su dimensión constitucionalmente protegida por el artículo 18.1 de la CE; además, amplía la garantía constitucional a aquellos de esos datos que sean relevantes para que tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar o cualquier otro bien constitucionalmente amparado y, por otro lado, el derecho a la protección de datos confiere a su titular un haz de facultades consistente en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos, que no se contienen en el derecho fundamental a la intimidad, y que sirven para garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales.

c) Así:

[...] el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal no se reduce solo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea íntimo o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es solo la intimidad individual, que para ello está la protección que el artículo 18.1 de la CE otorga, sino los datos de carácter personal.

d) De esta forma:

[...] son elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos. Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y, el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos y qué destino han tenido,

lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele.

El derecho a la protección de datos —como manifestación del derecho a la intimidad—, que engloba el derecho a conocer quién almacena nuestros datos y con qué finalidad, y los derechos a acceder, rectificar, oponernos y cancelar aquellos de nuestros datos que hemos permitido sean tratados, es el derecho de toda persona al control y disposición sobre sus datos personales, que deberá protegerse por los poderes públicos; y, asimismo, impone a terceros la realización de cuantos comportamientos sean necesarios para no invalidarlos. Este derecho a la protección de datos, al que algunos autores prefieren denominar «derecho fundamental de la libertad informática», ha sido considerado como derecho fundamental superior al contenido del mencionado artículo 18.4 de la CE.

En este momento, se hace necesario delimitar ¿a qué nos referimos cuando hablamos de datos de carácter personal? Pues bien, de acuerdo con el artículo 3.a) de la LOPD, por «dato de carácter personal» debemos entender «cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables». Más explícito es el artículo 1 del RMS, al disponer que son datos de carácter personal «toda información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo, susceptible de recogida, registro, tratamiento o transmisión concerniente a una persona física identificada o identificable»; o, la propia Directiva 95/46/CE al concretar, en su artículo 2.a) que:

[...] se considerará identificable toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un número de identificación o uno o varios elementos específicos, característicos de su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social.

Por tanto, cualquier dato puede convertirse en «dato de carácter personal» por el simple hecho de que mediante la aplicación de ciertas técnicas, automatizadas o no, pueda llegar a ser susceptible de identificar a una persona física concreta, alcanzando no solo a los datos relativos a la

vida privada o íntima de la persona, sino también a aquellos otros datos que identifiquen o permitan identificar a una persona, con el fin de elaborar su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que suponga una amenaza para el individuo (SSTC 202/1999, de 8 de noviembre de 1999 y 292/2000, de 30 de noviembre de 2000).

Este amplio concepto, permite incluir como datos de carácter personal el DNI o NIF, los números de la Seguridad Social o de la mutualidad, el nombre y apellidos, la dirección, el teléfono, el lugar y la fecha de nacimiento, el sexo, el *e-mail*, la dirección IP, el pulso cardiológico, o la nacionalidad. Ahora bien, no se incluyen en este concepto los datos referidos a personas jurídicas, ya que el objeto de protección es la intimidad y el honor de las personas físicas.

Si tuviéramos que dar una clasificación de los datos de carácter personal, sin duda, el criterio a utilizar sería el de la confidencialidad, esto es, el mayor o menor grado de secreto que tengan los datos asociados por su propia naturaleza. De esta forma, podemos distinguir los «datos públicos» —aquellos datos personales que son conocidos por un número cuantioso de personas sin que el titular pueda saber la fuente ni pueda impedir su difusión, siendo la conciencia social favorable a su difusión (p. ej. el nombre, apellidos, *e-mail* y teléfono de los profesores de una universidad, a los que se pueden acceder libremente desde el directorio que figura en la página web de la propia universidad)— de los «datos privados» —aquellos datos personales que son cedidos bajo el consentimiento de su titular, siendo la conciencia social favorable a su privacidad (p. ej. los datos relativos a la ideología política o a la salud de una persona física)—, y estos últimos pueden ser, dependiendo de la mayor o menor confidencialidad a los que se les somete, «íntimos» —aquellos datos que quedan en la esfera privada del particular protegidos de toda difusión, salvo cuando por, mandato legal, deben ser cedidos (p. ej. los datos personales necesarios para cumplimentar la solicitud de una ayuda oficial o para la renovación del DNI)— y «secretos» o «sensibles»

—datos personales que solo pueden ser cedidos en casos excepcionales, tasados en la Ley (p. ej. si se ha padecido alguna enfermedad contagiosa)—.

En todo caso, la utilización de los datos de carácter personal para fines distintos para los que fueron cedidos o su uso, sin mediar el consentimiento real o efectivo, conllevará situaciones en las que el titular de los mismos vea amenazada su vida privada; esto es, en definitiva, la violación del derecho a la protección de datos del cual es titular.

*Autor: Alfonso Ortega Giménez
(Profesor titular de Derecho Internacional Privado,
Universidad Miguel Hernández de Elche, Alicante)*

PROTECCIÓN DE LA PARTE DÉBIL EN LOS CONTRATOS ESPECIALES

1. Introducción

Los contratos internacionales, al conectarse con múltiples países con ordenamientos jurídicos distintos, suscitan una suerte de incertidumbre jurídica respecto a la ley aplicable a los mismos, que debe ser aclarada por el DIPr para que los contratantes tengan certeza sobre las normas que enmarcan el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Es, pues, el DIPr el llamado a determinar cuál es el régimen jurídico que regula el contrato internacional, es decir, cuál es el Derecho que regula el fondo de las relaciones contractuales —*lex contractus*— brindando predictibilidad y seguridad jurídica a las relaciones de tráfico externo.

Hoy la autonomía de la voluntad de las partes —autonomía conflictual— es el factor de conexión principal para determinar la ley aplicable a los contratos internacionales. Sin embargo, dicha autonomía tiene dis-

tinto alcance, matiz y reconocimiento, dependiendo de las normas de DIPr de cada país y también de los tipos de contratos.

El DIPr se enfrenta hoy a nuevos desafíos, uno de los cuales consiste en determinar cuál es la ley aplicable al contrato y los límites de la ley elegida por las partes contratantes cuando estas no se hallan en situación de igualdad. Este tema refiere al caso de cierto tipo de contratos especiales como los de trabajo y de consumo, donde se presume que hay una parte débil de la relación que es necesario proteger. Todos los días cantidad de empresas, empresarios o profesionales entablan un sin número de relaciones contractuales con partes (p. ej. consumidores y trabajadores) que no disponen del mismo poder de negociación (*bargaining power*), dada la superioridad socioeconómica de una de las partes respecto de la otra. Como consecuencia de esta desigual situación de los contratantes la «libertad de elección» de la ley podría ser utilizada en perjuicio de la parte contractual más débil.

Muchos de los referidos contratos son en realidad meros contratos por adhesión, donde la intervención de la parte más débil se reduce, en la generalidad de los casos, a la facultad de asentir, sin oportunidad de introducir modificaciones de relieve, o abstenerse de contratar. Y, entre las cláusulas del contrato a las que normalmente se somete, figura precisamente la «cláusula de elección de la ley», de modo que, usualmente, la «ley elegida» no es más que la «ley impuesta» al consumidor o trabajador. Si esto se permitiera, concluye Calvo Caravaca, la justicia contractual saldría malparada.

Ello ha llevado a cuestionar e incluso a descartar la voluntad como factor de conexión principal a través de normas de conflicto especiales, y a condicionar su participación a no privar a la parte débil del contrato de la protección que le aseguran las conexiones objetivas imperativas establecidas por el legislador, tales como el lugar donde el trabajador realiza habitualmente su trabajo, para los contratos laborales y el de la residencia habitual del consumidor, para los de consumo.

Por tanto, si bien en pleno siglo XXI, la posición que prima en materia contractual es la admisión de la autonomía de la voluntad, ya que las partes pueden elegir la ley aplicable y el foro competente, no se puede negar que dicha voluntad nunca es irrestricta y que está delimitada de forma más o menos estricta por las diversas normas y principios imperantes en los Estados. Entre las normas limitativas se puede distinguir: 1) aquellas cuya finalidad es «garantizar los principios de orden público y derechos e intereses fundamentales de todas las personas y del Estado», con base en un determinado modelo social y económico (legislación económica, por ejemplo, leyes contra las prácticas restrictivas de la competencia y leyes fiscales); y 2) aquellas cuyo objeto principal es la de «proteger a la parte más débil en determinados contratos», por ejemplo, los de consumo y trabajo.

2. La Protección de la parte débil y su impacto en los alcances de la voluntad en el Derecho internacional privado convencional de los contratos

Inclusive los autores partidarios de la autonomía de la voluntad reconocen la necesidad de que ambas partes del contrato gocen de un poder de negociación igualmente fuerte; y convienen que, a falta de esta premisa, la autonomía es un instrumento peligroso en manos de una empresa que negocie con un consumidor o con un empleado más débil. En este contexto, la autonomía conflictual de las partes pierde todo su sentido, como en la autonomía de Derecho material, cuando permite el abuso del débil por la parte fuerte, por lo que su limitación se presenta como el medio principal de eliminación de esta desigualdad.

También es importante resaltar que la problemática de «parte débil» versus «parte fuerte» en una relación contractual, rebasa el ámbito de los cuestionamientos a la autonomía de la voluntad en los contratos individuales de trabajo y de consumo. Es el caso, por ejemplo, de los contratos de transporte, de seguro, y el de los contratos de financiamiento internacional entre países desarrollados y subdesarrollados, donde el problema alcanza niveles y dimensiones mucho mayores.

En este marco, el DIPr crea nuevas normas de conflicto especiales que tienen como función actuar como herramientas de «protección de la parte más débil de la relación» en cierto tipo de contratos donde se presume que las partes están en situación de desigualdad y tienen por tanto disímil poder de negociación. A través de estas normas de conflicto, se imponen restricciones al principio de la autonomía de la voluntad, limitándose el poder de elección de la ley aplicable por las partes contratantes.

La característica medular de las normas especiales antes referidas es que la conexión objetiva destrona a la voluntad como conexión principal, salvo cuando la ley elegida hubiere recaído en una ley más favorable a la parte débil. Para dicho efecto, el juez deberá realizar una comparación de normas, entre la elegida por las partes y las establecidas por las conexiones imperativas. Diversos cuerpos legislativos modernos, tales como el Convenio de Roma de 1980 sobre «Ley aplicable a los contratos internacionales» (artículos 5 y 6), el Reglamento Roma I de 2008 que lo sustituye (artículos 6 y 8) y otras normas modernas de DIPr, como la Ley Japonesa 78/2006 (artículos 11 y 12), contienen normas de conflicto especiales para los contratos de trabajo y de venta a consumidores, para contrarrestar el riesgo de que el empleador y el empresario, respectivamente, impongan la ley aplicable. Asimismo, el nuevo título de DIPr del Código Civil argentino (vigente desde agosto de 2015), dispone (artículo 2651) que no se aplica a los contratos de consumo la facultad otorgada a las partes para determinar la ley rectora de su contrato. En el mismo sentido, los Principios de La Haya sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales de 2015, que consagran la autonomía de la voluntad (comentados en la voz correspondiente al tema), en su Principio 1 excluyen de su ámbito de aplicación a los contratos de consumo y a los de trabajo.

El cuestionamiento de la autonomía de la voluntad que hace el DIPr frente a este tipo de contratos, encuentra cimiento en la voluntad del legislador nacional de contrarrestar la desigualdad de una de las partes

del contrato en beneficio de la parte más débil, en el entendido que este tipo de contrato no es el resultado de un concurso de dos voluntades igualmente libres. Por ello, en aras de proteger a la parte débil de la relación contractual, se provoca un rompimiento de la neutralidad característica de la norma de conflicto.

En este sentido, tratándose de cierto tipo de contratos, como los de trabajo y de consumo, a través de la norma de conflicto especial, se prevé la aplicación de leyes protectoras, las mismas que son normas objetiva e imperativamente aplicables, limitando y hasta dejando de lado la norma de conflicto general y, por tanto, la elección realizada por las partes respecto a la ley aplicable a su contrato. No obstante, la imperatividad de estas disposiciones es relativa, porque cuando la elección de las partes hubiera recaído en una ley más favorable al contratante más débil de la relación contractual, esta será respetada y aplicada, con lo cual el factor de conexión de la voluntad de las partes, en tanto favorece a la parte más débil, primará sobre el factor de conexión objetivo previsto por el legislador.

Las dos últimas décadas del siglo pasado han sido vitales en la consagración de este nuevo tipo de normas de conflicto especiales. Esfuerzo que, como señalamos anteriormente, fue plasmado de manera importante en el Convenio de Roma de 1980 (artículo 5 y ss.), y luego replicado en el Reglamento Roma I de 2008 (artículo 6 y ss.); y también en normas de fuente nacional, como La Ley Japonesa de DIPr 78/2006. A través de normas de conflicto especiales, dichos cuerpos normativos adoptan conexiones objetivas imperativas, como lugar de realización habitual de labores en los contratos de trabajo o lugar de residencia habitual del consumidor en los contratos de consumo, con el único propósito de proteger a la parte débil de la relación contractual.

3. La atipicidad de la norma de conflicto especialmente protectora de la parte débil

Durante los años ochenta y noventa del siglo xx, el método conflictual se consagró no solo como nuevo instrumento de defensa de la parte débil de la relación contractual, sino también como nueva herramienta de cuestionamiento de la autonomía de la voluntad de las partes, llamado «intrínseco» por provenir del método característico y típico del DIPr que se conoce como «conflictual». Ello marcó el nacimiento de un nuevo tipo de normas de conflicto que abandonan su típica neutralidad para proteger a la parte más frágil de la relación contractual y nivelar, de alguna manera, la situación de desigualdad de las partes en cierto tipo de contratos.

3.1. La norma de conflicto especial y el quiebre de la neutralidad de la norma conflictual

La consecución de un objetivo de política legislativa de protección de la parte débil, vía la norma de conflicto especial «más favorable», quiebra la neutralidad característica de la norma de conflicto. Como bien señalaba el profesor francés Pommier, la norma de conflicto especial proyecta en el conflicto de leyes el principio de Derecho interno del orden público social: la protección del trabajador y del consumidor, la misma que será garantizada en DIPr como lo es en Derecho interno.

En otras palabras, en presencia de una elección de las partes respecto a la ley aplicable al contrato, la neutralidad de la norma de conflicto especial en relación con el fondo del asunto litigioso se ve socavada por la voluntad de los legisladores de proteger a la parte débil del contrato, haciendo que este se beneficie de la ley que el juzgador considere más favorable entre las dos que tienen vocación de ser aplicadas, de modo tal que la norma sustantiva influencia la norma de conflicto; ello implica la derogación del dogma de la regla de conflicto neutra, y supone para el juzgador una imprescindible tarea de comparación de normas.

3.2. *Caracteres atípicos de la norma de conflicto: la conexión subsidiaria de la voluntad frente a las normas de conflicto protectoras de la parte débil*

Las disposiciones imperativas (conexión objetiva) someten a la voluntad (conexión subsidiaria subjetiva) a un estado de dependencia. Ello implica que la conexión objetiva —por ejemplo, el lugar donde el trabajador desarrolla habitualmente su trabajo o el de la residencia habitual del consumidor— destrona a la voluntad de su función de conexión principal y condiciona su aplicación a que la ley elegida sea más ventajosa a la parte débil de la relación —por ejemplo, al trabajador o consumidor—.

En síntesis, en el DIPr de los contratos la interferencia de la norma de conflicto protectora respecto a la voluntad de las partes tiene dos características esenciales:

- i. Se relativiza la autonomía de la voluntad como factor de conexión principal, ya que su participación está condicionada a que no prive a la parte débil de la protección que le aseguran las disposiciones imperativas de la ley aplicable, las cuales operarían en defecto de elección (en su calidad de conexión objetiva).
- ii. Aun cuando, los factores de conexión objetivos operan imperativamente para garantizar la protección de la parte débil del contrato, su naturaleza no es absolutamente imperativa. Ello se debe a que el factor de conexión subsidiario (la voluntad de las partes) permite derogar el factor de conexión principal (objetivo) cuando la elección de las partes ha recaído en una ley más favorable a la parte débil.

3.3. *Determinación de la «ley más favorable» y la necesaria tarea comparativa*

El procedimiento supone contrastar el contenido de la ley objetivamente competente (la normalmente aplicable en ausencia de elección de las partes) con aquel de la ley elegida por los contratantes, para darle com-

petencia a aquella ley que proteja mejor a la parte débil de la relación. La tarea comparativa que deben hacer los juzgadores confiere, por un lado, una cierta flexibilidad al sistema de DIPr convencional, pero agrega, por el otro, una cuota de imprevisibilidad a las decisiones judiciales.

Ahora bien, como señalan los internacionalistas, la comparación deberá ser analítica y no cláusula por cláusula y deberá hacerse de forma que se respete la coherencia interna de las respectivas regulaciones. Por ello, el paralelo no debe hacerse tomando normas de uno y otro Derecho aisladamente consideradas, sino conforme a criterios sistemáticos, en cuanto integradas en institutos o regulativos análogos. Así, por ejemplo, en el caso del contrato de trabajo, se tratará de una comparación por «institutos», esto es, vacaciones, terminación del contrato, derechos en caso de enfermedad, entre otros; y la valoración deberá hacerse de acuerdo al interés individual del trabajador. Deberá elegirse, por tanto, aquella ley que respete mejor la pretensión particular del trabajador en cada caso.

4. Alternativas de protección de la «parte débil» de la relación cuando no existen normas de conflicto especiales protectoras

Muchos cuerpos normativos, no solo de fuente internacional (como la CIDIP V de 1994), sino también de fuente interna (como el Código Civil peruano de 1984), aún no han consagrado normas de conflicto especiales protectoras de ciertos grupos, como los casos ya citados de trabajadores y consumidores, que se presume están en situación de desigualdad al momento de contratar y determinar la ley aplicable a su contrato. En estos supuestos, la alternativa de protección será aplicar las normas del foro de defensa al consumidor y al trabajador o la norma del Estado que tenga una vinculación más estrecha con el contrato, que el juzgador considera de aplicación necesaria e inmediata al caso concreto para cautelar derechos fundamentales e irrenunciables. Se trata de las denominadas normas de policía, orden público o internacionalmente imperativas, a las cuales nos hemos referido de manera particular en la sección donde tratamos el tema del orden público internacional en la contratación inter-

nacional, las cuales interfieren en cualquier situación donde se vulneren principios y derechos que el foro considera fundamentales, como es el caso de las normas laborales que prevén el derecho irrenunciable al descanso vacacional de todo trabajador o trabajadora.

6. Conclusiones

Hoy, para garantizar una mayor y debida protección a la parte catalogada como «débil» en una relación contractual, en contraste con la considerada parte «fuerte», que podría haberle «impuesto» la aplicación de una ley determinada, bajo la careta del «libre ejercicio» de la autonomía de la voluntad conflictual, el DIPr trabaja con dos métodos normativos y con dos tipos de normas:

| | |
|---|--|
| <p>EL MÉTODO CONFLICTUAL/DEL CONFLICTO DE LEYES QUE BRINDA UNA «PROTECCIÓN CONFLICTUAL» A TRAVÉS DE LA NORMAS DE CONFLICTO</p> | <p>EL MÉTODO AUTOLIMITATIVO/EXCLUSIVISTA QUE BRINDA UNA «PROTECCIÓN SUSTANCIAL» A TRAVÉS DE LAS NORMAS DE POLICÍA/ORDEN PÚBLICO</p> |
| <p>Este protege a ciertas categorías sociales consideradas parte débil de la relación contractual, que el Derecho considera están en situación de desigualdad frente a otra parte considerada más fuerte, mediante la creación de nuevas normas de conflicto especiales cuyo único fin es sumarse a la tarea de</p> | <p>Este protege todos los principios e intereses considerados fundamentales por el foro (y no solo ciertas categorías sociales consideradas parte débil de la relación), mediante la aplicación de normas de policía u orden público en DIPr, consideradas internacionalmente imperativas y de aplicación necesaria e inmediata por los derechos</p> |

| | |
|--|--|
| <p>protección de la parte con inferior poder de negociación. Su intervención condiciona la aplicación de la ley elegida por las partes a que esta sea más favorable a la parte débil de la relación.</p> | <p>irrenunciables que consagran. Su intervención excluye la aplicación de la ley elegida por las partes.</p> |
|--|--|

*Autoras: María Antonieta Delgado Menéndez
María del Carmen Delgado Menéndez,
(Profesoras de Derecho Internacional Privado,
Pontificia Universidad Católica del Perú)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CALVO CARAVACA, Alfonso Luis. (2009). «El Reglamento Roma I sobre la Ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas». *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 1, n.º 2, pp. 52-133; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y DELGADO MENÉNDEZ, María del Carmen. (2019). «Alcances y limitaciones de la autonomía de la voluntad en la contratación internacional del siglo XXI: una mirada desde el Derecho internacional privado peruano». En *Cambios y transformaciones en el Derecho Internacional en el siglo XXI. Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario* (pp. 81-109), Lima: PUCP, Facultad de Derecho; DELGADO BARRETO, César. (2019). «Autonomía de la voluntad contractual y métodos de protección de la parte débil en Derecho internacional privado». En *Cambios y transformaciones en el Derecho internacional en el siglo XXI. Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario* (pp. 63-80), Lima: PUCP, Facultad de Derecho; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta. (2017). *Autonomía de la voluntad, ley del contrato y normas internacionalmente imperativas. La ley peruana a la luz de las tendencias del Derecho internacional privado contemporáneo*. Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, vol. 44; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y PEJNOVIC DELGADO, Milan. (2018). «Lex contractus». En COLLANTES, J. L. (dir.). *Enciclopedia del*

arbitraje. Segunda parte (pp. 116-121). Lima: Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, vol. 48; DELGADO BARRETO, César, DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta y CANDELA SÁNCHEZ, César Lincoln. *Introducción al Derecho internacional privado. Tomo I. Conflicto de Leyes - Parte General*. Lima: Ed. Fondo Editorial de la PUCP, 2008; DELGADO BARRETO, César; DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta & CANDELA SÁNCHEZ, César Lincoln. (2015). *Introducción al Derecho internacional privado Tomo III. Conflicto de jurisdicciones, arbitraje internacional y sujetos de las relaciones privadas internacionales*. Ed. Fondo Editorial PUCP, Lima; DELGADO BARRETO, César y DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta. (2011). «El arbitraje comercial internacional y el orden público. Incidencia del orden público en la decisión arbitral». En *Libro de homenaje a Fernando Vidal Ramírez*. Ed. Palestra Jurídica, Lima; DELGADO BARRETO, César; y DELGADO MENÉNDEZ, María Antonieta. (2008). «Límites a la autonomía de la voluntad en la contratación internacional». En *Libro de homenaje al doctor Felipe Osterling Parodi*, tomo III, capítulo XXV, Lima: Ed. Palestra Editores; RADICATI DI BROZOLO, Luca G. (2005). «Arbitrage Commercial International et Lois de Police. Considérations sur les conflits de juridictions dans le commerce International». *Recueil de Cours*, tomo 315; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. (2009). *Textos de Derecho internacional privado*, en https://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&ved=0CEQQFjAD&url=http%3A%2F%2Fwww.mastersdip.es%2Flearning%2Ftemario%2F1%2FPILaw%2520Texts%2520002%2520-%2520Ley%2520aplicable%2520contratos.doc&ei=mru6UbWxLarL0gHAK4GwCw&usq=AFQjCNE3VDV3S_i1TyAgnZzf5jMF4HIV-Q&sig2=3K40Y_jbxiBwFcsM4gsaaw; POMMIER, Jean-Christophe. (1992). *Principe D'Autonomie et Loi du Contrat en Droit International Privé Conventionnel. Collection Droit Civil. Serie: Etudes et Recherches*. París: Ed. Económica, pp. 172-177, 186-190.

REFERENCIAS NORMATIVAS: Principios de la Conferencia de La Haya de DIPr sobre la elección del Derecho aplicable en materia de

contratos comerciales internacionales de 2015.

<https://assets.hcch.net/docs/21356f80-f371-4769-af20-a5e70646554b.pdf>; Convención Interamericana sobre Derecho aplicable a los contratos internacionales (CIDIP V), México D. F.: 1994.

http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPV_convencioncontratosinternacionales.htm/; Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A41980A0934/>; Reglamento (CE) n.º 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2009, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales L177/6 (Reglamento Roma I de 2008) <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:ES:PDF/>; Ley Japonesa de DIPr sobre las Normas Generales de Aplicación de las Leyes 78/2006; Ley de arbitraje peruana (D.Leg. 1071/ 2008). Ley Argentina n.º 26.994 del 01/10/2014, promulgada el 07/10/2014 que aprueba el nuevo título de DIPr del CC. argentino (vigente desde agosto 2015).

VOCABLOS CONEXOS: Principios sobre la elección del Derecho aplicable en materia de contratos comerciales internacionales. Orden público internacional en la contratación internacional.

PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE ADULTOS

1. Introducción

Las normas de Derecho internacional privado sobre protección de adultos son aquellas que determinan la competencia judicial internacional, la ley aplicable, el reconocimiento de sentencias y la cooperación judicial internacional en relación con el establecimiento de medidas de protección para aquellas personas mayores de edad que, por una disminución o insuficiencia de sus facultades personales, no están en condiciones de

velar por sus intereses, y en cuya esfera aparecen elementos vinculados a más de un país.

Tradicionalmente, eran las normas de Derecho internacional privado a las que había que recurrir en relación con la determinación de la incapacidad y el establecimiento de un régimen de protección y el posterior funcionamiento de la tutela, curatela o instituciones análogas. Sin embargo, en los últimos años, la protección jurídica del adulto ha experimentado cambios sustanciales que han tenido su culminación en el artículo 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006. En él se recoge el compromiso de los Estados parte de reconocer que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. A continuación, señala que «los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica». Además, «asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el Derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas».

En 2014, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad realizó una Observación General en relación con el citado artículo en la que dejó claro que «el modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos implica pasar del paradigma de la adopción de deci-

siones sustitutiva a otro que se base en el apoyo para tomarlas». El Comité añadió, de forma todavía más clara, que «históricamente, las personas con discapacidad se han visto privadas en muchas esferas, de manera discriminatoria, de su derecho a la capacidad jurídica, en virtud de regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones, como la tutela, la curaduría y las leyes sobre la salud mental que permiten el tratamiento forzoso. Esas prácticas deben ser abolidas, a fin de que las personas con discapacidad recobren la plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás». Por lo tanto, el Comité exige el paso de un sistema de sustitución a un sistema de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica. El apoyo debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y nunca debe consistir en decidir por ellas. El término apoyo engloba arreglos oficiales y officiosos de distinto tipo e intensidad.

Dos conclusiones se pueden extraer. Por un lado, es de esperar que las medidas a las que se refiere este sector sean «apoyos» y salvaguardias para que esos apoyos funcionen de modo correcto. Por otro, las medidas que implican una restricción de la capacidad parecen no tener ya cabida. Aunque existe todavía un intenso debate sobre el alcance de este cambio, parece posible que algunos países consideren contrarias a su orden público medidas restrictivas de la capacidad o que vayan más allá del mero «apoyo» y sean realmente una sustitución de la voluntad del adulto.

Desde el punto de vista de las soluciones conflictuales, históricamente, había sido una materia vinculada al estatuto personal. Desde el punto de vista de la ley aplicable, muchos países subsumían la determinación de la incapacidad y las medidas de protección en la norma de conflicto relativa a la capacidad y al estado civil, conduciendo a la aplicación de la ley nacional del adulto.

Sin embargo, poco a poco, y principalmente a raíz del caso Boll —que, aunque referido a la protección de menores, también ha afectado a las normas de Derecho internacional privado sobre protección de adultos

(con las que siempre han guardado cierto paralelismo)— se ha tendido a buscar una unidad entre el *forum* y *ius*. Esto ha llevado a que muchas normas elijan como criterio de competencia y de ley aplicable el de la residencia habitual. En el mencionado caso, que hacía referencia a la aplicación del Convenio de La Haya de 1902 sobre protección de menores, se puso de manifiesto la inconveniencia de la ley nacional en un ámbito en el que la intervención de las autoridades públicas es constante.

2. *Panorama normativo*

Desde el punto de vista del Derecho internacional privado de origen convencional, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado elaboró en 1905 el Convenio sobre Incapacitación y otras Medidas de Protección Análogas. Este Convenio, fiel a su época, daba prioridad a las autoridades de la nacionalidad del adulto y a la ley nacional, aunque se admitían algunas excepciones. Era una época en la que la protección se llevaba a cabo, generalmente, en el ámbito de la familia. El Convenio alcanzó pocas ratificaciones y tuvo una escasa aplicación.

Recientemente, la Conferencia de La Haya adoptó un nuevo instrumento: el Convenio sobre Protección Internacional del adulto, de 13 de enero de 2000 (en adelante, CH/2000), más centrado en la determinación de la competencia judicial internacional y que trata de unificar el *forum* y el *ius*, dando prioridad al criterio de la residencia habitual. Posteriormente, nos referiremos con más detalle a este texto, que en 2020 contaba con 13 ratificaciones.

La protección del adulto es uno de los pocos sectores sobre los que todavía no existe normativa de la Unión Europea, aunque no han faltado propuestas para ello, alguna todavía sobre la mesa.

Desde el punto de vista del Derecho internacional privado autónomo, se observa un progresivo abandono de la tradicional regla genérica sobre capacidad y estado civil que vinculaba la materia a la ley nacional, hacia

normas más específicas y que optan por el criterio de la residencia habitual. El artículo 9.6 del Código Civil español, reformado en 2015, es un buen ejemplo de ello.

Analizaremos, a continuación, las soluciones del Convenio de La Haya de 2000, que constituyen la normativa más moderna y detallada en este sector.

3. El Convenio de La Haya sobre Protección Internacional de Adultos de 13 de enero de 2000

3.1. Situaciones cubiertas

Pese a que este texto tiene ya en cuenta las nuevas tendencias sobre protección de adultos, más respetuosas con la dignidad del adulto, su voluntad y su capacidad residual, todavía habla, entre las medidas que comprende, de la determinación de la incapacidad. No obstante, y a diferencia de lo que ocurría con el Convenio de 1905, no se limita a medidas que impliquen una restricción de la capacidad. Por eso, el nuevo Convenio habla de protección de los adultos que, por una disminución o insuficiencia de sus facultades personales, no están en condiciones de velar por sus intereses, evitando emplear el término incapaz.

Otro aspecto novedoso es que no solo se ocupa de medidas de protección adoptadas por autoridades públicas, sino que determina también la ley aplicable a los poderes que un adulto puede otorgar en previsión de su futura incapacidad.

3.2. Competencia judicial internacional

En materia de competencia internacional de autoridades, el Convenio opta por las autoridades del país en el que el adulto tenga su residencia habitual. Sin embargo, se establecen mecanismos para que, en el caso de que exista un país cuyas autoridades estén mejor situadas (como, por

ejemplo, las del Estado del que el adulto posea la nacionalidad), estas puedan llegar a asumir la competencia, correspondiendo siempre a las autoridades de la residencia habitual el control a través de sistemas de comunicación, autorización y prevalencia, para evitar que esta flexibilidad ponga en riesgo la adecuada protección del adulto. Además, se prevé la competencia de autoridades del lugar donde se encuentren los bienes para adoptar medidas sobre los mismos —que deberán ser compatibles con las adoptadas por otras autoridades—, la competencia para adoptar medidas urgentes a favor de las autoridades del lugar donde se encuentre el adulto o sus bienes —que dejarán de producir efecto cuando otras autoridades competentes adopten medidas—, y la competencia para adoptar medidas de carácter temporal y con eficacia territorial limitada al Estado de que se trate, a favor de las autoridades del lugar donde se encuentre el adulto, que también dejarán de producir efectos cuando las autoridades competentes dicten las medidas necesarias.

Se prevén reglas para resolver las situaciones de conflicto móvil, es decir, cuando cambia la circunstancia que determina la competencia. Por un lado, para nuevas medidas, el artículo 5.2 establece que cuando el adulto cambie de residencia habitual, pasaran a ser competentes las autoridades de la nueva residencia habitual. En relación con las medidas ya adoptadas, el artículo 12 del CH/2000 prevé que «[...] las medidas adoptadas en aplicación de los artículos 5 a 9 permanecerán en vigor en sus propios términos, incluso si un cambio en las circunstancias hubiera hecho desaparecer el elemento sobre el que se basaba dicha competencia, hasta tanto que las autoridades que sean competentes en virtud del Convenio no hayan modificado, sustituido o revocado dichas medidas». Se evita de esta forma que exista un período de incertidumbre acerca de la supervivencia de la medida y sus términos.

3.3. *Ley aplicable*

Dada las características que han ido tomando las medidas de protección de los adultos, en las que cada vez hay una mayor intervención de las

autoridades públicas, no solo en su adopción, sino en su posterior supervisión y revisión, el CH/2000 decidió que lo más adecuado es que las autoridades competentes apliquen su propio derecho a las medidas de protección.

El CH/2000 prevé también que las autoridades competentes, para una mejor protección del adulto, puedan aplicar o tener en cuenta excepcionalmente la ley de otro Estado con el que la situación tenga un vínculo estrecho. Esta matización permite flexibilizar la regla general y dar a una norma en principio neutra, una orientación material a favor del interés superior del adulto.

Por otro lado, cuando una medida adoptada en un Estado Contratante tenga que producir efectos en otro Estado contratante, las condiciones de aplicación se regirán por la ley de este otro Estado. Para las condiciones de aplicación rige pues el criterio de la territorialidad: el lugar donde vayan a desplegar sus efectos las medidas de protección determinará la ley aplicable a las condiciones de aplicación. En el caso de los adultos no es infrecuente que las medidas de protección deban ponerse en marcha fuera del Estado en el que se adoptaron. Esta conexión será muy útil especialmente cuando se trate de proteger sus bienes situados en el extranjero o cuando haya que tomar una decisión en el ámbito médico. Piénsese en las personas mayores de países del norte de Europa que tras su jubilación trasladan su residencia a países del sur del continente.

Como hemos señalado antes, el CH/2000 se ocupa también de los poderes de representación que un adulto puede otorgar en previsión de su futura incapacidad. La existencia, alcance, modificación y extinción de los poderes se regirán por la ley del Estado de la residencia habitual del adulto en el momento del otorgamiento, salvo que designe por escrito la ley de otro Estado, que puede ser el de la nacionalidad, anterior residencia habitual, o donde se encuentren los bienes del adulto respecto de dichos bienes. Sin embargo, las «modalidades de ejercicio» de los poderes de representación se someten a la ley del Estado donde se ejerciten.

El concepto *manner of exercise* es más reducido que el de *conditions of implementation* empleado en el artículo 14 CH/2000, y que el término *extent* al que alude el artículo 15.1 CH/2000 (y que se rige por la ley aplicable al mandato), comprendiendo solo cuestiones de detalle. Estos mandatos contienen en muchos casos directivas del adulto sobre su voluntad en relación con ciertos tratamientos médicos, por lo que la aplicación de la ley del lugar donde se vaya a ejercer el poder de representación puede resultar muy conveniente.

El mismo efecto de aplicar la ley del Estado donde el adulto va a ser protegido se consigue por medio de la previsión expresa de la aplicación de las normas imperativas de dicho Estado independientemente de la ley que sería aplicable en otro caso (artículo 20 CH/2000). Este precepto fue introducido pensando precisamente en las cuestiones médicas, con intención de contrarrestar la posibilidad dada al adulto de elegir la ley aplicable a los poderes de representación. Gracias a su inclusión pudieron salvarse las reticencias de algunas delegaciones a dar entrada en el Convenio a las decisiones concernientes a la salud del adulto.

Finalmente, y como ocurre en otros sectores, la designación de una ley por las normas de conflicto no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley en que deba protegerse al adulto cuando la aplicación de dichas disposiciones sea obligatoria, es decir, cuando se trate de normas internacionalmente imperativas. Igualmente, la aplicación de la ley designada por las normas de conflicto podrá excluirse si es manifiestamente contraria al orden público. Esta última regla debe interpretarse de forma restrictiva.

3.4. *El reconocimiento de medidas de protección adoptadas por autoridades de otro Estado*

En el ámbito de la protección de los adultos, este sector presenta una dificultad particular en la medida en que —como ya se ha señalado— muchas veces la intervención de las autoridades públicas se sitúa dentro

de la llamada jurisdicción voluntaria. El reconocimiento de los actos de esa naturaleza no siempre es objeto de una regulación tan precisa como las sentencias de la jurisdicción contenciosa. El CH/2000, en su artículo 22, establece el reconocimiento de pleno derecho de las medidas adoptadas en los demás Estados contratantes. Se trata por lo tanto de un reconocimiento automático que no necesitará de un procedimiento ad hoc de homologación. Ello no quiere decir que sea un reconocimiento incondicional. El reconocimiento podrá denegarse:

- a) Si la medida hubiera sido adoptada por una autoridad cuya competencia no se basara o no estuviera de conformidad con alguno de los criterios de competencia previstos en el Convenio.
- b) Si la medida hubiera sido adoptada, salvo en caso de urgencia, en el marco de un procedimiento judicial o administrativo, en el que no se hubiera dado al adulto la posibilidad de ser oído, contravieniendo los principios fundamentales de procedimiento del Estado requerido.
- c) Si el reconocimiento fuera manifiestamente contrario al orden público del Estado requerido, o fuera contrario a una disposición de la ley de dicho Estado que tenga carácter imperativo independientemente de la ley que sería aplicable en otro caso.
- d) Si la medida fuera incompatible con una medida posterior adoptada en un Estado no contratante que sería competente según los artículos del Convenio, cuando esta última medida reúna los requisitos para su reconocimiento en el Estado requerido.
- e) Si no se ha respetado el procedimiento previsto en el artículo 33, que hace referencia a las solicitudes de internamiento de un adulto en otro país.

Además, el artículo 23 prevé la posibilidad de que cualquier persona interesada solicite el reconocimiento a título principal con efectos *erga omnes*.

Las ventajas del sistema de reconocimiento establecido por el Convenio son notables.

En primer lugar, permite el reconocimiento automático de decisiones extranjeras, lo que agilizará la eficacia extraterritorial de las medidas de protección y garantizará la continuidad de la protección. En segundo lugar, se establecen condiciones que permiten salvaguardar el orden público del foro. En tercer lugar, se establece un régimen uniforme que no deja en el aire el reconocimiento de las resoluciones de la jurisdicción voluntaria. En cuarto lugar, se prevé la posibilidad de que se obtenga el reconocimiento a título principal.

Para dar un alcance extraterritorial a los efectos ejecutivos de una decisión extranjera se establece un régimen distinto que consiste en una remisión al sistema de declaración de ejecutividad que establezca cada ordenamiento. Así, el artículo 25 del Convenio establece que cuando las medidas dictadas por un Estado contratante requieran ejecución en otro Estado contratante, serán declaradas ejecutorias o registradas a efectos de ejecución en ese otro Estado, a petición de toda parte interesada, según el procedimiento previsto por la ley de ese último Estado.

En los casos en que las decisiones extranjeras sean utilizadas como título que legitima en su actuación a la persona designada como protector, el reconocimiento vendrá simplificado por los certificados que se pueden expedir conforme al artículo 38 del CH/2000 antes mencionado. Según este artículo las autoridades del Estado contratante en el que se haya tomado una medida de protección podrán expedir a la persona a la que se haya confiado la protección un certificado en el que se indique la calidad en que dicha persona está habilitada para actuar y los poderes conferidos.

3.5. *Cooperación de autoridades para garantizar la protección en situaciones vinculadas a varios países*

Para garantizar la continuidad transfronteriza de la protección son especialmente útiles las previsiones que el CH/2000 establece en materia de cooperación de autoridades. De acuerdo con el instrumento internacional, cada Estado contratante debe nombrar una Autoridad Central que se encargará de cumplir las obligaciones que el Convenio impone sobre cooperación. Entre otras cuestiones, existen deberes de información sobre la legislación del país y los servicios disponibles; de facilitar la comunicación entre autoridades; de obtención de información útil para la protección del adulto; de prestación de asistencia para la aplicación de las medidas protectoras; de consulta en caso de que se vaya a llevar a cabo un internamiento en el otro Estado, etc.

*Autor: Alberto Muñoz Fernández
(Profesor de Derecho Internacional Privado,
Universidad de Navarra)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: FRANZINA, P. *La protezione degli adulti nel diritto internazionale privato*. Cedam, Milano 2012; FRIMSTON, R., KEENE, A. R., VAN OVERDIJK, C. y WARD, A. *International Protection of Adults*, Oxford, 2015; LAGARDE, P. «Explanatory report on the Convention on the international protection of adults». *Actes et documents de la Commission spéciale à caractère diplomatique de septembre-octobre 1999. Protection des adultes*, pp. 390-451; MUÑOZ FERNÁNDEZ, A. *La protección del adulto en el Derecho internacional privado*. Thomson-Aranzadi, Navarra 2009.

PRUEBA DEL DERECHO EXTRANJERO

El Derecho extranjero que se tenga que aplicar en España en un procedimiento judicial ha de ser probado en su vigencia y contenido.

1. Quién puede/debe probar el Derecho extranjero

Con anterioridad a la reforma del año 2015, la jurisprudencia casi unánimemente indicaba que eran las partes y, concretamente la parte a la que interesa su aplicación, la que debía probar el Derecho extranjero A modo de ejemplo: SSTs de 10 de junio de 2005 de 4 de julio de 2006 y 4 de julio de 2007 SAP de Alicante de 6 de septiembre de 2007 o más recientemente, la SAP de Barcelona de 26/02/2016.

En algunas ocasiones, sin embargo, se había indicado por la jurisprudencia la obligación de que sean ambas partes las que prueben el Derecho extranjero, incluso a la que no le interesa que se aplique. Uno de los supuestos se encuentra en la SAP de Barcelona de 28 de febrero de 2002.

Excepcionalmente, se exigía que la prueba del Derecho extranjero la realizase de oficio el órgano judicial. El TC se ha pronunciado una sola vez acerca de cuando el órgano jurisdiccional tiene la obligación ineludible de ayudar a las partes a probar el Derecho extranjero. Esta obligación aparece en la STC 10/2000. Esta importante sentencia no suple la obligación de las partes de probar el Derecho extranjero, pero obliga a los jueces a ayudarles a probarlo en determinadas ocasiones, cuando estas lo han intentado, pero les ha resultado imposible.

Tras la reforma del 2015 se han dictado resoluciones que no consideran de forma tan clara que la obligación de probar el Derecho extranjero corresponda únicamente a las partes, así en la SAP de Valencia de 15 de febrero de 2018 la sala afirma que la prueba de este Derecho es una facultad-obligación para el juez.

Mucho más contundente con respecto a la obligación de aplicar de oficio el Derecho extranjero por parte del Tribunal se manifiesta el TS en la sentencia de 3 de abril de 2018, afirmando:

Para la Sala Primera del Tribunal Supremo, el artículo 12.6 CC sienta el principio de la imperatividad de las normas de conflicto [...] En particular, la ley aplicable a los efectos del matrimonio es la que resulta de lo dispuesto en el artículo 9.2 CC. En el caso, no ha sido discutido que ambos cónyuges, de nacionalidad colombiana, vivían en Colombia cuando contrajeron matrimonio, años antes de venir a España. Resulta indudable que la ley aplicable a los efectos patrimoniales de los cónyuges que es lo que aquí se discute, es la colombiana. Sin embargo, la sentencia recurrida aplicó el Derecho español [...], que atribuye carácter ganancial a los premios obtenidos en el juego. [...] la aplicación que del Derecho extranjero debe hacer el tribunal español viene facilitada por la sencilla comprobación que de la existencia y contenido de las normas colombianas invocadas por las partes puede llevarse a cabo mediante la consulta de la página web oficial del gobierno colombiano o de la página web del Consejo General del Poder Judicial, sin perjuicio del principio de alegación y prueba del Derecho extranjero por las partes que establece nuestro sistema jurídico (arts. 281.2, 282 LEC y 33 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional).

No se exime a las partes de la obligación de probar la vigencia y el contenido del Derecho extranjero, pero, si no lo hacen o no lo hacen de manera suficiente, el tribunal tiene la obligación de suplirlas.

En resumen, de la jurisprudencia a la que se ha hecho alusión, se desprende que la interpretación mayoritaria de nuestros tribunales tras las reformas del 2015 es la que solía ser en el sentido anteriormente a la misma, por lo que, aunque la norma de conflicto (interna o internacional) es imperativa para el juez, si esta designa como aplicable un Derecho extranjero, la obligación de probar tal Derecho corresponde fundamentalmente a las partes y muy limitadamente al juez, quien *podrá* probarlo de oficio, y según se desprende de algunas sentencias, lo tendrá que hacer si las partes no lo hacen o si lo hacen de forma insuficiente, con lo que se apunta un sistema —que no se considera por la jurisprudencia obligatorio para el juez— de colaboración entre el órgano jurisdiccional y las partes de cara a probar el Derecho extranjero.

Esta línea casa mal con los convenios e instrumentos internacional aplicables en España. Las normas de conflicto internacionales que afectan a las materias de familia no mencionan quien tiene la carga de la prueba del Derecho extranjero y, por tanto, si el juez debe o puede probar el Derecho extranjero, esta es una cuestión que queda bajo la regulación de los Derechos nacionales. Pero, lo que no debemos de perder de vista, es que, en todos los casos de estas normas internacionales, *el único motivo para que no se aplique el Derecho designado por la norma de conflicto es que atente contra el orden público del Estado miembro en cuestión*, y no que el Derecho extranjero no se haya probado de forma suficiente por las partes (A. L. Calvo Caravaca: «Aplicación judicial del Derecho extranjero en España. Consideraciones críticas», *REDI*, vol. 68, julio-diciembre 2016, p. 143).

2. Objeto de la prueba del Derecho extranjero

El objeto de la prueba va a ser un Derecho extranjero, no un hecho, sino un Derecho vigente pero, que al ser extranjero, no está cubierto por el *iure novit curia*. Sin embargo, el tratamiento procesal que se le da a la prueba del Derecho extranjero es bastante confuso, en la mayoría de los casos se suele tratar como un hecho hasta que queda probado en lo que respecta a su contenido y vigencia después, en cambio, pasa a ser tratado como verdadero Derecho. Parte de la doctrina no está de acuerdo con esta solución, algunos autores hablan de que el Derecho, aunque extranjero, sigue siendo Derecho y debe ser tratado como tal, otros, en cambio, consideran que es un *tertium genus* entre hechos y Derecho (J. Alonso CUEVILLAS-SAYROL, *Las normas jurídicas como objeto de prueba*, Tirant lo Blanch, 2004, p. 32).

Así, la jurisprudencia mayoritaria considera el Derecho extranjero como un hecho que tienen que probar las partes, aunque alguna resolución como la STS de 22 de mayo de 2001 lo considera, no como un hecho, sino como Derecho, aunque extranjero. Es interesante la sentencia del TS, de 4 de julio de 2006, que, a pesar de considerar inicialmente el Derecho extranjero como un hecho, una vez probada su vigencia y conte-

nido, lo considera con todas sus consecuencias como un verdadero Derecho y admite el recurso de casación basado en la infracción de ese Derecho extranjero. En el mismo sentido STS de 17 de abril de 2015.

3. Medios de prueba

En cuanto a los concretos aspectos del Derecho extranjero que deben ser probados, el artículo 281.2 (que no fue modificado en el año 2015) indica que se tendrá que probar el contenido y la vigencia, sin embargo, en muchos supuestos ello no será suficiente, sino que se tendrá que extender a todas aquellas cuestiones que permitan a nuestros jueces aplicar ese Derecho como si lo hiciese un juez extranjero. De hecho, la mayor parte de las resoluciones optan por no aplicar el Derecho extranjero si las partes no lo han probado suficientemente, como ocurre en la SAP de Málaga de 15 de septiembre de 2017.

Los medios de prueba a través de los cuales se va a poder probar el Derecho extranjero son todos aquellos que permite nuestra LEC. A pesar de ello, el Tribunal Supremo ha venido exigiendo desde el año 1885 que la prueba del Derecho extranjero se realizase, cumulativamente, a través de una prueba documental, compuesta únicamente por documentos públicos, y una prueba pericial consistente en dos informes elaborados por sendos juristas del país extranjero. La SAP de Castellón de 16 de enero de 2009, realiza un exhaustivo examen resumen de los medios de prueba del Derecho extranjero que han sido admitidos tradicionalmente por la jurisprudencia como idóneos:

Por lo que se refiere a la prueba documental, esta consiste en la presentación de certificaciones diplomáticas y consulares, emitidas bien por las autoridades diplomáticas o consulares en España del país cuyo Derecho trata de probarse, bien por las españolas en ese país. Este tipo de prueba trata de probar el contenido y vigencia del Derecho extranjero mediante la transcripción literal de los preceptos, acompañada de una diligencia de la autoridad emisora sobre la vigencia de dichos preceptos.

El segundo tipo de prueba a utilizar es la pericial, cuya finalidad es acreditar fundamentalmente la interpretación y adecuación al caso del Derecho extranjero que debe ser aplicado por el órgano jurisdiccional español, pudiendo incidir también sobre su contenido y vigencia. La prueba pericial ha consistido tradicionalmente en el dictamen de dos abogados en ejercicio en el país cuyo ordenamiento jurídico es objeto de la prueba.

Con independencia de los dictámenes periciales que las partes puedan obtener de forma privada y que deben acompañarse con la demanda o con la contestación a la demanda (*vid.* artículo 256, 1 aptdos, 1 y 4), siempre existe la posibilidad de la designación judicial de peritos: el tribunal, de oficio, o a instancia de parte, procede al nombramiento de los peritos para que emitan el correspondiente dictamen (artículo 339). En este caso, la proposición y práctica de la prueba del Derecho extranjero deberá realizarse de conformidad con las normas correspondientes a cada tipo de proceso.

En la actualidad, los rígidos medios de prueba exigidos tradicionalmente por el Tribunal Supremo se han flexibilizado. En materia de familia, muchos tribunales suelen considerar como suficiente, dependiendo del supuesto a enjuiciar bien la prueba documental o bien la pericial en solitario (SAP de Huesca de 14 de diciembre de 2005; STS de fecha 17/04/2018 se admite como prueba suficiente del Derecho extranjero certificado expedido en fecha 11 de junio de 2014 por el Consulado General de Suiza en Barcelona, que acreditaba según el Derecho suizo los plazos para la presentación de una acción de filiación).

Esta flexibilización no supone que se pueda admitir como válida cualquier prueba, y la jurisprudencia se ha pronunciado claramente acerca de que tipo de pruebas no son admisibles: el reconocimiento judicial, la admisión de las partes o el conocimiento privado por el juez. Nuestros tribunales suelen denegar la validez de la prueba cuando el Derecho extranjero se aporta a través de códigos extranjeros sin certificar por el consulado, mediante fotocopias de diarios oficiales, o por información bajada de internet.

La prueba del Derecho extranjero se facilita a través de instrumentos internacional, de entre los cuales el más importante es el: Convenio de Londres de 7 de junio de 1968 acerca de la información sobre el Derecho extranjero (*BOE* n.º 240, de 7 de octubre de 1974) y Protocolo Adicional, que entró en vigor en España el 11 de junio de 1986.

El Convenio de Londres indica la obligación de las partes contratantes de proporcionar datos concernientes a su Derecho, dentro del ámbito civil y mercantil, así como dentro del ámbito civil y de la organización comercial (artículo 1). A continuación, establece un cauce para que una autoridad judicial de un Estado miembro, que esté conociendo de un asunto el que se tenga que probar un Derecho extranjero, pueda solicitar a otro Estado miembro la prueba del mismo (artículo 3).

El problema que plantea este convenio es que, con la excepción con respecto a su Protocolo que se verá a continuación, únicamente los órganos judiciales pueden solicitar la prueba del Derecho extranjero por esta vía, y la utilización que hacen estos del mismo es muy escasa.

La excepción la constituye el Protocolo adicional al Convenio europeo de información sobre el Derecho extranjero. Este protocolo establece en su artículo 3 lo siguiente:

En el marco de la empresa que figura en el artículo 1.1 de la Convención, las Partes contratantes convienen en que las solicitudes de información podrán: a) no solo emanar de una autoridad judicial, sino también de cualquier autoridad o persona que actúe dentro de los sistemas oficiales de asistencia letrada o asesoramiento jurídico en nombre de las personas en una posición económicamente débil.

Ello implica que los abogados de turno de oficio que estén llevando un procedimiento judicial con elemento extranjero, y que necesiten obtener la prueba de este, podrán solicitar dicha prueba directamente ante la AC española, sin necesidad de la intermediación del juez. Dicha prueba se podrá solicitar, no solo cuando el procedimiento se halle en curso, sino

también cuando se prevea la interposición de la demanda (artículo 3 b del Protocolo).

4. *Momento procesal para proponer y practicar la prueba*

Con referencia al momento de llevar a cabo la práctica de la prueba del Derecho extranjero, esta cuestión tampoco es pacífica en la doctrina. Los profesores CALVO CARAVACA y CARRASCOSA consideran que como la prueba del Derecho extranjero no es la prueba de un hecho sino de un Derecho no cubierto por el *iure novit curia*, su prueba es *sui generis* y, por tanto, se puede realizar en cualquier momento, en primera instancia, en apelación y en casación (A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA, «La prueba del Derecho extranjero en la nueva Ley española de Enjuiciamiento Civil 1/2000» *La Ley*, n.º 6178, de 28 de enero de 2005, D-23, p. 4). Estos autores indican que la diferencia entre «hechos procesales» y «Derecho extranjero» es muy clara en el artículo 281 LEC 1/2000 y consideran que la posición jurisprudencial mayoritaria de tratar el Derecho extranjero como un mero «hecho» debe ser revisada.

Esta postura sigue sin admitirse por la jurisprudencia, y un ejemplo lo constituye la SAP de Castellón de 16 de enero de 2009, que indica claramente el único momento en el que se considera admisible la alegación del Derecho extranjero:

Por lo que se refiere a los procesos declarativos ordinarios, la alegación del Derecho extranjero deberá realizarse en los escritos de instancia. En concreto, en los fundamentos de derecho de la demanda, del escrito de contestación a la demanda, de la reconvencción y en el escrito de contestación a la reconvencción —si el juicio verbal se inicia mediante demanda sucinta, no tiene por qué incluirse en esta los fundamentos de derecho, que se expondrán al inicio del acto de la vista (*vid.* Art. 437.1)—. La alegación deberá hacerse en Primera Instancia, no siendo posible hacerlo en segunda.

Igualmente, la SAP de Tarragona de 25 de abril de 2005 no permite la prueba del Derecho extranjero en segunda instancia con el siguiente argumento:

Como segunda cuestión invoca la aplicación del Derecho nacional de los litigantes, al parecer argelinos. Al respecto debemos señalar que el hecho invocado por el apelante en esta instancia constituye un hecho nuevo inadmisibile, pues encontrándose como tal sometido a prueba que conculca la preclusión de la fase de alegaciones e impide a la parte demandante articular en forma su defensa.

Acorde con esta línea jurisprudencial está la opinión de M. VIRGÓS SORIANO y F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, que indican que las partes deben saber desde el principio qué se les pide y con qué cobertura jurídica para poder organizar su estrategia probatoria. Por estas razones, la posibilidad de invocar el Derecho extranjero debe precluir con los primeros posicionamientos jurídicos de las partes, para el demandante, la alegación del Derecho extranjero precluye con la presentación de la demanda (artículos 399-400 LEC). Para el demandado, la posibilidad de invocar el Derecho extranjero precluye con la contestación (artículo 412 LEC). No obstante, si el demandado utiliza esta posibilidad e introduce en la contestación el elemento conflictual, el actor podrá manifestarse sobre el contenido de ese ordenamiento. Afirman, por último, que no debería admitirse la posibilidad de invocar el Derecho extranjero en el recurso, si no se hizo en primera instancia (M. VIRGÓS SORIANO, F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Pamplona, Civitas, 2007 pp. 533 y 534), posición que resulta más adecuada que la primera expuesta que es susceptible de vulnerar el derecho de defensa de las partes.

La reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo permite que se pruebe el Derecho extranjero en apelación y casación, siempre que haya sido alegado en primera instancia. Así el Auto del TS de 22 de marzo de 2017 indica:

La prueba del Derecho extranjero, incluso en apelación y en casación, es posible cuando ha sido alegado en el momento procesal oportuno, que de ordinario es la demanda o la contestación a la demanda, y cuando sirve para fundar las consecuencias jurídicas que la parte intenta anudar a hechos y pretensiones oportunamente introducidas en el proceso, posibilitando que el tribunal aplique con más seguridad el Derecho extranjero que fue oportunamente alegado. No es admisible que, mediante la aportación de prueba sobre el Derecho extranjero en los recursos, se alteren los términos en que el debate ha sido fijado en la demanda, contestación y audiencia previa.

*Autora: Flora Calvo Babío
(Profesora contratada. Doctor de Derecho Internacional Privado,
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid)*

PRUEBA EN EL EXTRANJERO (PRÁCTICA DE LA)

Cuando en el proceso existe un elemento internacional, es posible que la autoridad judicial española ordene la obtención de una prueba en el extranjero (interrogatorio de un testigo, declaración de una de las partes, etc.). Cabe emplear para ello las vías que prevén los instrumentos de origen comunitario, convencional o la normativa española de origen autónomo. El Reglamento 1206/2001/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil, permite la práctica de diligencias de obtención de pruebas en el espacio europeo de justicia (Estados parte de la Unión Europea).

El Convenio de La Haya, de 18 de marzo de 1970, relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil (CLH de 1970) se aplica entre los Estados parte y, por último, la actual Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil, ha in-

roducido una nueva regulación sobre la materia, que coexiste con disposiciones aisladas recogidas en otras normas de origen estatal.

Es importante analizar las relaciones que presentan el Reglamento 1206/2001 y el CLH de 1970, del que forman parte varios Estados comunitarios. Por lo que se refiere a la materia comprendida en su ámbito de aplicación, el Reglamento prevalece sobre las disposiciones de los acuerdos o convenios bilaterales o multilaterales celebrados por los Estados miembros y, en especial, las del Convenio de La Haya, de 1 de marzo de 1954, relativo al procedimiento civil y del CLH de 1970, entre los Estados miembros que sean parte de dichos convenios (artículo 21,1).

De otro lado, este se aplica cuando la petición de práctica de prueba se dirija o proceda de Dinamarca, así como cuando la solicitud se dirija o provenga de un Estado tercero, parte del mismo. Por lo que respecta a la posición de Reino Unido y de Irlanda, han notificado por escrito su deseo de participar en la adopción y aplicación del Reglamento.

Por tanto, debe emplearse —en principio— el criterio de la primacía para delimitar su aplicación con respecto a otros instrumentos convencionales. Sin embargo, como ha indicado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 6 de septiembre de 2012 (As. LIPPENS y otros), la norma comunitaria tiene carácter facultativo.

Su aplicación debe ser valorada por la autoridad judicial en función de la oportunidad y eficacia de la obtención de pruebas en el extranjero, con la finalidad de que no se vulnere el derecho a la prueba, si la norma comunitaria limita o no permite la obtención de pruebas de forma más efectiva que las propias normas nacionales.

Se planteó esta misma cuestión con respecto al CLH de 1970, acerca de si se trataba de una vía excluyente de las reglamentaciones nacionales sobre obtención de pruebas en el extranjero o, por el contrario, su utili-

zación es facultativa, en el conocido Asunto *Société Nationale Industrielle Aérospatiale* y *Société de construction d'Avions de Tourism versus* Corte de Distrito de Estados Unidos para el Distrito Sur de Iowa (1987). La Corte Suprema de EE. UU. consideró que el convenio no tenía preferencia con respecto a las normas federales, sino que se trataba tan solo de un instrumento, que constituye una alternativa y, por ello, puede ser sustituido por tales reglas federales, si lo requiere la justicia del caso.

Por último, suscita duda el papel del Reglamento 1206/2001 con respecto, tanto a las normas procesales internas, que regulan los procedimientos de instrucción, como a las reglas de competencia internacional. Cabe indicar que la norma comunitaria no ha sustituido tales procedimientos de instrucción existentes en los ordenamientos internos de los Estados miembros de la UE y que su aplicación es compatible con los foros de competencia internacional.

1. *El Reglamento 1206/2001/CE*

1.1. *Presentación*

El Reglamento no se refiere ni a los medios de prueba ni a la actividad de instrucción, sino que establece vías de colaboración entre los órganos judiciales de los Estados parte de la UE para la obtención de pruebas en materia civil y mercantil. Tal colaboración tiene lugar de dos formas: a través de la comunicación entre las autoridades judiciales de los Estados miembros o de forma directa (p. ej., perito que envía la autoridad del Estado de origen en el que se sigue el procedimiento).

De otra parte, prevé que dicha cooperación tenga lugar a través de los medios o instrumentos de instrucción existente en el Estado requerido, en el que se encuentra la materia o tema de prueba, salvo para el caso de que se obtenga de forma directa. Así, se trata de agilizar la práctica de pruebas en el territorio de un Estado comunitario distinto del lugar en

el que se sigue el procedimiento de fondo (o se prevé incoar), de un lado; y, de otro, limitar los motivos por los que puede denegarse la solicitud.

Entró en vigor el 1 de julio de 2001, pero su artículo 24 estableció dos momentos temporales para su aplicación, con la finalidad de que los Estados miembros de la UE pudieran preparar los medios necesarios para asegurar la efectividad de la cooperación internacional que instauraba. En cuanto a España, los órganos competentes a que se refiere el artículo 2,2 del Reglamento 1206/2001 son los Juzgados de Primera Instancia de cada partido judicial mediante reparto a través del correspondiente juez decano. Por su parte, el órgano central designado por España (de conformidad con el artículo 3) es la Subdirección General de Cooperación jurídica internacional del Ministerio de Justicia.

De otro lado, las peticiones deberán dirigirse en castellano o portugués y el medio de comunicación que se acepta es el correo postal. Por último, el artículo 21 del Reglamento 1206/2001 deja abierta la posibilidad de utilizar otras vías, que puedan negociar los Estados miembros (entre ellas, la vía diplomática).

1.2. *Ámbito de aplicación*

La delimitación del ámbito material del Reglamento 1206/2001 requiere resolver previamente algunas cuestiones calificadoras, que no son de importancia menor, dada la estrecha relación entre la concepción civil y procesal de la prueba. Ahora bien, queda claro que se ocupa de la segunda. De otro lado, la expresión «prueba» es utilizada intencionadamente de forma imprecisa para proporcionar un marco común entre los Estados comunitarios, de tal manera que esta noción comprenda cualquier estructura de prueba reconocida por los dos Estados miembros, que participan en su obtención en el extranjero.

Relacionada con esta cuestión se sitúa la definición de la materia civil y mercantil. En concreto, cabe preguntarse si comprende la material labo-

ral. Y, la respuesta ha de ser positiva. En todo caso, está incluido el Derecho de familia. También puede plantear ciertas dudas cuando se trata, p. ej., de decidir si queda comprendido el derecho de defensa de la competencia, al tratarse de un campo en el que la práctica de prueba puede estar relacionada con intereses de marcado carácter público e importancia económica. Ahora bien, conviene hacer una interpretación amplia de las materias que comprende la norma comunitaria, como ha señalado la Comisión. En todo caso, queda excluida la materia penal o criminal.

En segundo extremo, el artículo 1,2 del Reglamento 1206/2001 limita su aplicación a las pruebas que se soliciten cuando se haya iniciado el procedimiento en el Estado requerido o se prevea incoar. Esta fórmula pretende evitar que instrumentos relacionados con la obtención de pruebas destinadas a ser integradas en un proceso judicial sean utilizados con una finalidad policial.

Así, suscita cierta complejidad precisar si quedan comprendidas en el ámbito del Reglamento las medidas de prueba, que se adoptan con una finalidad preparatoria del proceso de fondo. Una de estas medidas son las diligencias preliminares, que, en realidad, no tienen una finalidad probatoria, sino que se practican con el fin de que el juez se cerciore de determinados extremos del proceso.

El hecho de que el Reglamento 1206/2001 solo se refiera a la práctica de diligencia de obtención de pruebas, pero no incluya —a diferencia del CLH de 1970— otras actuaciones judiciales, permite pensar que no comprende este tipo de medidas, pero sí el texto de La Haya de 1970 (véase *infra*).

De otro lado, surgen dudas cuando se trata de determinar si el Reglamento 1206/2001 incluye las medidas de aseguramiento de la prueba, que requieren una actividad procesal diferenciada de la que consiste en la anticipación de la prueba. En ocasiones, la práctica de medidas de aseguramiento de la prueba también puede tener una finalidad de garan-

tía y, por ello, podría considerarse que se trata de medidas comprendidas en el artículo 35 del Reglamento 1215/2012, del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

Por último, hay que realizar una interpretación amplia del ámbito material del Reglamento 1206/2001, que no ha pretendido entrar en el fondo, ni del Derecho probatorio ni de los procedimientos de instrucción existentes en los ordenamientos de los Estados parte de la UE, sino que —tan solo— ha tratado de facilitar la obtención de pruebas en el espacio comunitario, a través de la cooperación entre sus autoridades judiciales y su obtención directa (artículo 17).

2. El Convenio de La Haya de 18 de marzo de 1970

2.1. Génesis histórica

La preparación y negociación del CLH de 1970 tuvo lugar durante la Sesión 11.^a de La Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, que se celebró del 7 al 28 de octubre de 1968, con el objetivo de realizar una revisión de los convenios existentes en el ámbito del procedimiento. Se introdujo la figura de las autoridades centrales (AACC), con la finalidad de agilizar la tramitación de las comisiones rogatorias (artículo 2).

Estos organismos cumplen la función de recepción de la solicitud, siendo libre cada Estado de determinar la forma y la vía de transmisión de la comisión rogatoria. Ahora bien, el convenio también prevé que la prueba se practique por las autoridades diplomáticas o consulares de un Estado contratante, con respecto a sus propios nacionales, siempre que se refieran a un procedimiento incoado ante un Tribunal de dicho Estado y no se empleen medios coactivos (artículo 15 y ss.).

La obtención de pruebas en el extranjero también podrá tener lugar por un comisionado o comisario (abogado, juez o cualquier otra persona), siempre que se realicen sin compulsión, y se refieran a un procedimiento incoado ante un tribunal de otro Estado contratante.

Por último, se suscitaron una gran cantidad de dudas durante la elaboración del texto convencional con respecto al procedimiento de *discovery*, que condujeron a incluir en el artículo 33 del convenio la posibilidad de realizar una reserva, para impedir que pudiese emplearse la cooperación internacional que instauraba el CLH en determinados casos de *discovery*. Tales dudas se presentaron por la diversa comprensión de este procedimiento en los países del *common law* y, en concreto, en el caso británico y americano, de un lado; y, de otro, por las dificultades que también tuvieron lugar para la interpretación de la propuesta de la Delegación británica.

2.2. *Ámbito de aplicación*

Se aprecia la diferencia entre el ámbito de aplicación del Reglamento 1206/2001 y del CLH de 1970, en la medida en que se ha incluido una referencia expresa en este segundo a: «otras actuaciones judiciales», lo que plantea dudas con respecto a su interpretación, que ya se trataron durante su negociación. Por tanto, el CLH de 1970, a diferencia del Reglamento 1206/2001, no solo comprende las diligencias de obtención de prueba, sino también «otras actuaciones judiciales» (artículo 1,3), lo que permite considerar que su ámbito material es más amplio.

De otro lado, cabe realizar una interpretación amplia del ámbito de aplicación del Convenio, siguiendo la misma línea que en los convenios anteriores, a los que sustituye. En concreto, esta expresión permite incluir las denominadas «diligencias preliminares». Sin embargo, en todo caso, la expresión «otras actuaciones judiciales» no comprende ni la notificación de documentos judiciales ni las medidas de conservación o de ejecución (artículo 1, inciso 3).

Por último, no se solicitará una comisión rogatoria para obtener pruebas que no estén destinadas a utilizarse en un procedimiento ya incoado o futuro (artículo 1, 2). También en este caso cabe observar una diferencia con respecto al Reglamento 1206/2001, en la medida en que la expresión que emplea el Convenio es «procedimiento ya incoado o futuro», mientras que el instrumento comunitario se refiere a «causa que se prevea incoar».

3. Normas de origen autónomo

El sistema español de Derecho internacional privado (DIPr) cuenta con disposiciones relativas a la asistencia internacional y, en particular, la nueva regulación dada por la Ley 29/2015, de 30 de julio, sobre cooperación jurídica internacional, se refiere a la obtención de pruebas en los artículos 29-32. Como indica su Exposición de Motivos, su finalidad es aportar seguridad jurídica y certidumbre añadidas al área de la cooperación jurídica internacional, ante la existencia de un vacío interno derivado de la ausencia en España de un régimen legal común en este sector, aplicable tanto a los actos de comunicación de documentos judiciales y extrajudiciales como a la práctica y obtención de pruebas (punto III, apdo. 4).

Se trata, en particular, de una reglamentación que completa la existente en otros ámbitos, constituyendo una normativa de carácter subsidiario (y, por tanto, en principio —más bien— de aplicación residual), si se toma en cuenta también la existencia de regulación comunitaria y convencional sobre la obtención de pruebas en el extranjero.

Sin embargo, frente a esta opción del legislador, que ha tratado de crear dicho régimen común con pretensiones de complitud y generalidad, hubiera resultado —quizás— de mayor utilidad derogar otras normas ya existentes, que resultan reiterativas y, por ello, impiden dotar de coherencia (y claridad) a la regulación final en el ámbito de la obtención de pruebas en el extranjero. Puede apreciarse la idéntica redacción del ar-

título 278 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, tras su modificación por la LO 7/2015, de 21 de julio, con el artículo 14 de la Ley 29/2015. Y cabe decir lo mismo del artículo 177 de la Ley de Enjuiciamiento civil (2000), que reitera lo que indica el artículo 276 de la LOPJ y el artículo 2 de la Ley 29/2015.

En todo caso, el carácter subsidiario de la Ley 29/2015 se predica con respecto a otras normas, tanto del ordenamiento español (de origen autónomo), como comunitarias o convencionales ya citadas. Ahora bien, dicho carácter no se compadece con la especificidad (de hecho) de la Ley 29/2015 con respecto a otras disposiciones dispersas en el ordenamiento español, de remisión (entre ellas, el artículo 177 de la LEC) o que se refieren a aspectos parciales de la cooperación internacional (artículos 276-278 de la LOPJ, tras su reforma por la LO 7/2015).

Y, por ello, dicha subsidiariedad ha de ser entendida en el sentido de que no ha querido sustituir ni reemplazar los regímenes sobre la cooperación jurídica internacional en materias reguladas por otras leyes. Por tanto, puede decirse que se trata de una «ley general en el ámbito de la cooperación jurídica internacional» (P. DE MIGUEL), que mantiene las típicas relaciones de norma general/norma especial con otras disposiciones del ordenamiento español.

Sin embargo, al mismo tiempo, constituye el «régimen básico» de dicha cooperación en el sistema autónomo de Derecho internacional privado (DIPr) español cuando se refiere a la práctica de pruebas en el extranjero, al no existir normas especiales, sin que tengan esta consideración el artículo 177 de la LEC y los artículos 276-278 de la LOPJ.

En todo caso, dicho carácter subsidiario de la Ley 29/2015 (derivado de su función general) ha de ser matizado con respecto a las normas de origen comunitario y convencional, pues, en concreto, el Reglamento 1206/2001 no dispone que su aplicación prime con respecto al régimen convencional o autónomo, ni el CLH de 1970 prevé su aplicación pre-

ferente. Esta interpretación deriva de su artículo 1,1 del Reglamento 1206/2001, que indica: «el Presente Reglamento será de aplicación en materia civil y mercantil cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, de conformidad con su ordenamiento jurídico, solicite [...]». Y, por tanto, su aplicación es facultativa, como confirma el TJCE en la sentencia ya citada.

Por último, los artículos 74 a 85 del Acuerdo, de 15 de septiembre de 2005, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios a las actuaciones judiciales, fueron derogados por el Acuerdo de 27 de septiembre de 2018, del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, por el que se aprueba el Reglamento 1/2018, sobre auxilio judicial internacional y redes de cooperación judicial internacional. Regula también el funcionamiento de las redes creadas por el CGPJ cuya actividad se proyecta en la esfera internacional: la Red judicial española de cooperación Judicial Internacional (REJUE) y la Red de Especialistas en Derecho de la Unión Europea (REDUE).

Anotación a considerar

Esta normativa ha sido sustituida por el Reglamento 2020/1783 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil (obtención de pruebas) (versión refundida) (se aplica a partir del 1 de julio de 2022).

Pueden verse explicaciones breves y comentarios sobre la nueva normativa en los siguientes enlaces:

<https://fernandezrozas.com/2020/12/02/publicacion-de-la-version-refundida-del-reglamento-de-obtencion-de-pruebas/>

https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=424210

*Autora: Gloria Esteban de la Rosa,
(Catedrática de Derecho Internacional Privado,
Universidad de Jaén)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto. «Comentario a la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil», *Blog personal* 27/08/2015; DIAGO DIAGO, M.^a Pilar. *La obtención de pruebas en la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2003; ELVIRA BENAYAS, M.^a Jesús. «Una visión transversal del Reglamento 1206/2001 sobre obtención de pruebas en materia civil y mercantil», *AEDIPr*, 2009, tomo IX, pp. 447-461; HEREDIA CERVANTES, Iván y RODRÍGUEZ PINEAU, Elena. «Algunas propuestas para una futura ley de cooperación jurídica internacional en materia civil», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, n.º 28, 2013-II; HERRERA PETRUS, Christian. *La obtención internacional de pruebas. Asistencia jurisdiccional en Europa*, Real Colegio de España, Bolonia, 2003; CARRILLO POZO, Luis y ELVIRA BENAYAS, M.^a Jesús. *Instrumentos procesales de la UE. Los reglamentos sobre notificaciones y obtención de pruebas*, Comares, Granada, 2012; ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria. *La prueba en el espacio europeo de justicia. La obtención de pruebas en el extranjero en el nuevo espacio europeo de justicia*, Editorial Académica Española, Saarbrücken, 2013; ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria. «Competencia judicial internacional en el ámbito de la obtención de pruebas en el espacio europeo de justicia», *Diario La Ley*, 2012, n.º 7974; ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria. «Prueba judicial y práctica del *discovery* en la Unión Europea», *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, 2014, n.º 5; RODRÍGUEZ BENOT, Andrés. «La ley de cooperación jurídica internacional en materia civil», *CDT*, 2016, vol. 8, n.º 1, p. 234 y ss.; RODRÍGUEZ BENOT, Andrés. «Hacia una ley de cooperación jurídica internacional en materia civil». Ponencia presentada en las XXVI Jornadas ordinarias de la AEPDIRI, «España y la Unión Europea en el orden internacional», celebradas en Sevilla, 15 y 16 de octubre de 2015, BOE,

Madrid, 2017; YBARRA BORES, Alfonso. «La práctica de prueba en materia civil y mercantil en la Unión Europea en el marco del Reglamento 1206/2001 y su articulación con el Derecho español», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2012, vol. 4, n.º 2, p. 248 y ss.

R

REBELDÍA

La rebeldía en el proceso civil es aquella situación procesal que se predica del demandado, cuando ante un llamamiento previo y válido de un órgano jurisdiccional, no comparece en tiempo y forma en el proceso. En el ámbito de la litigación internacional y del Derecho internacional privado, esta institución cobra una especial importancia, como veremos.

La rebeldía y la rescisión de sentencias firmes y nueva audiencia al demandado rebelde, que es la acción autónoma de impugnación de la sentencia firme dictada en rebeldía del demandado cuando se den los requisitos a los que más adelante se aludirá, se regulan en el libro II, título V, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil española (LEC), artículos 496-508.

En este contexto, la notificación se torna en un tema fundamental. A este respecto, hay que tener en cuenta que la parte demandada debe haber sido notificada correctamente, lo que le permitiría comparecer, si lo entiende oportuno a sus intereses, pero lo que no es posible es que encuentre amparo una rebeldía táctica o voluntaria ya que en este caso no se habría quebrantado el principio de audiencia por causas ajenas a su voluntad, con lo cual no se le habilitaría la posibilidad de articular una rescisión de la sentencia firme dictada en rebeldía, dado que no se le habría producido indefensión por causas no imputables a su conducta.

La comparecencia en juicio es una declaración de voluntad por la que un sujeto se constituye formalmente en parte de un proceso o, como también suele decirse, se «persona» en un proceso.

La comparecencia es técnicamente una «carga» (un imperativo del propio interés de las partes) no una obligación. La no comparecencia no se «sanciona» sino que produce las consecuencias que, en cada caso, establece la ley: fundamentalmente, la pérdida de oportunidades procesales.

La comparecencia del demandante se produce con el acto de la demanda. Si la demanda se admite, se tiene al demandante por personado en juicio y su inactividad posterior, en principio, solo provocará la preclusión del acto no realizado.

La comparecencia inicial del demandado en «tiempo y forma» le liberará de los efectos negativos que provoca la incomparecencia. La inactividad del demandado en algún acto posterior provocará, como para el demandante, en principio la preclusión.

La incomparecencia inicial del demandado no produce como efecto su no constitución en parte. El demandado se convierte en parte por la sola voluntad del demandante. La consecuencia de su incomparecencia inicial supone la declaración de rebeldía.

La rebeldía se declara de oficio si, supuesto un llamamiento previo y válido, el demandado no comparece, independientemente de si está justificada su ausencia o no.

La incomparecencia se produce (*ex* artículo 496.1 LEC) por la realización de un acto que no tiene por objeto la comparecencia (por ejemplo, ir al tribunal para informarse si contra él se sigue un pleito); por dejar transcurrir el plazo o término señalado en el llamamiento, aun cuando el demandado puede comparecer en cualquier momento, entendiéndose con él las sucesivas actuaciones, sin que el proceso retroceda (artículo

499 LEC), pero deja de estar en rebeldía en este caso; si la comparecencia es defectuosa (por ejemplo, por una persona jurídica que no actúa mediante su representante necesario; o por cualquiera sin procurador en los casos en que es preceptiva la representación técnica).

Declarada la rebeldía se producen los siguientes efectos:

- *Ficta contestatio*: al demandado se le tiene por contestada la demanda, y como opuesto a la pretensión. No se equipara ni a un allanamiento ni a un reconocimiento de los hechos, salvo que la ley prevea lo contrario (artículo 496.2 LEC).
- *Modificación en el régimen de notificaciones*: una vez notificada al demandado la resolución que declare la rebeldía —por correo, si su domicilio fuese conocido y, si no lo fuere, mediante edictos—, no se llevará a cabo ninguna otra, salvo la de la resolución que ponga fin al proceso (artículo 497.1 LEC).

Al demandado rebelde que, por carecer de domicilio conocido o hallarse en ignorado paradero, hubiese sido citado o emplazado para personarse mediante edictos, se le comunicará la pendencia del proceso, de oficio o a instancia de cualquiera de las partes personadas, en cuanto se tenga noticia del lugar en que pueda llevarse a cabo la comunicación (artículo 498 LEC). La sentencia o resolución que ponga fin al proceso se notificará al demandado personalmente, en la forma prevista en el artículo 161 LEC [«Comunicación por copia de la resolución o de cédula»]. Pero si el demandado se hallare en paradero desconocido, la notificación se hará por medio de edicto, que se publicará en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma o en el Boletín Oficial del Estado. Lo mismo será de aplicación para las sentencias dictadas en apelación, en recurso extraordinario por infracción procesal o en casación. Cuando se trate de sentencia condenatoria de desahucio por falta de pago de rentas o cantidades debidas, o por expiración

del plazo legal o contractual del plazo, y el demandado citado en forma no hubiera comparecido en la fecha o en el plazo señalado en la citación, la notificación se hará por medio de edictos fijando copia de la sentencia en el tablón de anuncios de la Oficina Judicial (artículo 497.2 LEC). No será necesaria la publicación de edictos en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma o en el Boletín Oficial del Estado en aquellos procedimientos en los que la sentencia no tenga efecto de cosa juzgada y en los procesos de desahucio en los que se acumule la acción de reclamación de las rentas y cantidades debidas. En estos casos bastará la publicidad del edicto en el tablón de anuncios de la Oficina Judicial (artículo 497.3 LEC). Esta publicación podrá ser sustituida, en los términos que reglamentariamente se determinen, por la utilización de medios telemáticos, informáticos o electrónicos, conforme a lo previsto en el artículo 236 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial español (LOPJ) (artículo 497.4 LEC).

- *Inscripción en el Registro Central de Rebeldes Civiles*: que existe en el Ministerio de Justicia, en el caso de que no hubiese sido posible localizar al demandado (artículo 157 LEC).

Si las averiguaciones que realizaren los tribunales sobre el domicilio del demandado resultaren infructuosas, el Letrado de la Administración de Justicia ordenará que se comunique el nombre del demandado y los demás datos de identidad al Registro Central de Rebeldes Civiles que existe en el Ministerio de Justicia (regulado por el Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, sobre el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia), con indicación de la fecha de la resolución de comunicación edictal del demandado para proceder a su inscripción (artículo 157.1 LEC). Cualquier letrado de la administración de justicia que deba averiguar el domicilio de un demandado podrá dirigirse al Registro Central de Rebeldes Civiles para comprobar si el demandado consta en dicho registro y si los datos

que en él aparecen son los mismos de que dispone. En tal caso, mediante diligencia de ordenación, podrá acordar directamente la comunicación edictal del demandado (artículo 157.2 LEC). Cualquier órgano judicial, a instancia del interesado o por iniciativa propia, que tuviera conocimiento del domicilio de una persona que figure inscrita en el Registro Central de Rebeldes Civiles deberá solicitar la cancelación de la inscripción comunicando el domicilio al que se le pueden dirigir las comunicaciones judiciales. El Registro remitirá a las Oficinas judiciales en que conste que existe proceso contra dicho demandado, el domicilio indicado por este a efecto de comunicación, resultando válidas las practicadas a partir de ese momento en ese domicilio (artículo 157.3 LEC). Con independencia de lo anterior, cualquier tribunal que necesite conocer el domicilio actual del demandado en un procedimiento, que se encuentre en ignorado paradero con posterioridad a la fase de personación, podrá dirigirse al Registro Central de Rebeldes Civiles para que se practique la oportuna anotación tendente a que le sea facilitado el domicilio donde puedan dirigirse las comunicaciones judiciales si este dato llegara a conocimiento del citado Registro (artículo 157.4 LEC).

- La LEC no prevé que la declaración de rebeldía lleve aparejada la *posibilidad de adoptar medidas cautelares* (tal y como preveía expresamente la LEC de 1881, en sus artículo 762 y ss.). No obstante, a pesar del silencio de la Ley nada impide su adopción.
- *Previsión de un medio de rescisión de la sentencia firme*: este sistema de impugnación tiene por objeto garantizar su audiencia cuando la incomparecencia se hubiera producido por causa justificada (artículos 501-508 LEC).

Al demandado rebelde se le reconoce la *posibilidad de impugnar tanto la sentencia definitiva que le hubiera condenado, como la sentencia firme*. En el primer caso, si la sentencia le hubiese sido notificada

personalmente, solo podrá utilizar contra ella el recurso de apelación, y el extraordinario por infracción procesal o el de casación, cuando procedan, si los interpone dentro del plazo legal. Los mismos recursos podrá utilizar el demandado rebelde a quien no haya sido notificada personalmente la sentencia, pero en este caso, el plazo para interponerlos se contará desde el día siguiente al de la publicación del edicto de notificación de la sentencia en el *Boletín Oficial del Estado*, boletín oficial de la Comunidad Autónoma o boletín oficial de la provincia o, en su caso, por los medios telemáticos, informáticos o electrónicos a que se refiere el artículo 497.2 (aunque se trata del artículo 497.4 LEC), o del modo establecido en el apartado 3 del mismo artículo, es decir bastando la publicidad del edicto en el tablón de anuncios de la Oficina Judicial (artículo 500 LEC).

En el segundo caso, el demandado que hubiera permanecido constantemente en rebeldía puede solicitar la rescisión de la sentencia firme, cuando concurren los siguientes requisitos:

- *Competencia*: tendrá competencia el tribunal que hubiera dictado la sentencia firme (artículo 501 *in limine* LEC).
- *Resoluciones susceptibles de rescisión*: sentencias firmes dictadas en procesos plenarios (arg. artículo 503 Lec).
- *Supuestos en que procede*: de fuerza mayor ininterrumpida, que impidió al rebelde comparecer en todo momento, aunque haya tenido conocimiento del pleito por haber sido citado o emplazado en forma (artículo 501.1 LEC). De desconocimiento de la demanda y del pleito, cuando la citación o el emplazamiento se hubieren practicado por cédula, a tenor del artículo 161 LEC, pero esta no hubiese llegado a poder del demandado rebelde por causa que no le sea imputable (artículo 501.2 LEC). De desconocimiento de la demanda y del pleito, cuando el demandado rebelde

haya sido citado o emplazado por edictos y haya estado ausente del lugar en que se haya seguido el proceso y del cualquier otro lugar del Estado o de la Comunidad Autónoma, en cuyos Boletines se hubiesen publicado aquellos (artículo 501.3 LEC).

- *Plazo*: la rescisión de sentencia firme a instancia del demandado rebelde solo procederá si se solicita dentro de los plazos siguientes (artículo 502 LEC): De veinte días, a partir de la notificación de la sentencia firme, si dicha notificación se hubiere practicado personalmente. De cuatro meses, a partir de la publicación del edicto de notificación de la sentencia firme, si esta no se notificó personalmente. Los plazos antedichos podrán prolongarse, conforme al artículo 134.2 LEC, si subsistiera la fuerza mayor que hubiera impedido al rebelde la comparecencia, pero sin que en ningún caso quepa ejercitar la acción de rescisión una vez transcurridos dieciséis meses desde la notificación de la sentencia.

El procedimiento de la rescisión de sentencias por rebeldía pasa por dos fases o juicios (rescindente y rescisoria): la primera, ante el mismo tribunal que hubiese dictado la sentencia firme; la segunda (en el caso de estimación), ante quien corresponda conocer en primera instancia.

El juicio rescindente comenzará con demanda, que no suspenderá la ejecución de la sentencia firme (salvo lo dispuesto en el artículo 566 LEC), y se sustanciará por los trámites establecidos para el juicio ordinario, que podrá ser iniciado por quienes hayan sido parte en el proceso (*vid.* artículo 504 LEC).

Si despachada ejecución, se interpusiera y admitiera demanda de rescisión de sentencia firme dictada en rebeldía, el tribunal competente para la ejecución podrá ordenar, a instancia de parte, y si las circunstancias del caso lo aconsejaran, que se suspendan las actuaciones de ejecución de la sentencia. Para acordar la suspensión el tribunal deberá exigir al que la pida caución por el valor de lo litigado y los daños y perjuicios

que pudieren irrogarse por la inejecución de la sentencia. Dicha caución podrá otorgarse en dinero efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate (artículo 566.1 LEC, en relación con el artículo 529.3 II LEC). Se alzarán la suspensión de la ejecución y se ordenará que continúe cuando le conste al letrado de la administración de justicia responsable de la ejecución la desestimación de la demanda de rescisión de sentencia dictada en rebeldía (artículo 566.2 LEC). Se sobreseerá por el letrado de la Administración de Justicia la ejecución cuando después de rescindida la sentencia dictada en rebeldía, se dicte sentencia absolutoria del demandado (artículo 566.3 LEC). Cuando, rescindida la sentencia dictada en rebeldía, se dicte sentencia con el mismo contenido que la rescindida o que, aun siendo de distinto el contenido, tuviere pronunciamiento de condena, se procederá a la ejecución, considerándose válidos y eficaces los actos de ejecución anteriores en lo que fueren conducentes para lograr la efectividad de los pronunciamientos de dicha sentencia (artículo 566.4 LEC).

Celebrado el juicio, en el que se practicará la prueba pertinente sobre las causas que justifican la rescisión, resolverá sobre ella el tribunal mediante sentencia, que no será susceptible de recurso alguno (artículo 505.1 LEC).

A instancia de parte, el tribunal de ejecución deberá acordar la suspensión de la ejecución de la sentencia rescindida, si, conforme a lo previsto en el artículo 566 LEC, no hubiere ya decretado la suspensión (artículo 505.2 LEC).

Si se desestimara la rescisión solicitada por el litigante condenado en rebeldía, se impondrán a este todas las costas del procedimiento (artículo 506.1 LEC).

Si se estimara procedente la rescisión, no se impondrán las costas a ninguno de los litigantes, salvo que el tribunal aprecie temeridad en alguno de ellos (artículo 506.2 LEC). Además, se remitirá certificación de la sentencia al tribunal que hubiere conocido del asunto en primera instancia (artículo 507.1 LEC), salvo que dicho tribunal hubiere sido el que estimó procedente la rescisión (artículo 507.2 LEC).

El juicio rescisorio se llevará a cabo ante el tribunal que hubiera conocido de él en primera instancia conforme a las reglas siguientes: se entregarán los autos por diez días al demandado para que pueda exponer y pedir lo que a su derecho convenga, en la forma prevenida para la contestación a la demanda (artículo 507.1.1 LEC). Si el demandado no formulase alegaciones y peticiones en este trámite, se entenderá que renuncia a ser oído y se dictará nueva sentencia en los mismos términos que la rescindida. Contra esta sentencia no se dará recurso alguno (artículo 508 LEC).

De lo que se expusiere y pidiere se conferirá traslado por otros diez días a la parte contraria, entregándole las copias de los escritos y documentos (artículo 507.1.2 LEC).

En adelante, se seguirán los trámites del juicio declarativo que corresponda, hasta dictar la sentencia que proceda, contra la que podrán interponerse los recursos previstos en la LEC (artículo 507.1.3 LEC).

La Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil española (LCJIMC), establece, como una de las causas de denegación del reconocimiento de las sentencias judiciales extranjeras firmes, que cuando la resolución se hubiera dictado con manifiesta infracción de los derechos de defensa de cualquiera de las partes no se reconocerán. Si la resolución se hubiera dictado en rebeldía, se entiende que concurre una manifiesta infracción de los derechos de defensa si no se entregó al demandado cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma regular y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse (artículo 46.1 b) LCJIMC). Según el Preámbulo de la Ley, se

entenderá que se han conculcado los derechos de defensa del demandado si la interposición de la demanda no se notificó de forma regular y con tiempo suficiente. En este punto, la norma es más estricta que la contenida en los Reglamentos de la Unión Europea, que no exigen una estricta regularidad formal de la notificación. Ello es pertinente, habida cuenta que se trata de una disposición que se aplicará cuando no rija ni reglamento europeo ni convenio internacional (apartado VIII, párrafo 9).

Según el Reglamento (UE) 1215/2012, de 12 de diciembre, del Parlamento y del Consejo, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, se denegará, a petición de cualquier parte interesada, el reconocimiento de la resolución cuando haya sido dictada en rebeldía, si no se entregó al demandado cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma tal y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse, a menos que no haya recurrido contra dicha resolución cuando pudo hacerlo (artículo 45.1 b. del Reglamento). Asimismo, la ejecución de una resolución se denegará, a petición de la persona contra la que se haya instado la ejecución, por cualquiera de los motivos mencionados en el artículo 45 (artículo 46 del Reglamento), es decir, incluye el caso de la rebeldía anteriormente recogido.

En arbitraje, la Ley Modelo de la CNUDMI, sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 (LM) con las enmiendas aprobadas en 2006, se refiere a la rebeldía en su artículo 25 que lleva por leyenda «Rebeldía de una de las partes», según el cual, salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando sin invocar causa suficiente el demandante no presente su demanda con arreglo al artículo 23.1, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones; cuando el demandado no presente su contestación con arreglo, al artículo 23.1, el tribunal arbitral continuará las actuaciones, sin que la omisión se considere por sí misma como una aceptación de las alegaciones del demandante; cuando una de las partes no comparezca a una audiencia o no presente prueba documental, el tribunal arbitral podrá continuar las actuaciones y dictar el laudo basándose en las pruebas de que dis-

ponga (artículo 25 LM). No obstante lo anterior, solo en el caso de que el demandado no presente su contestación dentro del plazo correspondiente es cuando se está propiamente ante una situación de rebeldía, siempre que se haya hecho la notificación correctamente, como se verá, a continuación, al tratar la legislación española sobre arbitraje. En la propia Nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI acerca de la LM en su versión enmendada de 2006 se reconoce que lo previsto en el artículo 25 se aplica, sobre todo, cuando el demandado no presenta su contestación (*vid.* «B. Características más destacadas de la Ley Modelo», «5 Susanciación de las actuaciones arbitrales», apartado 37).

Asimismo, la LM dispone que solo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, siguiendo las normas del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 (CNY), cualquiera que sea el país en que se haya dictado, a instancia de la parte contra la cual se invoca, entre otras causas, cuando esta parte pruebe ante el tribunal competente del país en que se pide el reconocimiento o la ejecución que la parte contra la que se invoca el laudo no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos (artículo 36.1 a. ii. LM). También podría denegarse el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado, cuando el tribunal compruebe, en lo que ahora interesa, que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de este Estado (artículo 36.1 b. ii. LM), incluyendo en ese orden público la falta de audiencia del demandado por falta de notificación. Podrá denegarse el reconocimiento o ejecución de una medida cautelar, si, al actuar a instancia de la parte afectada por la medida, al tribunal le consta que dicha denegación está justificada por el motivo anteriormente mencionado, es decir, la falta de notificación en forma con la consiguiente indefensión (artículo 17.1 a. LM). Igualmente, si el tribunal resuelve que es aplicable el motivo de denegación que el reconocimiento o la ejecu-

ción del laudo serían contrarios al orden público de este Estado (artículo 17 I b. ii. LM), con el contenido antes señalado.

La Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje española (LA), a diferencia de la LM que es su principal criterio inspirador, no utiliza la expresión «Rebeldía de una de las partes» en su artículo 31, que es el análogo al artículo 25 de aquel texto, sino de «Falta de comparecencia de una de las partes», estableciendo una serie de consecuencias ante dicha falta de comparecencia al igual que el artículo de la LM. Así, respecto al demandado, que es el caso típico de rebeldía, salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando sin alegar causa suficiente a juicio de los árbitros, no presente su contestación en plazo, los árbitros continuarán las actuaciones, sin que la omisión se considere como allanamiento o admisión de los hechos (artículo 31.b LA).

Según el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, solo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de parte contra la cual es invocada, entre otras causas, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución que la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa (artículo v.1 b. CNY). También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral, en lo que aquí interesa, si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución comprueba que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país (artículo v.2 b. CNY), incluyendo en el orden público, al igual que se ha señalado antes, respecto de la Ley Modelo, la falta de audiencia del demandado por falta de notificación.

Rafael Hinojosa Segovia
(Profesor titular de Derecho Procesal,
Universidad Complutense de Madrid)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ARAGONESES ALONSO, Pedro. «Inactividad de las partes en el proceso civil». *Revista de Derecho Procesal, Segunda época*, 1960, n.º 3. pp. 299-414; ARAGONESES MARTÍNEZ, Sara e HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. *Lecciones de Derecho procesal civil. Introducción, parte general, procesos declarativos ordinarios y sus especialidades*. Cerasa, Madrid, 2008, pp.161-165; BACHMAIER WINTER, Lorena. *La rebeldía en el proceso civil norteamericano y español*. Servicio Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994; FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. *Curso de Derecho internacional privado*, Civitas. Madrid, 1991, pp. 634-637; FONT SERRA, Eduardo. Voz «Rebeldía (Dº Procesal)». *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. IV, Civitas. Madrid, 1994, pp. 5465-5469; MUÑOZ ROJAS, Tomás. «Sobre la rebeldía y el recurso de audiencia al demandado». *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1981, n.º 2-3, pp. 377-414.

VOCABLOS CONEXOS: *Exequatur*. *Exequatur* de laudo arbitral extranjero. Notificación internacional.

RED INTERNACIONAL DE JUECES DE LA HAYA (RIJLH)

Entramado organizado de jueces en ejercicio —por lo general, especialistas en Derecho de familia—, específicamente designados por cada Estado, con la finalidad de potenciar la cooperación internacional al facilitar las comunicaciones entre las autoridades de su jurisdicción, extranjeras y las autoridades centrales en casos que involucren el traslado o retención ilícita de niños, en los términos del Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (Convenio de 1980). En ocasiones, puede resultar de aplicación otro instrumento global, regional o multilateral de protección de niños. También forma parte de la función de sus componentes, los jueces de enlace, la participación en seminarios internacionales de magistrados y autoridades, la capacitación y la facilitación de información en sus respectivas jurisdicciones.

1. Cooperación jurídica y redes

Es sabido que una de las características de la evolución de la cooperación jurídica en las últimas décadas viene dada por el trabajo de distintas redes de actores vinculados —de una forma o de otra— con la operatoria de la cooperación jurídica internacional (GOICOECHEA, 2016). Es así como existen redes de autoridades centrales, de jueces, de ministerios públicos, de puntos de contacto, de ministerios de justicia.

La trama de la Red Internacional de Jueces de La Haya (RIJH) se fue desarrollando con el explícito objetivo de agilizar y eficientizar el funcionamiento práctico del Convenio de 1980 un par de años antes de la finalización del siglo XX y desde entonces, su evolución ha ido en permanente crecimiento, tanto en cantidad de integrantes cuanto en diversidad de sistemas jurídicos involucrados (inclusive, algunos no signatarios del Convenio de 1980) e iniciativas promovidas.

2. Origen y evolución

El seminario para jueces llevado a cabo durante 1998 en De Ruwenberg, Países Bajos, es señalado como el escenario en el que se comenzó a gestar abiertamente la idea de conformar una red internacional de jueces para la protección internacional de la niñez, en el contexto de las necesidades vivenciadas ante la aplicación del Convenio de 1980.

En lo medular, la idea apuntó al nombramiento de algún miembro de la judicatura por las autoridades pertinentes de cada jurisdicción —teniendo en cuenta las particularidades de los diversos sistemas judiciales— que estuvieran en condiciones de officiar de interlocutor o promotor de comunicación y enlace entre jueces (de su sistema legal y extranjeros), así como con las autoridades centrales intervinientes.

Si bien la intención inicial se circunscribía a los términos de actuación en el marco del Convenio de 1980, en la actualidad es claro que el trabajo

en red podría resultar beneficioso para el funcionamiento de otros instrumentos internacionales de naturaleza global o multilateral. A saber, —y al solo título ejemplificativo— el Convenio 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 (Convenio de 1996) o la Convención Interamericana sobre Restitución internacional de Menores de 1989. En especial, en aquellas circunstancias en las que comunicación entre autoridades con un menor nivel de intermediación ostentan gran valor.

En efecto, uno de los más incansables y reconocidos promotores de la creación de la RIJH ha llegado a reconocer en ocasión del homenaje por el vigésimo aniversario de la red que una vez que nace la innovación, hasta cierto punto crea su propia evolución y desarrolla su propio futuro (THORPE, 2019). La iniciativa, incluso se cita como antecedente modelo para la generación de una Red Judicial Europea.

Desde los comienzos, una incesante e ininterrumpida cantidad de conferencias judiciales ha respaldado la expansión de la RIJLH (LORTIE, 2009), cuyo detalle puede ser consultado en la Sección pertinente de la web de la Conferencia de La Haya (www.hcch.net).

A su vez, es sabido que una de las indiscutibles fortalezas de los instrumentos generados en el marco de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado radica en el seguimiento de su implementación y efectivo funcionamiento materializado a través de las Comisiones Especiales.

En ese marco, las reuniones han venido apoyando explícitamente la labor de la RIJLH de manera cada vez más detallada. Así sucedió durante Cuarta Reunión de la Comisión sobre el funcionamiento del Convenio de 1980 (2001, C&R 1.8; 5.5; 6.6; 8.3), Quinta Reunión de la Comisión sobre el funcionamiento del Convenio de 1980 e implementación práctica del Convenio de 1996 (2006, C&R 1.6.3; 1.6.4; 1.6.5; 1.6.6; 1.6.7;

1.6.9), Sexta Reunión de la Comisión sobre el funcionamiento práctico del Convenio de 1980 y del Convenio de 1996 (Primera Parte, 2011 y Segunda Parte, 2012, C&R 8; 38; 64; 65; 67; 68; 71, 72; 73; 75; 79) Séptima Reunión de la Comisión sobre el funcionamiento práctico del Convenio de 1980 y del Convenio de 1996 (2017, C&R 27; 59; 60; 61; 62; 72).

3. Magnitud actual y función primordial

Según la actualización de la Oficina Permanente correspondiente a agosto de 2023, la RIJLH cuenta con 151 jueces de 88 Estados de todos los continentes (<https://assets.hcch.net/docs/665b2d56-6236-4125-9352-c22bb65bc375.pdf>).

El rol fundamental que cada miembro de la red está llamado a desempeñar consiste en posibilitar y promover el enlace entre sus colegas a nivel interno y en la esfera internacional, con otros miembros de la red.

Es preciso señalar que las comunicaciones directas así emprendidas pueden ser de dos tipos. En términos más genéricos, se vinculan con la generación y otorgamiento de información sobre el sistema jurídico propio o extranjero sin estar relacionada con un caso en particular. De este mismo tenor, puede considerarse la participación en seminarios judiciales internacionales.

En cambio, con un carácter más específico, el juez de enlace es un engranaje de gran relevancia para promover las comunicaciones judiciales directas relativas a casos particulares. Recordemos que el objetivo de estas comunicaciones se dirige a paliar la falta de información que el juez competente pudiera tener acerca de variados aspectos sobre la situación y las implicancias legales en el Estado de residencia habitual del niño.

En síntesis, el papel asignado a los jueces de la RIJLH es, principalmente, servir de conexión entre los jueces a nivel interno en sus respectivas jurisdicciones y otros miembros de la red (HARRINGTON, 2011).

4. *Lineamientos básicos*

En función de la insoslayable vinculación de su razón de ser con la facilitación de las comunicaciones judiciales directas, no es de sorprender que, por lo general, las iniciativas surgidas en el seno de la Conferencia de La Haya y que plasman los esfuerzos por ofrecer algún tipo de regulación de la conformación de la RIJLH y su funcionamiento sobre la base de la experiencia acumulada por los magistrados, abarquen ambos aspectos.

Desde esta perspectiva, resulta pertinente traer a colación los «Lineamientos emergentes, relativos al desarrollo de la Red Internacional de Jueces de La Haya y de Principios Generales sobre Comunicaciones Judiciales, que comprende las Salvaguardias comúnmente aceptadas para las Comunicaciones Judiciales Directas en casos específicos, en el contexto de la Red Internacional de Jueces de La Haya» (en adelante, Lineamientos LH), el documento más completo emitido en torno a las CJD y donde se plasman las labores realizadas por las distintas reuniones y reflejadas en las diferentes conclusiones y recomendaciones formuladas (MASTRANGELO, 2019).

Sucede que, con el correr de los años y el andar de la RIJLH, se tornó patente la necesidad de organizar las reglas relativas al nombramiento y designación de miembros de la Red, así como la información acerca de su modalidad de contacto y su propagación; justamente, los temas que inauguran el elenco de pautas contenidas en el documento.

4.1. *La génesis del instrumento*

Desde fines de 2006, y en función del mandato surgido de las conclusiones de la Quinta reunión de la Comisión Especial, la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (OP) se dispuso a trabajar con el objetivo de dar forma a un documento que obre como plataforma para la redacción de Principios para las Co-

municaciones Judiciales Directas y las cuales servirían de modelo para el desarrollo de buenas prácticas en su utilización.

A lo largo de varios años y a través de reuniones, seminarios y cuestionarios, una considerable cantidad de expertos provenientes de las jurisdicciones nacionales enriquecieron el proyecto preliminar original, y dieron lugar a un renovado borrador que continuó siendo perfeccionado en una serie de conferencias judiciales.

En 2011, la OP recogió y sistematizó todas las contribuciones para presentar un nuevo documento a revisión de los países, lo sometió a consideración de la Sexta Comisión Especial (parte I), en cuyo seno volvió a ser objeto de discusión, para recibir su aval a través de la Conclusión 68.

El objetivo que subyace a lo largo de todo el instrumento es otorgar mayor transparencia, certeza y previsibilidad a las Comunicaciones Judiciales Directas, tanto para las partes, como para los jueces intervinientes.

Esta indisoluble vinculación entre la existencia de la RIJLH y las comunicaciones judiciales directas es la que permite afirmar que el camino que se fue construyendo hacia la cristalización de los Lineamientos LH corre paralelo al desarrollo, fortalecimiento e intensificación de actividades de la RIJLH. Prueba incontrastable de ello es que «comparten» regulación, pues los Lineamientos LH, además de condensar las recomendaciones relacionadas con las CJD brindan una serie de pautas sobre la designación de miembros y funcionamiento de la RIJLH (HARRINGTON, «Comunicaciones judiciales directas: un arma versátil para enfrentar los desafíos procesales del Derecho internacional privado de familia», 2018).

4.2. *La elección de los jueces de enlace*

Regulado en el lineamiento 1. del instrumento, ha quedado claro que la determinación de los mecanismos de designación de jueces miembros de la red es un tema central para su buen funcionamiento, por lo que se

trata de evitar nombramientos informales o voluntarios (FORCADA MIRANDA, 2017).

La pauta general siempre ha sido que la nominación recaiga sobre magistrados en ejercicio, especialistas en las áreas de trabajo involucradas, con experiencia internacional, que cuenten con el respaldo de las máximas autoridades de su propio país, se respete la independencia del Poder Judicial y privilegiando aquellas personas pertenecientes también a otras redes judiciales para potenciar cada esfuerzo cooperativo.

La razonable estabilidad en términos temporales ha sido también defendida y en los casos en los que ha sido necesaria una designación múltiple, se aconseja la especificación de respectivas áreas de cobertura (geográficas o según sistemas jurídicos).

Lineamiento 1: «Designación y nombramiento de los miembros de la Red Internacional de Jueces de La Haya

1.1 Se alienta a los Estados que no hayan designado Jueces para la Red a que procedan a hacerlo.

1.2 Los Jueces designados para la Red con responsabilidad en materia de protección internacional de niños deben ser Jueces en ejercicio con la debida autoridad y experiencia actual en ese campo. Las autoridades competentes responsables de estas designaciones varían según el Estado. Como ejemplo de dichas autoridades competentes, cabe mencionar los consejos judiciales, tribunales supremos, presidentes de tribunales supremos, asambleas de jueces o, en algunas ocasiones el Ministerio de Justicia u otros departamentos correspondientes del gobierno.

1.3 El proceso de designación de Jueces para la Red debe respetar la independencia del poder judicial.

1.4 También se alienta la designación de Jueces para la Red en Estados que no son Parte de los Convenios de La Haya relativos a los niños.

1.5 Se invita a los Estados que han designado a un juez especializado en derecho de protección de la infancia para otras redes a hacer lo mismo en el contexto de la Red Internacional de Jueces de La Haya, y viceversa.

1.6 En la medida de lo posible, las designaciones deberían efectuarse por períodos tan largos como fuera posible a fin de dotar de estabilidad a la Red, reconociendo al mismo tiempo la necesidad de incorporar nuevos miembros regularmente. Es práctica establecida que los jueces que ya no están en ejercicio renuncien a la Red para ser reemplazados por colegas en ejercicio con autoridad y experiencia actual en ese campo.

1.7 Las designaciones deberían efectuarse mediante carta firmada o la transmisión de cualquier documento oficial por la autoridad competente a cargo de cada designación.

1.8 En el supuesto de que se designaran dos o más miembros para un Estado, es práctica establecida identificar en la designación las unidades territoriales o sistemas jurídicos a cargo de cada juez y, asimismo, consignar qué juez es el contacto principal de aquellos miembros y cuál es el contacto alternativo».

4.3. *La información acerca de los miembros*

La OP gestiona y mantiene actualizada la información concerniente a los miembros de la RIJH, discriminando, según lo dispuesto en el lineamiento 2. entre aquella que debe obrar a disposición de cualquier interesado en el sitio web de la organización (nombres y países), de la que se distribuye con específicos datos de contacto, de carácter más confidencial.

Lineamiento 2: «Información relativa a los miembros de la Red

2.1 La información detallada de cada uno de los miembros de la Red será enviada a la Oficina Permanente a efectos de su incorporación a una lista de miembros disponible tanto en idioma inglés como francés.

2.2 La información que debe proporcionarse a efectos de su incorporación a la lista de miembros de la Red deberá incluir el nombre del juez y,

en caso de ser posible, a fin de ayudar a la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya con su traducción, el cargo del juez y el nombre del tribunal en el que se desempeña tanto en idioma francés como inglés, conjuntamente con el cargo y el nombre en el/los idioma/s original/es. Asimismo, deben proporcionarse los datos de contacto oficiales del juez, entre los que se incluyen la dirección postal y de correo electrónico, los números de teléfono y de fax, además del método de comunicación preferido por el juez. Por último, los miembros deberán consignar en la lista los idiomas en los que pueden comunicarse de forma oral y escrita.

2.3 La Oficina Permanente conservará dicha información, que deberá actualizarse cuando sea necesario.

2.4 Una copia de la lista de jueces, incluyendo sus datos de contacto, estará disponible para su distribución entre los miembros de la Red exclusivamente. Sin embargo, los nombres y cargos de los miembros se encuentran a disposición del público a través del sitio Web de la Conferencia de La Haya y El Boletín de los Jueces sobre Protección Internacional de Niños.

2.5 Una vez que se ha designado un Juez para la Red de La Haya, deben tomarse las medidas adecuadas para informar su designación a otros jueces y autoridades centrales que se ocupen de asuntos de protección internacional de niños.

2.6 Se recomienda a las autoridades centrales que en las solicitudes que se realicen en el ámbito del Convenio de La Haya de 1980 sobre Sustracción de Menores aparezca el nombre del Juez de la Red de La Haya del Estado solicitante».

5. *Divulgación de la tarea:* El Boletín de los Jueces

El primer *El Boletín de los Jueces* (en adelante, el *Boletín*) fue publicado en primavera de 1999 como corolario de la conclusión 3 del Seminario de De Ruwenberg, que solicitaba a la OP la distribución a los jueces asistentes de información de contacto y experiencias de cooperación judicial. Desde entonces, el Boletín ha desempeñado un importante papel hacia la divulgación del desarrollo de la cooperación judicial internacio-

nal en asuntos de protección infantil, además de obrar como herramienta para consolidación de la de la comunicación judicial directa como práctica (SAUVAGE, 2009).

Aunque en un primer momento se publicaba en inglés y francés, luego se amplió (aunque no de modo general) a otros idiomas. En gran medida, su difundida utilidad radica en la disponibilidad en internet en su soporte electrónico.

Además de las noticias sobre la Conferencia de La Haya y de las actualizaciones de sus convenios, el *Boletín* contiene artículos sobre Derecho comparado y Derecho internacional.

Las experiencias compartidas por los jueces en la publicación comprenden desde la iniciación del contacto y el seguimiento de la comunicación directa hasta la preservación de la independencia de los jueces y los derechos de las partes.

Sin perjuicio de este tema central, presente en casi todas las ediciones, se incluyen novedades sobre la jurisprudencia sobre el Convenio de 1980 en diversas jurisdicciones, así como experiencias de protección de niños en Estados no signatarios.

Desde una perspectiva más amplia, algunos de los tomos del *Boletín* se han centrado aspectos relativos a otros convenios, tales como el Convenio de 1996 (tomo X y XXIV), el Convenio de 1993 sobre Adopción Internacional (tomo XIII y XVII) o han tenido como eje cuestiones puntuales, entre las que se puede mencionar a modo de ejemplo: resultados de las reuniones de la Comisión Especial (tomos XVIII; XIX y XXI), concentración de jurisdicción (tomo XX), la voz del niño (tomo XXII) o la Conferencia de Malta (tomo XVI).

*Autor: Carolina Harrington
(Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: FORCADA MIRANDA, Francisco Javier. *Las comunicaciones judiciales directas en la cooperación jurídica internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2017; GOICOECHEA, Ignacio. «Nuevos desarrollos en la cooperación jurídica internacional en materia civil y comercial», en *Rev.secr.Trib. perm.revis.*, Asunción, 2016, pp. 127-151; HARRINGTON, Carolina. «Comunicaciones judiciales directas: un arma versátil para enfrentar los desafíos procesales del Derecho internacional privado de familia», en *La Ley Córdoba*, 2018; HARRINGTON, Carolina. «Los paradigmas de familia y la internacionalidad. Notas sobre diálogo judicial en el siglo XXI», en *La Ley Córdoba*, 2011, pp. 713-721; LORTIE, Phillippe. «Antecedentes de la Red Internacional de Jueces de La Haya», en *El Boletín de los Jueces*, 2009, pp. 22-29; MASTRANGELO, Fabio. «Las comunicaciones judiciales directas en los procesos de restitución internacional de menores. Una herramienta imprescindible para el futuro» en FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia y LORENZO IDIARTE, Gonzalo (dirs.). *Jornadas 130.º Aniversario Tratados de Montevideo 1889. Legado y futuro de sus soluciones en el concierto internacional actual*. Montevideo, FCU, 2019, pp. 595-614; SAUVAGE, Nicolás. «Diez años del *Boletín de los Jueces*», en *Boletín de los Jueces*, 2009 pp. 5-6; THORPE, Mathew. «Judicial activism - *The IHNJ & The Judges' Newsletter*. A 20 years evolution» en *The Judges Newsletter*, 2019, pp. 6-11.

VOCABLOS CONEXOS: Comunicaciones judiciales directas. Sustracción internacional de menores. Conferencia de La Haya Derecho internacional privado. Cooperación judicial internacional.

REENVÍO

Un primer acercamiento al reenvío permite concebir esta figura jurídica como un mecanismo que conduce a aplicar las reglas de conflicto del sistema jurídico extranjero designadas por la regla de conflicto del foro. De entrada, cabe decir que la operativa normal de la norma de conflicto es siempre remitir a un determinado ordenamiento. Si este ordena-

miento es extranjero, puede ocurrir que contenga a su vez una norma indirecta para regular el objeto del litigio, pero que reenvíe la solución material de la cuestión a otro Derecho distinto, que puede ser el del foro o el de otro país diferente a los anteriores. Cuando se plantea este problema el juez debe decidir con arreglo a qué norma definitiva va a resolver la controversia de tráfico jurídico externo. Dependiendo del Derecho al que acabe refiriéndose la norma de conflicto del foro es posible distinguir dos tipos de reenvío:

- El reenvío de primer grado o de retorno: Consiste en la remisión que la norma de conflicto del foro hace a un Derecho extranjero y este no resuelve materialmente la controversia, sino que reenvía la solución de la misma al Derecho del foro.

- El reenvío de segundo grado: Se produce cuando la norma de conflicto del tribunal que conoce del asunto remite a un ordenamiento extranjero y este no soluciona materialmente el litigio, sino que reenvía la solución del caso a un segundo Derecho extranjero.

Desde una perspectiva puramente conceptual podría plantearse la posibilidad de reenvíos de tercer grado, cuarto y demás, pero las legislaciones existentes en los diferentes países de la Comunidad Internacional no acogen estas opciones. Por lo tanto, el límite máximo de aceptación estaría en el segundo grado. Los Estados que acogen esta figura del reenvío consideran que con ella se consigue la armonía internacional de soluciones, ya que el tribunal del foro resuelve el objeto de la demanda igual que lo hubiera hecho el tribunal extranjero al que se hubiera remitido la norma de conflicto. Además, se respetaría la integridad del Derecho extranjero por cuanto la remisión al mismo se entendería hecha no solo a sus normas directas, sino también a las de Derecho internacional privado que puedan consistir en normas indirectas.

Los orígenes más remotos del reenvío se sitúan en el conocido *caso Forgo*, que fue resuelto por el Tribunal de Casación francés, el 24 de junio de 1878. Se trataba de la sucesión de un nacional bávaro afincado en Francia, que había fallecido sin testamento y esta situación había desembocado en el enfrentamiento por la herencia entre los parientes colaterales del causante y el Fisco francés. Este último sostenía su derecho al caudal hereditario, por aplicación del Código Civil francés que otorgaba al Estado la sucesión de los hijos ilegítimos, a falta de descendientes o cónyuge superviviente, lo que se producía en este caso. Según la norma de conflicto francesa, la sucesión se regulaba por la ley del domicilio legal del causante, que el protagonista de esta historia había mantenido en Baviera hasta su desaparición. Por su parte, esta remisión de la regulación francesa debía entenderse efectuada en favor de la norma de conflicto bávara en materia de sucesiones, que declaraba aplicable la ley del Estado correspondiente al domicilio de hecho del causante, que se encontraba en Francia. Pues bien, al final se acabó aplicando el Derecho material francés y los bienes fueron definitivamente adjudicados al Estado francés, como consecuencia de la aceptación de un reenvío de primer grado o de retorno en favor de la Ley del foro.

1. La solución española del artículo 12.2 del Código Civil

El problema del reenvío en España se puede producir cuando el juez, enfrentado a una controversia de tráfico jurídico externo, tiene que aplicar a la misma su norma de conflicto y esta remite la solución del problema a un Derecho extranjero, donde a su vez existe otra norma indirecta que reenvía la regulación del asunto al ordenamiento del foro o a un segundo Derecho extranjero. Es en este caso donde cabe plantearse si la remisión de la norma de conflicto del foro se hace a todo el ordenamiento extranjero o solo a sus normas directas, ya que si solo se entendieran aplicables estas últimas el problema del reenvío no existiría. La solución a esta cuestión en el ordenamiento español se encuentra en el artículo 12.2 del Código Civil, que se manifiesta en los siguientes términos: «La remisión al Derecho extranjero se entenderá hecha a su ley ma-

terial, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española».

En un primer momento, el ordenamiento español rechaza totalmente el reenvío, ya que la remisión no se entiende hecha a todo el ordenamiento extranjero (incluyendo normas directas y de conflicto), sino solo a las materiales directas, pero a continuación introduce una excepción al aceptar el reenvío a la ley española o, lo que es lo mismo, el de primer grado o retorno. Por lo tanto, el reenvío que parece excluirse es el de segundo grado aunque a través de leyes especiales se ha ido dando cabida a esta figura, como puede ser el caso del artículo 162 de la Ley Cambiaria y del Cheque que, expresamente, se manifiesta de la siguiente manera: «La capacidad de una persona para obligarse por cheque se determina por su ley nacional. Si esta ley declara competente la ley de otro país, se aplicará esta última».

En suma, el artículo 12.2 del Código Civil parte de una regla general, la no aceptación del reenvío, y después se puede excepcionar esta solución cuando se acabe aplicando el Derecho español. Ahora bien, debe señalarse que no se trata de una excepción obligatoria, sino facultativa para el tribunal que resuelve el asunto y por ello este puede tener en cuenta el reenvío a la ley española. Además, el reenvío debería rechazarse si produce un fraccionamiento normativo del acto jurídico, si la norma de conflicto del foro contiene otras conexiones alternativas que harían válido el negocio jurídico de no haberse aceptado el reenvío con alguna de ellas o si las partes han elegido el Derecho aplicable a su relación jurídica, elección que no debería verse alterada por la aceptación del reenvío.

2. *La jurisprudencia del reenvío en materia sucesoria*

En la práctica española, la figura del reenvío ha resultado particularmente frecuente en los supuestos de nacionales de países anglosajones, tanto de Estados Unidos como del Reino Unido, que habían fallecido en España o tenían domicilio en territorio español o poseían bienes en

nuestro país. Para resolver estos supuestos, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha apartado de soluciones categóricas o formales y, por el contrario, ha preferido posicionamientos más casuísticos y flexibles, que han permitido aceptar o rechazar el reenvío en aras de encontrar la mejor solución guiada por la búsqueda de la justicia del resultado. Esto último se ha identificado por el alto tribunal con el logro de conseguir la armonía internacional de soluciones y con el objetivo de evitar el fraccionamiento jurídico de la sucesión, esto es, en definitiva con alcanzar los principios de universalidad y unidad de la herencia.

2.1. *La sucesión de estadounidenses*

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1, de 15 de noviembre de 1996 (ECLI: ES:TS:1996:6401), resolvió en casación el recurso interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, que había fallado sobre la nulidad de la institución de herederos. Se trataba de un causante, ciudadano norteamericano de la ciudad de Maryland, con último domicilio en Inglaterra, donde falleció, pero que poseía parte de los bienes relictos situados en España donde residían sus descendientes. La norma de conflicto aplicable en ese momento a la sucesión remitía a la ley nacional del causante, lo que suponía acudir al Derecho de Maryland. Pero, a su vez, el Derecho internacional privado de este último señalaba que, en relación con los bienes inmuebles, la sucesión se habría de regir por la *lex rei sitae*. Al estar una finca situada en España, se pregunta la jurisdicción española sobre la aplicación del artículo 12.2 del Código Civil al caso, ya que se regula en dicho precepto la figura del reenvío. En concreto, La Audiencia entiende que el Código Civil admite el reenvío de primer grado y que, por ende, debe aplicarse el Derecho español para regular la sucesión cuando existen bienes sitos en España. Ello dio lugar a la anulación de la institución de heredero realizada por el causante a favor de su hermano y en caso de premorienza a los hijos de este, puesto que el fallecido tenía dos hijos legítimos que habían sido desheredados sin expresión de causa. En consecuencia, la admisión del reenvío de primer grado hecha por la Audiencia suponía

que la sucesión de los bienes sitos en España debía organizarse de conformidad con el Derecho español y que, por ende, debía respetarse la institución de la legítima

Sin embargo, el Tribunal Supremo resolvió de manera contraria a la Audiencia, al entender que la regulación del reenvío por el artículo 12.2 del Código Civil se planteaba con un carácter dispositivo y no imperativo. En efecto, cuando la norma de conflicto del foro remite a un ordenamiento extranjero y en este último hay, a su vez, otra norma de conflicto que reenvía la solución del litigio al Derecho del foro, el mencionado precepto establece que se tenga en cuenta el reenvío en cuestión. Pero ese «tener en cuenta» no equivale a que deban aplicarse nuestras normas sucesorias de modo inexorable, puesto que en español (Diccionario de la Lengua Española) «tener en cuenta» quiere decir «tener presente, considerar», y ello es lo que debe hacerse, considerar si el reenvío ha de aceptarse en el presente caso. Al respecto, el Tribunal Supremo rechazó el reenvío por entender que en el Derecho español se entiende preponderante la ley nacional del *de cuius* y, al mismo tiempo, el sistema hereditario español es de carácter universalista, esto es, se basa en el criterio de unidad del régimen sucesorio. Además, el reenvío debe entenderse como un instrumento de armonización de sistemas jurídicos de los Estados, como un instrumento respetuoso con los principios que los inspiran y si el Derecho americano se apoya en una gran libertad de testar, y no reconoce las legítimas de los hijos, en nada armonizaría la coexistencia de los derechos respectivos, la aplicación del Derecho español a la sucesión del causante de este litigio, que no ha conservado con España ni la residencia ni el domicilio.

2.2. *La sucesión de británicos*

Una primera Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1, de 21 de mayo de 1999 (ECLI: ES:TS:1999:3532), se pronunció en casación sobre la sucesión de un causante de nacionalidad inglesa, que había otorgado testamento por el cual instituía heredera única y universal

a su segunda esposa de todos sus bienes y dejaba fuera de la herencia a los hijos habidos en un primer matrimonio. Si bien en Primera Instancia los hijos demandantes del finado consiguieron ver reconocidos sus derechos legítimos por aplicación de la Ley española, ya que la norma de conflicto del foro remitía al Derecho inglés que, a su vez, reenviaba la solución del litigio a España, en apelación se revocó la sentencia de primera instancia y en casación se le dio la razón a la demandada. Los argumentos esgrimidos por el Alto Tribunal se basaron en rechazar el reenvío de retorno en materia sucesoria, por cuanto la evolución actual del Derecho internacional privado, tal como se manifiesta en el Derecho comparado y de manera notable en el Derecho convencional internacional, implica un tratamiento matizado del reenvío que hace imposible adoptar una actitud indiscriminada de aceptación o rechazo del mismo, sino que debe procederse en su aplicación con un criterio flexible y de aplicación restrictiva y muy condicionada.

Además, se consideró que la aplicación del reenvío en los términos pretendidos por los demandantes era contraria al principio de universalidad de la herencia que rige nuestro Derecho sucesorio o impedía dar un tratamiento jurídico distinto a la sucesión mobiliaria y a la inmobiliaria. Asimismo contradice y deja sin aplicación el principio rector del Derecho inglés en materia sucesoria que consiste en la libertad de testar, en tanto que manifestación de la autonomía de la voluntad. Por otra parte, la aplicación al caso del reenvío de retorno no conseguiría la finalidad que se asigna a este instrumento jurídico, de armonización de los sistemas jurídicos de los Estados, a lo que debe añadirse que en ese supuesto la solución que se alcanzaría con esa aplicación tampoco puede afirmarse que entrañe una mayor justicia en relación con los intereses en juego. Por todo ello, se concluye que la sucesión del causante se rige por su ley nacional, es decir, por la Ley inglesa reconocedora de la libertad de testar a sus nacionales y no por el Derecho español, en tanto que esto último hubiera supuesto decantarse a favor del reenvío.

En una segunda sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1, de 23 de septiembre de 2002 (ECLI: ES:TS:2002:6053), se vino a decir lo contrario de la anterior, por cuanto en Primera Instancia, en Apelación y en Casación se le dio la razón a la demandante, que consiguió con el reenvío de primer grado o de retorno el reconocimiento de su derecho a la legítima. Los datos del caso se basaban en el testamento que había otorgado el causante de nacionalidad inglesa antes de su fallecimiento, por el cual legaba a su esposa todos los bienes del caudal relicto existentes en territorio español. Esta situación suponía que se dejaba fuera de la herencia a una hija del finado que había sido concebida con una conviviente de hecho española, aunque no se había formalizado la separación o divorcio del matrimonio que se había contraído mucho antes de convertirse el inglés y la española en pareja extramatrimonial. Pues bien, se alega por la esposa, para impedir que prospere la reclamación de la legítima que plantea la hija, el que la norma de conflicto española que regulaba la sucesión remitía a la ley nacional del causante y que en este caso era la inglesa, que se caracterizaba por una libertad absoluta de testar. Además, se añade que la norma de conflicto aplicable respondía al principio de unidad y personalidad de la sucesión, incompatible con la remisión del Derecho inglés en cuanto a los inmuebles a la del lugar donde estén sitios y operaba como filtro al reenvío de retorno.

Sin embargo, el Tribunal Supremo no lo entendió así, por cuanto la aplicación de la ley española, a la que se reenvía por el Derecho inglés, respecto de los inmuebles sitios en España, no se considera contraria a los principios de unidad y universalidad de la sucesión. Argumenta el Alto Tribunal que los únicos bienes del causante son los inmuebles sitios en España de los cuales dispuso testamentariamente, por lo que en modo alguno se produce una fragmentación de la regulación de la herencia, en cuyo caso, la norma general del artículo 12.2 del Código Civil hubiera impuesto la no aceptación del reenvío de la ley inglesa por contraria a aquellos principios. Pero como la herencia del causante se componía únicamente de bienes inmuebles sitios en España, no había ningún in-

conveniente en la aceptación del reenvío de la ley inglesa, pues sería la española la única que regularía toda la sucesión del causante.

En línea con la resolución anterior, la Sentencia del Tribunal Supremo, de la Sala de lo Civil, Sección 1, de 12 de enero de 2015 (ECLI: ES:TS:2015:422), se inclina por aceptar el reenvío de primer grado o retorno, en relación con la sucesión de un causante con nacionalidad inglesa, que había dejado por testamento a su esposa toda la herencia. En concreto, la hija del finado habida en un primer matrimonio es la que reclama la aplicación de la Ley española y, por ende, la legítima correspondiente en detrimento de la instituida heredera que estaba casada con el ahora fallecido en segundas nupcias. El Alto Tribunal considera factible que la norma de conflicto del foro, cuando remite al Derecho inglés con base en la aplicación de la ley nacional de causante, luego de lugar a que la norma de conflicto inglesa reenvíe a la Ley española, por cuanto en el Derecho internacional privado inglés la sucesión de los bienes inmuebles se rige por la ley del lugar donde se hallen. Al estar configurado el patrimonio hereditario por una sola vivienda sita en Jávea (Alicante), no se produce el fraccionamiento del fenómeno sucesorio y, por ende, el reenvío de retorno es conforme con los principios de unidad y universalidad de la sucesión, al ser un solo ordenamiento, en este caso el español, el que va a regular toda la herencia. En definitiva, el juzgador tiene en cuenta que el reenvío lleva a un resultado acorde con los principios generales del Derecho español de forma que, en su caso, entrañe una mayor justicia con relación a los intereses en juego, lo que parece producirse con el reconocimiento de la legítima en favor de la hija y la reducción de la institución de heredera de la segunda esposa en la parte correspondiente, para que finalmente puedan repartirse el caudal relicto entre las dos.

3. Las soluciones recogidas en los instrumentos internacionales

Mientras que la solución prevista con carácter general por el Código Civil español para el reenvío permite tenerlo en cuenta cuando se trata del

de primer grado o retorno, en el caso de otras normativas españolas que regulan con carácter especial determinadas materias, la solución que se le ha dado al reenvío ha sido la de aceptarlo de forma plena, es decir, sin limitarlo al de retorno al Derecho español. En este sentido, destacan los artículos 98.1 y 162.1 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, que señala el primero de ellos que la capacidad de una persona para obligarse por letra de cambio o pagaré a la orden se determina por su Ley nacional. Si esta Ley declara competente la Ley de otro país, se aplicará esta última. Idéntica regulación establece el segundo precepto mencionado, pero para obligarse por cheque. Sin embargo, las soluciones recogidas en los distintos convenios y textos de origen institucional que vinculan a España se caracterizan, salvo contadas excepciones, por mantener una postura contraria al reenvío.

3.1. El Reglamento 650/2012

El reenvío se contempla en el artículo 34, que lo acepta siempre que el ordenamiento extranjero al que se remite la norma de conflicto del foro sea el de un Estado no miembro y el reenvío se haga a la ley de un Estado miembro o a la ley de otro Estado extranjero no miembro pero que aplique su ley material. Pero, a continuación, en el apartado segundo del mismo precepto, se contiene una excepción al reenvío, en el sentido de que no se aceptará en ningún caso respecto de las leyes a que se refieren los artículos 21 apartado 2, 22, 27, 28 letra b) y 30. El Reglamento 650/2012, por tanto, regula el reenvío, pero impone dos condiciones cumulativas para su admisión y que son las siguientes:

1. Que la norma de conflicto del Reglamento remita a una ley extranjera, y;
2. Que el ordenamiento extranjero se haya determinado por la regla general, es decir, por la ley de la última residencia habitual del causante. De tal forma que no cabe en ningún caso el reenvío, cuando el Derecho aplicable se haya fijado por el Reglamento de

conformidad con las siguientes leyes: ley aplicable a la sucesión en atención al vínculo manifiestamente más estrecho que el causante mantenía con un Estado distinto al de su residencia habitual en el momento del fallecimiento (artículo 21. Apartado 2); elección de la ley aplicable correspondiente a la del Estado cuya nacionalidad poseía en el momento de realizar la elección o en el momento del fallecimiento (artículo 22); ley aplicable a la validez formal de las disposiciones *mortis causa* realizadas por escrito (artículo 27); ley aplicable a la validez formal de una declaración relativa a una aceptación o una renuncia de la herencia, si se ha utilizado la ley del Estado en el que el declarante tenga su residencia habitual (artículo 28, letra b); disposiciones especiales que imponen restricciones relativas o aplicables a la sucesión de determinados bienes (artículo 30).

3.2. *Los Reglamentos Roma I y Roma II*

Se regula en el artículo 20 del Reglamento Roma I y se excluye en todas sus manifestaciones, de tal forma que la aplicación de la ley de un país, en virtud de las disposiciones previstas en la norma comunitaria, se entenderá hecha a las normas jurídicas materiales en vigor en ese país, con exclusión de las normas de Derecho internacional privado. Por su parte, el artículo 24 del Reglamento Roma II tampoco deja lugar a dudas sobre la exclusión del reenvío, cuando señala que si dicho Reglamento establece la aplicación de la ley de un país, se entenderá por tal las normas jurídicas vigentes en ese país con exclusión de las normas de Derecho internacional privado. En definitiva, ambos instrumentos utilizan fórmulas parecidas que impiden a las normas de conflicto aplicables en virtud de los reglamentos remitirse a otras normas indirectas para que estas, a su vez, reenvíen la solución al foro o a otro ordenamiento extranjero. Se deduce, de lo anterior, que las remisiones se entenderán hechas a las normas directas del ordenamiento extranjero y que, por ende, el reenvío en los dos reglamentos no está permitido.

3.3. *Los Convenios de La Haya*

En los instrumentos convencionales elaborados en el contexto de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado se pueden encontrar diferentes fórmulas para rechazar o no el reenvío, en función de la materia sobre la que verse la regulación contenida en el tratado. Así, podemos citar como ejemplo de los primeros, esto es, de los que están en contra del recurso al reenvío, un primer Convenio de La Haya, sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, de 4 de mayo de 1971, donde en su artículo 4 se alude expresamente a la ley interna del Estado en cuestión para determinar el Derecho aplicable a la responsabilidad civil extracontractual derivada de un percance entre vehículos. Esa mención a la regulación interna parece excluir cualquier referencia a las normas de conflicto del Estado en cuestión y, en consecuencia, a las normas de Derecho internacional privado de dicho país que, a su vez, pudieran hacer un reenvío al ordenamiento del foro o a otro extranjero.

Pero no es el único caso existente, ya que el Convenio de La Haya, sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos, de 2 de octubre de 1973, también utiliza la misma técnica regulatoria del primero. En este sentido, el artículo 4 de la norma convencional de 1973 se refiere a la ley interna del Estado correspondiente para dirimir la indemnización por daños que le correspondería al perjudicado por un mal funcionamiento de un bien defectuoso. Es de nuevo la mención a la ley interna la que permite mantener una postura contraria a la utilización de las normas de conflicto del Estado en cuestión y no ser posible por ello la producción del reenvío. Igualmente categórico en el rechazo del reenvío se manifiesta el Protocolo sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, hecho en La Haya el 23 de noviembre de 2007, cuando en su artículo 12 se indica que el término «ley» significa el Derecho en vigor en un Estado, con exclusión de las normas de conflicto de leyes.

Por el contrario, una admisión del reenvío un tanto alambicada puede encontrarse en el artículo 21 del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996. De entrada, parece que no se acepta el reenvío, ya que de conformidad con el artículo 21.1 del Convenio se entenderá por «ley» a los efectos del Convenio, el Derecho vigente en un Estado, con exclusión de sus normas de conflicto de leyes. Pero a continuación, en el apartado 2, del artículo 21, se establece una excepción para el reenvío de segundo grado. En concreto, cuando la ley aplicable en virtud del artículo 16 fuera la de un Estado no contratante y las normas de conflicto de dicho Estado remitieran a la ley de otro Estado no contratante que aplicaría su propia ley, la ley aplicable será la de este último Estado. Si este otro Estado no contratante no aplicara su propia ley, se aplicará la ley designada por el artículo 16. En este sentido, el artículo 16 del Convenio determina la ley aplicable para la atribución o la extinción de pleno derecho de la responsabilidad parental, sin intervención de una autoridad judicial o administrativa, a través de la residencia habitual del niño. En cualquier caso, el reenvío de tercer grado o subsiguientes no puede tener lugar de conformidad con las disposiciones del Convenio de 1996, lo que reduce las posibilidades a solo una, cual es, la de segundo grado.

Autora: Lidia Moreno Blesa
(Profesora de Derecho Internacional Privado,
Universidad Complutense de Madrid)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BELIARD, Géraldine, RIGUIER, Eric y WANG, Xiao-Yan. *Glossaire de Droit International Privé*, Bruxelles, 1992; CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER. *Derecho internacional privado*, vol. 1, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, 2022; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. «Sucesión internacional y reenvío», *Estudios de Deusto*, vol. 55/2, julio-diciembre 2007, pp. 59-121; CALVO VIDAL, Isidoro Antonio. «El

reenvío en el Reglamento (UE) 650/2012, sobre sucesiones», *Bitácora Millennium*, n.º 1; ESPLUGUES MOTA, Carlos, IGLESIAS BUHIGUES, José Luis y PALAO MORENO, Guillermo. *Derecho internacional privado*, 9.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015; GARCÍA GUTIÉRREZ, Laura. «Sucesión de un nacional británico residente en España: el reenvío, de nuevo, como elemento decisivo entre la libertad de testar y los derechos sucesorios de legítima, típicos del Derecho civil común español», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2019), vol. 11, n.º 2, pp. 616-623; RODRÍGUEZ BENOT, Andrés (dir.). *Manual de Derecho internacional privado*, 5.ª ed., Tecnos, 2018; VIRGÓS SORIANO, Miguel. «Derecho de sucesiones y reenvío: la respuesta del sistema español», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 42, 2004, pp. 181-210.

VOCABLOS CONEXOS: Norma de conflicto.

RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

Las relaciones patrimoniales entre los cónyuges y con respecto a terceros están sometidas a ciertas reglas que constituyen su régimen económico matrimonial. Dichas reglas incluyen: por un lado, los acuerdos que voluntariamente hayan celebrado los cónyuges (si es que han celebrado alguno) y, por otro lado, los preceptos que regulan el estatuto jurídico del matrimonio y poseen un carácter imperativo.

Los cónyuges pueden escoger el tipo de régimen económico matrimonial que consideran más conveniente para administrar sus bienes y la ley aplicable a sus relaciones patrimoniales por medio de acuerdos o capitulaciones matrimoniales. Esta elección pueden realizarla los futuros cónyuges antes de la celebración del matrimonio (a través de los *premarital* o *prenuptial agreements*, como son denominados por la tradición anglosajona) o incluso modificarla una vez se hayan casado.

Los tipos de régimen económico matrimonial más usuales son: régimen de sociedad de gananciales o comunidad de ganancias, régimen de separación de bienes y régimen de participación en las ganancias. Si los cónyuges han elegido algún régimen concreto se suele inscribir en el Registro Civil junto con la anotación del matrimonio.

El ordenamiento jurídico estatal suele designar un régimen económico matrimonial de forma supletoria para aquellos cónyuges que no han escogido voluntariamente el régimen que prefieren.

Muchos países incluyen en su ordenamiento jurídico disposiciones que se aplican de forma obligatoria a todas las relaciones patrimoniales de los cónyuges e integra aquello que la doctrina ha denominado «régimen matrimonial primario».

Existen diversas normas internacionales que regulan cuestiones relativas al régimen económico matrimonial: El Convenio bilateral entre Francia y Alemania de Derecho uniforme en materia de régimen económico matrimonial de 2010, que articula en ambos países un régimen económico matrimonial común de participación en las ganancias y, como su propio nombre indica, establece una regulación material uniforme para los dos Estados firmantes. El Convenio de 14 de marzo de 1978 sobre ley aplicable a los regímenes matrimoniales, texto que se encuentra en vigor desde 1992 para Francia, Luxemburgo y Países Bajos (fue firmado también por Austria y Portugal, pero no ha sido ratificado por estos dos Estados) y que recoge disposiciones en materia de conflicto de leyes.

Existen convenios internacionales cuyo texto ofrece procedimientos simplificados para el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de régimen económico matrimonial: el Convenio de 6 de febrero de 1931 entre Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia relativo a determinadas disposiciones de Derecho internacional privado en materia de matrimonio, adopción y custodia, que fue revisado en el año 2006; el Convenio de 19 de noviembre de 1934 entre

Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia, que incluye disposiciones de Derecho internacional privado en materia de sucesiones, testamentos y administración de herencias, cuya revisión se realizó en junio de 2012; y el Convenio de 11 de octubre de 1977 entre Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia relativo al reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil.

En el seno de la Unión Europea, el 29 de enero de 2019 entró en vigor el Reglamento (UE) 2016/1103 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales. Esta norma europea surge con el fin de garantizar la seguridad jurídica de las parejas casadas con respecto a la gestión de su patrimonio y ofrecer previsibilidad a la hora de determinar la norma aplicable al régimen económico de un matrimonio con repercusiones transfronterizas. Recoge disposiciones en materia de competencia judicial internacional, Derecho aplicable y reconocimiento y ejecución de resoluciones, documentos públicos y transacciones judiciales. Su ámbito de aplicación abarca todas aquellas cuestiones relativas a la administración cotidiana del patrimonio matrimonial y la liquidación del régimen, específicamente tras el divorcio o fallecimiento de uno de los cónyuges. No obstante, excluye las cuestiones relativas a la capacidad jurídica de los cónyuges u otras cuestiones previas como la existencia, validez o reconocimiento del matrimonio. Estas cuestiones continúan regulándose por el Derecho nacional de los Estados miembros y sus normas de Derecho internacional privado.

Los 18 países de la Unión Europea que participan en la cooperación reforzada del Reglamento 2016/1103 son: Alemania, Austria, Bélgica, Bulgaria, Chipre, la República Checa, Croacia, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Malta, los Países Bajos, Portugal y Suecia. Por tanto, en los países de Dinamarca, Eslovaquia, Estonia, Hungría, Irlanda, Polonia, Reino Unido, Letonia, Lituania y Rumanía no se aplica esta norma europea sino que la legislación nacional es la

que se ocupa de regular las relaciones patrimoniales de los matrimonios internacionales.

En los Estados miembros que participan en la cooperación reforzada el Reglamento 2016/1103 prevalece sobre los convenios celebrados entre estos países siempre que se refieran a materias reguladas por la norma europea, salvo los convenios ya mencionados en materia de procedimiento simplificado para el reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia de régimen económico matrimonial, que se seguirán aplicando igualmente.

En cuanto a las materias que regula esta norma, las disposiciones relativas al Derecho aplicable incluidas en el Reglamento 2016/1103 van a determinar la ley aplicable al régimen económico de los cónyuges que hayan celebrado su matrimonio en una fecha posterior al 29 de enero de 2019 (o ese mismo día) así como a aquellos que hayan escogido su ley aplicable tras dicha fecha. El Reglamento será aplicable a las acciones judiciales ejercitadas, a los documentos públicos formalizados o registrados y a las transacciones judiciales que hayan sido aprobadas o celebradas a partir del día 29 de enero de 2019, así como a las resoluciones judiciales dictadas desde esa fecha.

*Autora: Carmen M. García Mirete
(Profesora de Derecho Internacional Privado,
Universidad de Alicante)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: GONZÁLEZ BEILFUSS, C. «El acuerdo franco-alemán instituyendo un régimen económico matrimonial común», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo X, 2010, pp. 397-416; HAHLO, H. R. «Matrimonial property regimes: yesterday, today and tomorrow», *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 11, n.º 3, pp. 455-478, 1973; IGLESIAS BUHIGUES, J. L. y PALAO MORENO, G. (dir.). *Régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas en la Unión Europea*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018; JOUBERT, N. «La der-

nière pierre (provisoire?) à l'édifice du droit international privé européen en matière familiale – Les règlements du 24 juin 2016 sur les régimes matrimoniaux et les effets patrimoniaux des partenariats enregistrés», *Revue Critique de Droit International Privé*, n.º 1, 2017, pp. 1-26; QUINZÁ REDONDO, J. P. *Régimen económico matrimonial aspectos sustantivos y conflictuales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016; VAQUERO LÓPEZ, C. «Los regímenes matrimoniales en un espacio de libertad, seguridad y justicia. Apuntes sobre la codificación comunitaria de las normas sobre competencia judicial, conflicto de leyes y reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, VI, Madrid, Iprolex, 2006, pp. 195-208.

VOCABLOS CONEXOS: Matrimonio. Divorcio con elemento extranjero. Sucesión.

REGLAMENTO DE ARBITRAJE

El reglamento de arbitraje es la norma adoptada por una institución arbitral, que regula su organización, el nombramiento de árbitros, el procedimiento de arbitraje y otras materias vinculadas al arbitraje con el fin de ofrecer una eficiente administración del procedimiento desde su inicio hasta la emisión de un laudo ejecutable.

Además de los reglamentos de arbitraje elaborados por las instituciones arbitrales, tiene gran relevancia el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil), el cual es frecuentemente utilizado en arbitrajes ad hoc y en el arbitraje institucional cuando es incluido en forma total o parcial en los reglamentos de arbitraje de algunas instituciones arbitrales. Algunos países anexan este reglamento a sus leyes de arbitraje.

1. Reglamento(s) de arbitraje y otras normas emitidas por las instituciones arbitrales

Se considera que los mejores reglamentos de arbitraje son aquellos que, a la vez de regular el arbitraje, otorgan la necesaria flexibilidad para que las partes y el tribunal arbitral puedan lograr un procedimiento eficiente y efectivo que esté en línea con las mejores prácticas del arbitraje internacional contemporáneo.

Es importante tener presente que:

- Las instituciones arbitrales pueden contar con más de un reglamento (por ejemplo, un reglamento para arbitraje estándar, otro para arbitraje acelerado, etc.). De ser el caso, las partes deben especificar el reglamento de arbitraje al cual se sujetarán, ya sea en la cláusula arbitral o al iniciar el arbitraje.
- Los reglamentos de arbitraje cuentan habitualmente con anexos sobre materias diversas (por ejemplo, aranceles, árbitro de emergencia y la descripción detallada de la organización de la institución arbitral).
- Las instituciones arbitrales emiten también guías, instrucciones, notas y directrices sobre diversas materias más específicas relacionadas con el arbitraje.

De este modo, al elegir las partes someter su disputa a arbitraje administrado por una institución arbitral determinada, se someten a la normativa dictada por esa institución: reglamento de arbitraje y demás normas emitidas por ella.

Normalmente es el reglamento vigente al momento de iniciar el arbitraje el que regirá el procedimiento, salvo expresa indicación en contrario.

2. *Contenido del reglamento de arbitraje*

Hoy en día, existe una gran diversidad de instituciones arbitrales y, en consecuencia, de reglamentos de arbitraje. Si bien hay similitudes entre estas instituciones y una mayor armonización en la práctica del arbitraje institucional a nivel internacional, existen diferencias notables entre ellas. Por esta razón, se han hecho publicaciones de diversa envergadura en que se comparan los reglamentos de las instituciones más importantes.

En este escenario, es muy importante que las partes, antes de elegir una institución arbitral a la cual dirigir sus disputas, se familiaricen con sus reglamentos de arbitraje, debiendo escoger aquellos de instituciones que gocen de mejor reputación, tengan una reconocida y destacada trayectoria, y cuenten con personal capacitado para realizar la delicada labor de administración de un arbitraje.

Los reglamentos de arbitraje son elaborados por grupos de trabajo formados por especialistas en arbitraje, quienes debaten y redactan su contenido. Conforme la institución del arbitraje va evolucionando a nivel doméstico e internacional, los reglamentos de arbitraje van recogiendo esta evolución, siendo actualizados. En tiempos recientes, estas actualizaciones se han ido haciendo cada vez más frecuentes, apuntando a una mayor eficiencia, flexibilidad y transparencia para hacer del arbitraje institucional un método más atractivo y efectivo para la resolución de disputas tanto grandes como pequeñas.

Como se ha dicho anteriormente, si bien ha existido una tendencia hacia la armonización en los reglamentos de arbitraje de las diversas instituciones arbitrales, las diferencias persisten por diversas razones. Por un lado, cada institución arbitral busca diferenciarse del resto, en lo que ha sido considerado como una competencia entre instituciones para mantener o mejorar su posición en el mapa mundial del arbitraje internacio-

nal. Por otro, existen diferencias que se encuentran ancladas en tradiciones culturales y legales diferentes.

Entre las materias comúnmente reguladas por los reglamentos de arbitraje se pueden indicar, por ejemplo, las siguientes:

- Presentación y organización de la institución arbitral
- Definiciones de términos usados en el reglamento
- Ámbito de aplicación del reglamento
- Forma de efectuar las notificaciones y comunicaciones
- Cómputo de los plazos
- Forma y contenido de la solicitud de arbitraje y de la demanda
- Forma y contenido de la contestación a la solicitud de arbitraje y reconvencción
- Respuesta a la reconvencción
- Demandas en caso de multiplicidad de partes
- Demandas en caso de multiplicidad de contratos
- Determinación de la competencia
- Principio de autonomía de la voluntad en la constitución del tribunal arbitral
- Número de árbitros

- Procedimiento de designación o nombramiento del árbitro único o árbitros
- Requisitos que deben cumplir los árbitros
- Declaración de independencia, imparcialidad y disponibilidad de los árbitros
- Confirmación del árbitro único o árbitros (en algunas instituciones arbitrales)
- Procedimiento de recusación, remoción y sustitución de árbitros
- Normas supletorias para el caso de desacuerdo o falta de previsión de las partes o del tribunal arbitral respecto de la sede del arbitraje, el idioma del arbitraje y la ley o normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia
- Procedimiento ante el tribunal arbitral (entrega del expediente, principios del procedimiento, poderes del tribunal arbitral, conducción del arbitraje, calendario procesal, escritos, prueba, audiencias, rebeldía, renunciaciones)
- Laudo arbitral (plazo, prórroga del plazo)
- Revisión formal del laudo arbitral antes de ser emitido (servicio ofrecido por algunas instituciones arbitrales)
- Costas del arbitraje (tasa administrativa y gastos de la institución arbitral, honorarios y gastos de los árbitros, provisión de fondos para cubrir las costas del arbitraje)
- Árbitro de emergencia

- Otras disposiciones (por ejemplo, confidencialidad, limitación de responsabilidad, entrada en vigor)

Autora: Adriana Aravena-Jokelainen

(Abogada de Chile. Administradora de casos en el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Finlandia, Helsinki)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ARAVENA-JOKELAINEN, Adriana. «Arbitraje institucional: la importancia de la cláusula modelo», *El convenio arbitral*, Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, vol. 62, 2019, pp. 25-52.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje institucional. Arbitraje *ad hoc*. Tribunal arbitral.

REGLAS DE ROTTERDAM

Cualquier Estado tiene interés en eliminar los obstáculos a la libre circulación de sus mercancías para promocionar la incursión de sus productos en los mercados extranjeros. Sin embargo, no son suficientes medidas de orden público tendentes a reducir o erradicar las barreras a la circulación de bienes, a liberalizar los sectores del transporte o a crear y mejorar las infraestructuras de transportes, además resulta imprescindible promover instrumentos internacionales que regulen los aspectos jurídico-privados de los contratos de transporte. Por este motivo, la unificación del transporte internacional de mercancías, entendida como la armonización de las normas legales internacionales del transporte internacional de mercancías, tiene mucho que aportar al eliminar el efecto nocivo desde el plano económico, que la incertidumbre legal acerca del Derecho aplicable introduce en esta materia. Además, no es objeto de este Derecho uniforme del transporte internacional de mercancías unificar los derechos nacionales, sino crear normas sustantivas uniformes que regulen las relaciones comerciales internacionales.

Partiendo de esa premisa, en sede de la Comisión de las Naciones Unidas de Derecho Mercantil (conocida por sus siglas en inglés, UNCITRAL o en español CNUDMI) se aprobó el Convenio de las Naciones Unidas sobre el contrato de transporte de mercancías total o parcialmente marítimo, conocido como Reglas de Rotterdam (en adelante, RR), con ocasión de la ciudad que auspició la ceremonia de firma de este Convenio, el 23 de septiembre de 2009.

Los trabajos para la elaboración de las RR se iniciaron en el año 2002 en el Grupo de Trabajo III (Derecho del transporte) de la UNCITRAL con base en un borrador de instrumento (A/CN.9/WG.III/WP.21 de 8 de junio de 2002). La negociación del texto se prolongó durante seis años del 2002 al 2008 y se elaboraron un total de cinco borradores completos del instrumento (A/CN.9/WG.III/WP.21, A/CN.9/WG.III/WP.32, A/CN.9/WG.III/WP.56, A/CN.9/WG.III/WP.81 y A/CN.9/WG.III/WP.101) y cinco borradores parciales (A/CN.9/WG.III/WP.36, A/CN.9/WG.III/WP.39, A/CN.9/WG.III/WP.47, A/CN.9/WG.III/WP.75 y A/CN.9/WG.III/WP.94) que se intercalaron en el tiempo entre los anteriores.

Este Grupo de Trabajo, presidido por el Prof. Dr. D. Rafael Illescas Ortiz (catedrático de Derecho Mercantil), destacó por una elevada presencia de Estados del mundo, la participación regular de un amplio número de Estados observadores (Estados no miembros de UNCITRAL), además de organismos no gubernamentales y representantes de instituciones de la industria del transporte (entre otros: AAR (Asociación de American Railroads), BIMCO (the Baltic and International Maritime Conference), CMI (Comité Maritime International), Comisión Europea, ESC (European Shippers' Council), FIATA (International Federation of Freight Forwarders Associations), IAPH (International Association of Ports and Harbours), IIDM (Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo), ICS (International Chamber of Shipping), ICC (International Chamber of Commerce), IMMTA (International Multimodal Transport

Association), IRU (International Road Transport Union), IUMI (International Union of Marine Insurers), P&I (International Group of P&I Clubs), OTIF (L'Organisation intergouvernementale pour les transports internationaux ferroviaires), UNCTAD (United Nations Conference on Trade and Development) o UNECE (United Nations Economic Commission for Europe). Se puede concluir de este modo, que contó una amplia representación de los diversos intereses en la carga.

El proyecto de instrumento fue aprobado por el Grupo de Trabajo III en enero de 2008 (durante su 21.º período de sesiones), a continuación, por el Plenario de UNCITRAL, en julio de 2008 (en su 41.º período de sesiones) y por último, el texto final fue adoptado definitivamente por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 11 de diciembre de 2008. Para la entrada en vigor es necesaria la ratificación o adhesión de 20 Estados (artículo 94 RR). Desde la celebración de la ceremonia de firma ha sido ratificado por Benín, Camerún, Congo, España y Togo.

Caben destacar dos principales novedades que aportan las RR. En primer lugar, la unificación y modernización de los convenios actualmente vigentes sobre el transporte marítimo de mercancías: de un lado, el Convenio internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque (las Reglas de La Haya o Convenio de Bruselas, CB) de 25 de agosto de 1924 y sus respectivos Protocolos de 23 de febrero de 1968 —denominado «Reglas de Visby»— y de 21 de diciembre de 1979; y de otro lado, el Convenio de las Naciones Unidas sobre el transporte marítimo de mercancías (las Reglas de Hamburgo, RH) de 31 de marzo de 1978. Con dicho fin las RR establecen un régimen jurídico para el contrato de transporte internacional de mercancías que comprende únicamente un tramo marítimo internacional o «contrato de transporte totalmente marítimo», según la nomenclatura de las RR; en definitiva, una solución universal al transporte marítimo internacional de mercancías frente a la fragmentación y falta de actualización hasta ahora reinante en el sector marítimo mundial

En segundo lugar, las RR prevén acumulativamente la extensión de su ámbito de aplicación a los contratos que además de un tramo marítimo internacional impliquen un tramo precedente o subsiguiente de transporte por otro modo de transporte (carretera, ferroviario, vías de navegación interna, aéreo). Este contrato es denominado en las RR, como «contrato de transporte parcialmente marítimo» (*vid.* el propio título del convenio), cuyas características esenciales (artículo 1.1 RR) son la celebración de un único contrato que prevea el traslado de las mercancías con un tramo marítimo internacional más otro tramo no marítimo, al que se añade un segundo requisito de internacionalidad respecto del conjunto del transporte. Estamos ante un doble requisito de internacionalidad del contrato de transporte: tanto el tramo marítimo, como el conjunto del transporte deben ser internacionales, es decir, entre dos Estados diferentes. Por el contrario, no afecta a la calificación de contrato de transporte parcialmente marítimo, que los tramos de los otros modos de transporte implicados, los no marítimos, sean nacionales o internacionales

En definitiva, las RR representan el último consenso de los Estados para unificar y modernizar el contrato de transporte internacional de mercancías (total) marítimo, así como regular los contratos de transporte parcialmente marítimo, con el objetivo de proporcionar previsibilidad y certidumbre legal que permita reducir los obstáculos a la libre circulación de mercancías, así como los elevados costos de transacción que la desfragmentación y las lagunas jurídicas traen consigo con una regulación adaptada a las prácticas comerciales y a las necesidades actuales del tráfico mercantil.

*Autora: Tatiana Arroyo Vendrell
(Profesora, doctora de Derecho Mercantil,
Universidad Carlos III de Madrid)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ARROYO VENDRELL, Tatiana.
El contrato de transporte internacional de mercancías puerta a puerta de las Reglas

de Rotterdam: cooperación y conflicto entre convenciones, Marcial Pons, 2015; BERLINGIERI, Francesco. «A new convention on the carriage of goods by sea; port-to-port or door-to-door?», en *Uniform Law Review/Revue de Droit Uniforme*, n.º 1-2, 2003, p. 265 y ss.; CHAMI, Diego Esteban. *Régimen jurídico del transporte multimodal*, Lexis Nexis Argentina: Buenos Aires, 2005; CLARKE, M. A. «Harmonization of the regulation of carriage of goods in Europe», en *Transportrecht*, vol. 25, n.º 11-12, 2002, p. 428 y ss.; *ID.* «International Carriage of Goods by Rail: CIM 1999 in force», en *JBL*, marzo 2007, p. 213 y ss.; *ID.* «Multimodal transport in the new millennium», en *WMU Journal of Maritime Affairs*, n.º 1, 2002, p. 71 y ss.; CZERWENKA, Beata. «Scope of application and rules on multimodal transport contracts», en *Transportrecht*, n.º 27, julio-agosto, 2004, p. 297 y ss.; DE WIT, Ralph. *Multimodal transport. Carrier liability and documentation*. LLP (Lloyd's Shipping Law Library): Londres, 1995; DIAMOND, Anthony. «Liability of the carrier in multimodal transport». AA. VV. *International carriage of goods: some legal problems and possible solutions*, ed. CM. Schmitthoff y R.M. Goode, Londres, 1988, pp. 35-63; DÍAZ MORENO, Alberto, LÓPEZ SANTANA, Nieves. «El tratamiento de la multimodalidad en las Reglas de Rotterdam», en EMPARANZA SOBEJANO, Alberto (dir.). *Las Reglas de Rotterdam. La regulación del contrato de transporte internacional de mercancías por mar*, Marcial Pons: Madrid, 2010, p. 201 y ss.; HAAK, Krijn, HOEKS, Marian. «Intermodal transport under unimodal arrangements conflicting conventions: the UNCITRAL/CMI draft instrument and the CMR on the subject of intermodal contracts», en *Transportrecht*, n.º 3, 2005, p. 89 y ss.; HANCOCK, Christopher. «Multimodal transport and the new UN Convention on the carriage of goods», en *Journal of International Maritime Law*, n.º 14, 2008, p. 484 y ss.; HOEKS, Marian. «Multimodal carriage with a pinch of sea salt: door-to-door under the UNCITRAL draft instrument», en *ETL*, 2008, n.º 2-3, p. 257 y ss.; *ID.* *Multimodal transport law: the law applicable to the multimodal contract for the carriage of goods*, Alphen aan den Rijn, Kluwer: Países Bajos, 2010; HONKA, Hannu. «Scope of application, freedom of contract», en BEARE, S. (chair.). *UNCITRAL Draft Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea: conference documents*,

Anuario del CMI 2009, p. 255 y ss.; *ID.* «Las Reglas de Rotterdam. Contrato de transporte y ámbito de aplicación», en ILLESCAS ORTIZ, R. y ALBA FERNÁNDEZ, M. *Las Reglas de Rotterdam: una nueva era en el Derecho uniforme del transporte. Actas del Congreso Internacional*, Dykinson: Madrid, 2012, p. 39 y ss.; ILLESCAS ORTIZ, Rafael. «Conclusion: The making of a Convention», en VON ZIEGLER, Alexander , ZUNARELLI, Stefano y SCHELIN, Johan. *The Rotterdam Rules 2008: Commentary to the United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*, Kluwer Law International: Países Bajos, 2010, p. 367 y ss.; *ID.* «Lo que cambia en el Derecho del Transporte Internacional tras las Reglas de Rotterdam», en GÓMEZ SEGADE, José Antonio y GARCÍA VIDAL, Ángel (eds.). *El Derecho Mercantil en el umbral del siglo XXI. Libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández-Nóvoa con motivo de su octogésimo cumpleaños*, Marcial Pons: Madrid, 2010, p. 591 y ss.; *ID.* «What Changes in International Transport Law after the Rotterdam Rules?», en *ULR/RDU*, vol. XIV, 2009, p. 893 y ss.; LA MATTINA, Andrea. «Il trasporto multimodale e le regole di Rotterdam», en *Scritti in onore di Francesco Berlingieri, Numero speciale di Il Diritto Marittimo*, vol. II, 2010, p. 643 y ss.; LANNAN, Kate. «Overview of the Convention the UNCITRAL perspective», en BEARE, S. (chair). *UNCITRAL Draft Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea: conference documents, Anuario del CMI 2009*, p. 271 y ss.; LÓPEZ SANTANA, Nieves. «Las operaciones de puerta a puerta en el Convenio de Naciones sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo. Cuestiones de responsabilidad», en *Revista de Derecho del Transporte*, n.º 1, 2008, p. 309 y ss.; *ID.* «Ámbito de aplicación del convenio», en EMPARANZA SOBEJANO, Alberto (dir.). *Las Reglas de Rotterdam. La regulación del contrato de transporte internacional de mercancías por mar*, Marcial Pons: Madrid, 2010, p. 21 y ss.; MANKOWSKI, Peter. «Scope of Application and mandatory nature», en Conferencia —The Rotterdam Rules Appraised— impartida en la Universidad de Erasmus, Rotterdam, 24 y 25 de septiembre de 2009; *ID.* «The Rotterdam Rules: scope of application and freedom of contract», en *European Journal of Commercial Contract Law*, n.º 1/2, 2010, p. 9 y ss.; MARTEN, Bevan.

«Multimodal transport reform and the European Union: a minimalist approach», en *ETL*, vol. XLVIII, n.º 2, 2012, p. 129 y ss.; NIKAKI, Theodora. «The UNCITRAL draft instrument on the carriage of goods [wholly or partly][by sea]: multimodal at last or still at sea?», en *Journal of Business Law*, septiembre de 2005, p. 647 y ss.; RAMBERG, Jan. «Unification of Transport Law Difficulties and Possibilities», en *Scritti in onore di Francesco Berlingieri, Numero speciale di Il Diritto Marittimo*, vol. II, 2012, p. 813 y ss.; ROSAEG, Erik. «The Rotterdam Rules as a model for multimodal transport law», en Conferencia —The Rotterdam Rules Appraised— impartida en la Universidad de Erasmus, Rotterdam, 24 y 25 de septiembre de 2009; STANILAND, Hilton. «Scope of application», en AA. VV., *The Rotterdam Rules. A practical Annotation*, Informa: Londres, 2009, p. 15 y ss.; STURLEY, Michael F. «Transport law for the twenty-first century: an introduction to the preparation, philosophy, and potential impact of the Rotterdam Rules. Special issue: the United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea (the Rotterdam Rules)», en *The Journal of International Maritime Law*, n.º 14, 2008, p. 461 y ss.; STURLEY, Michael F., FUJITA, Tomotaka y VAN DER ZIEL, Gertjan. *The Rotterdam Rules*, Sweet & Maxwell: Londres, 2010; VAN DER ZIEL, Gertjan. «Multimodal Aspects of the Rotterdam Rules», BEARE, S. *UNCITRAL Draft Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea: conference documents, Anuario del CMI 2009*, p. 301 y ss.

REGLAS SOBRE LA TRAMITACIÓN EFICIENTE DE LOS PROCEDIMIENTOS EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL (REGLAS DE PRAGA)

1. Definición

Las Reglas sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (Reglas de Praga) son normativa de *soft law* creadas con el objetivo de mejorar la eficiencia de los procesos arbitrales.

Con la creación de estas reglas, los expertos encargados de su elaboración tuvieron en miras dar respuesta a dos de las mayores dificultades que se presentan en la tramitación de procedimientos arbitrales; por un lado, los extensos plazos que prolongan innecesariamente el proceso y, por otro, los excesivos costos que deben afrontar las partes.

Teniendo como eje de trabajo las dificultades expuestas, las Reglas de Praga —inspiradas mayoritariamente por la tradición de *civil law*— tienden a garantizar una tramitación procedimental más directa. En ellas se destaca la participación activa y dispositiva del tribunal interviniente en la gestión de la causa.

Esta normativa procura otorgar a los árbitros la facultad de allanar las dificultades que observe en el proceso a fin de evitar dilaciones innecesarias. Esto no implica que ellas vengán a reemplazar la normativa aplicable al arbitraje, sino que sirven como complemento y para aportar dinámica al proceso,

Destacamos que las Reglas de Praga son normas de *soft law*, por cuanto su aplicación no es imperativa. Su utilización depende, en principio, de la voluntad de las partes en proceso. No obstante la falta de carácter vinculante, esta normativa de Derecho blando presenta una alta relevancia jurídica y contiene disposiciones que cuentan con consenso internacional. La creación de un instrumento de esta relevancia influye directamente en la conformación, desarrollo, aplicación y cumplimiento del Derecho internacional.

Las principales características de las Reglas de Praga son que prevén un tribunal arbitral con mayor protagonismo en el proceso, sus miembros cuentan con amplias facultades y libertad para tomar la iniciativa del procedimiento arbitral.

2. Creación

La idea inicial de redactar las Reglas de Praga surgió en el año 2011 durante una reunión de la academia de trabajo de la Cámara de Comercio Internacional (CCI). El producto final fue logrado por una contribución colectiva, pero con un enfoque característico del *civil law*. Ello se advierte por la presencia de un tribunal inquisitivo —propio de los sistemas jurídicos de *civil law*—, a diferencia de lo que ocurre en las Reglas de la *International Bar Association* sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional (Reglas IBA). En las Reglas IBA, el foco se encuentra sobre las partes del proceso y su autonomía de la voluntad, rasgo característico de los sistemas jurídicos con tradición en el *common law*. Esto último no implica que ambas normativas sean incompatibles.

El proyecto de redacción de las Reglas de Praga, tal como se ha mencionado en el apartado anterior, inició una vez identificada la necesidad de dotar al arbitraje internacional de un mecanismo que simplificara la tramitación del proceso y que, al mismo tiempo, importara una reducción de costas procesales.

Para dar solución al problema planteado, se reunieron expertos en arbitraje internacional de más de treinta jurisdicciones, quienes se encargaron de realizar una exhaustiva investigación y análisis de la práctica arbitral en sus respectivos ordenamientos. Al poner en común las conclusiones a las que arribaron se esbozó el primer borrador de las Reglas, el cual fue difundido en el mes de enero de 2018.

El primer borrador es puesto a disposición de numerosos juristas en eventos vinculados al arbitraje para que realizaran sus aportes. Estos expertos fueron coincidentes en destacar los beneficios que advertían de las Reglas de Praga. Concluyeron en lo positivo que resulta asegurar una tramitación procedimental más directa y activa, en lo que respecta al rol del tribunal. Se resaltó que el involucramiento de los árbitros facilitaría esclarecer con mayor premura los hechos controvertidos, la prueba per-

tinente para su dilucidación y, que en todo momento, se pretenderá una injerencia dinámica y activa de las partes en la causa. Todos estos rasgos han sido siempre bien vistos por los usuarios del arbitraje.

Tras constantes revisiones y análisis en diversos eventos arbitrales internacionales, se mejoró el borrador inicial, delineando su texto definitivo que estuvo listo para la firma el 14 de diciembre del año 2018 en la ciudad de Praga.

En la actualidad, el texto final de este instrumento ha sido traducido al inglés, portugués, ruso y español.

3. Aplicación

El mecanismo de aplicación de las Reglas de Praga ha sido contemplado en el propio preámbulo y en el artículo primero del instrumento. Las partes del proceso y el tribunal pueden decidir que se apliquen de manera vinculante o solo como una directriz a tener en cuenta.

Las partes del arbitraje pueden disponer la aplicación total del articulado de las Reglas de Praga en el procedimiento o, en su caso, excluir la normativa de manera total o parcial. Incluso puede darse el supuesto de que modifiquen el contenido de las reglas para adecuarlas a cada caso en concreto, siempre teniendo como norte la eficiencia en la tramitación del proceso y procurar disminuir los costos del mismo.

En igual sentido, se puede optar por la aplicación de las Reglas desde el inicio del procedimiento o en cualquier etapa del mismo.

Las Reglas de Praga tienden a orientar al tribunal arbitral, procurando que dispense un trato equitativo a las partes y, al mismo tiempo, flexibilizando el proceso para que se procure una tramitación eficiente en la prosecución de las distintas etapas. Entendemos que las facultades otor-

gadas a los árbitros jamás deben ser ejercidas en detrimento del derecho de defensa de los involucrados.

Por su parte, la utilización de las Reglas no pretende reemplazar la normativa que imperativamente se aplique al procedimiento. En este sentido, tienen total operatividad el reglamento, la *lex arbitrii* y cualquier otra regla que las partes hayan dispuesto aplicar al proceso en uso de su autonomía de la voluntad. De esta manera, se advierte que las Reglas de Praga vienen a complementar la normativa que rige al proceso arbitral. Asimismo, brindan de un rol activo al tribunal con el objeto de que conduzca el proceso con agilidad hacia su finalización y procurando evitar costos exorbitantes para las partes.

4. Estructura

La normativa bajo análisis cuenta de doce artículos.

El artículo primero aborda la aplicación de las Reglas de Praga. Como dijimos anteriormente, su aplicación puede ser resuelta por las partes adhiriendo a todo el texto del reglamento o solo a alguna/s de sus disposiciones; desde el inicio del proceso o en cualquier etapa posterior. Asimismo, se prevé que el tribunal, de oficio, disponga su aplicación.

El segundo artículo, denominado «la iniciativa del tribunal arbitral», aborda la etapa de conocimiento de la causa, en la que el Tribunal se interioriza de las pretensiones de las partes, para lo cual fija una audiencia preliminar. En esa audiencia se esclarecen las pretensiones esgrimidas y se fija un calendario de actuaciones con plazos estrictos de cumplimiento.

El tercer artículo, «determinación de los hechos», alienta la iniciativa del tribunal a fijar cuáles son los hechos controvertidos y relevantes en la causa; sugiriendo la prueba pertinente para la acreditación de cada uno. Ello no obstante el deber de cada parte de acreditar sus dichos.

Los tres artículos subsiguientes abordan los medios de prueba en particular: documental, testimonial y pericial, respectivamente. En el tratamiento de todos ellos, se coincide en las facultades del tribunal para impedir la producción de prueba redundante, innecesaria o impertinente, en miras de agilizar el proceso y disminuir costos.

Los últimos artículos, abordan temáticas propias y características de los sistemas de *civil law*. El artículo séptimo recepta el principio *iura novit curia*, ajeno a la tradición del *common law*. Si bien pesa en cabeza de las partes probar sus pretensiones, el tribunal puede resolver la controversia aplicando disposiciones legales que no hayan sido invocadas por ellas, si lo estima necesario.

El artículo octavo, alienta a la resolución de la controversia con base en los documentos que las partes introduzcan al proceso. Para ello, las partes o el tribunal pueden celebrar una audiencia —incluso por medios electrónicos para abaratar costos— para la exhibición de estos documentos.

El artículo noveno, alienta a las partes a arribar a un acuerdo transaccional en cualquier momento del proceso, para ello, los árbitros pueden ayudar a formularlo —salvo oposición de alguna de ellas—. Asimismo, se prevé que con la venia de las partes, el árbitro pueda oficiarse de mediador y acercar las posturas de las mismas para arribar a un acuerdo.

Conforme al artículo décimo, a fin de allanar el procedimiento y para que las partes desistan de cualquier actitud dilatoria, se faculta al Tribunal para disponer conclusiones desfavorables a aquella parte que incumpla órdenes o instrucciones del Tribunal. En igual sentido, al momento de imponer las costas del proceso, el artículo décimo primero, establece que debe valorarse la conducta de las partes, desalentando la falta de cooperación.

Finalmente el artículo décimo segundo aborda la deliberación del Tribunal, procurando que se dicte un laudo con la máxima premura posible.

5. Reglas IBA y las Reglas de Praga

En 1983 se elaboraron las reglas IBA que se encargan de regular la presentación y recepción de prueba en el arbitraje comercial internacional. Posteriormente se modificaron en el año 1999, donde se las conoció como reglas de la IBA sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Comercial Internacional. Y, finalmente, años después por resolución del Consejo de la IBA del 29 de mayo de 2010 se aprobó una versión revisada de esas últimas Reglas de la IBA sobre prueba.

Las reglas IBA son un recurso para ofrecerle a las partes y a los árbitros un procedimiento, eficiente, económico y equitativo para la práctica de la prueba en el arbitraje internacional. Estas reglas se enfocan fundamentalmente en la prueba, brindando mecanismo para la presentación de documentos, testigos, peritos, inspecciones y desarrollo de audiencias donde dichas pruebas deban practicarse.

Si bien las Reglas IBA 2010, como elemento del *soft law*, buscan amalgamar costumbres de diferentes sistemas legales, lo cierto es que las mismas se basan y adecuan a principios y lineamientos del procedimiento anglosajón, el cual tiene como eje el principio dispositivo irrestricto del sistema adversarial y no contemplativo de los procedimientos del Derecho civil o continental.

Es así que comenzó a darse un reclamo por parte de los ordenamientos jurídicos de raíz romanista o continental que buscaban conseguir normas como las IBA para aplicar al arbitraje comercial internacional pero que contemplaran ejes del *civil law*, es decir respetando las tradiciones legales de este sistema.

En consecuencia, el 14 de diciembre de 2018 en la ciudad de Praga, República Checa aparecieron las Reglas de Praga. Ellas surgieron del estu-

dio de juristas que representaban más de 30 jurisdicciones, en su mayoría pertenecientes a sistemas jurídicos del *civil law*. Estas reglas representan un apartamiento a la «americanización» del arbitraje internacional.

Autoras: Sofía Phileas

Milagros Velasco

(Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: GLUZKO, Eliza y TIRADO, Joe. «Reglas de Praga ¿Una solución en busca de un problema?», en *Revista Argentina de Arbitraje*, n.º 5, junio 2020 (IJ-CMXVII-609); JORGE, Juan. «Lanzamiento de las Reglas de Praga: nuevo Soft Law para regir procedimientos arbitrales», en *Cartas Blogatorias, Blog de los Litigios Internacionales* de Javier OCHOA MUÑOZ y Claudia MADRID MARTÍNEZ, Rodríguez, Ochoa & Asociados, 07/01/2019; MÉNDEZ, Hector Oscar y MÉNDEZ, Agustina Mercedes. «Las reglas de Praga: Recuperación de la tradición jurídica del Derecho continental en el procedimiento del arbitraje comercial internacional», en *Revista en Línea del Instituto de Estudios Legislativos*, Federación Argentina de Colegios de Abogados (www.ladefensa.com.ar); VAZQUEZ, Ricardo. *Las nuevas Reglas de Praga en el arbitraje internacional*, en <https://estadodiario.com/>, 11/01/2019; *Informe de la conferencia inaugural de las Reglas de Praga*, en www.praguerules.com, 24/12/2018; *Las Reglas de Praga, objeto de numerosos análisis en la red*, en www.ciarglobal.com, 22/01/2019; *Nota del Grupo de Trabajo de Reglas Sobre la Tramitación Eficiente de los Procedimientos en el Arbitraje Internacional (Reglas de Praga)*, en <https://www.praguerules.com/>

RELACIONES LABORALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (VER «DERECHO DEL TRABAJO»)

RESIDENCIA HABITUAL

1. Aproximación conceptual

La residencia habitual es uno de los criterios empleados por el Derecho internacional privado para la determinación de la competencia judicial internacional de un Estado y para establecer el punto de conexión de concreción de la ley aplicable para resolver las situaciones privadas con un elemento de internacionalidad. En la determinación de ambos aspectos esenciales de la disciplina, los criterios más empleados por la regulación española, europea o internacional han sido a lo largo de los años, con o sin acuerdo entre las partes, la nacionalidad, la residencia habitual, el domicilio, o la localización de las relaciones jurídicas, materializadas en el lugar de la firma de un acuerdo, de entrega de productos, o de situación de los bienes.

Todos estos criterios tienen sus ventajas e inconvenientes. Con relación a las ventajas de la residencia habitual, la misma vincula la competencia y la ley aplicable a la realidad del momento en el que surge el conflicto o la situación a resolver. Relaciona de mejor manera a las personas con el lugar en el que viven y con la ley del Estado desde el que se plasma la situación surgida. Permite adaptar la solución jurídica a las situaciones internacionales en los actuales tiempos de gran movilidad de las personas entre los países y en concreto, en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea, a la libertad de circulación y residencia de sus ciudadanos. Vincula la controversia a los datos objetivos, comprobables, actuales y que mejor conocen las partes. Por lo señalado es la conexión más cercana a su perspectiva material. Y desde la perspectiva procesal, una vez surgido el conflicto, la aplicación de la residencia habitual supone una mejor y más rápida administración de justicia y provoca menores costes personales, en tiempo y económicos. Por último, permitirá una rápida aproximación de quien resuelva el proceso a su posterior ejecución en el lugar de vida de las partes involucradas en el mismo.

En cuanto a sus inconvenientes, es un criterio que puede ser complejo de concretar en las situaciones en las que las partes no han tenido una estancia estable en un único Estado en los tiempos previos al surgimiento de la controversia, o se han desplazado cuando ha surgido la misma, lo que no es tan inhabitual en los conflictos internacionales de familia o con menores. En estos supuestos puede ser poco sencillo de materializar en un solo Estado porque, aunque el elemento intencional sea esencial, toda estancia en un territorio exige una cierta permanencia física para ser considerada residencia habitual. Esta importancia del elemento intencional motiva que una persona pueda modificarla en cualquier momento, con absoluta facilidad y efectos inmediatos, lo que le da al criterio una gran variabilidad a lo largo de la vida de las personas. Este hecho provoca que en dicha variación puedan existir intenciones únicamente procesales o de búsqueda de la ley más favorable que verdaderamente no tengan relación con la vida de las personas, pudiendo favorecer, con ello, el fraude de ley, tanto en lo relativo a la competencia judicial internacional como a la ley aplicable a los conflictos. Por último, este carácter tan variable y la necesidad de establecerla en un solo lugar puede provocar que haya situaciones, muy puntuales, eso sí, en las que se deba concluir que una persona no tiene la residencia habitual en un solo Estado, con las difíciles consecuencias prácticas que este hecho supone.

En la línea de las opiniones críticas hacia el criterio, en la «Nota sobre Residencia habitual y ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1993 relativo a la protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional» de la Conferencia de La Haya de 2018, los propios estados han manifestado que la residencia habitual presenta muchas dificultades para su concreción, considerándola esta su principal dificultad, toda vez que su variabilidad les dificulta el ejercicio de la Jurisdicción. Sobre la definición del concepto, o su falta de ella por legislación, jurisprudencia o doctrina, volveremos en el apartado tercero.

2. *La residencia habitual en el actual marco normativo*

Podemos señalar sin temor a equivocarnos que hoy en día la residencia habitual es el criterio de establecimiento de la competencia y el punto de conexión de la ley aplicable que ha triunfado como principal referencia en el Derecho de familia y sucesiones europeo. Y dada la influencia del DIPr europeo en el español, también en nuestro ordenamiento interno. El mismo se aplica de forma preferente a la nacionalidad tanto en las relaciones paternofiliales, como en las crisis matrimoniales, en los regímenes económicos de parejas y en la sucesión con ciertos matices.

2.1. *Derecho europeo*

En la regulación de la competencia judicial en las crisis familiares del Reglamento Bruselas II bis la finalidad del legislador es la de vincular el proceso al lugar en el que se desarrolló la vida en común del matrimonio si es posible y no ha pasado determinado tiempo desde que la relación conyugal finalizó. Sin acuerdo entre los cónyuges, la residencia habitual común es el primer criterio que considera la norma. Y en caso de que no exista, el siguiente criterio es el de la residencia habitual de las partes por separado con condicionantes de tiempo en el caso de la parte demandante. La nacionalidad de las partes entra en juego solo si es común, en cuyo caso pueden poner la demanda en dicho país, aunque no residan en él. Con acuerdo entre las partes estos criterios se pueden aplicar de forma alternativa. El Reglamento no se pronuncia sobre el lugar en el que se debe considerar la residencia habitual de las partes si ambos no residen en el mismo lugar constantemente ni da una definición del concepto. Por otro lado, podemos señalar, en un intento de brevedad, que los Reglamentos de regímenes económicos de matrimonios y parejas registradas siguen un esquema muy parecido, estableciendo el criterio de la residencia habitual de los miembros de la pareja como el más relevante.

En la normativa de la ley aplicable a las crisis familiares internacionales nos encontramos ante un esquema muy similar en cuanto a la trascendencia de la residencia habitual. El Reglamento Roma III también ha desplazado a la nacionalidad, considerándolo un criterio claramente secundario respecto a la residencia habitual. En caso de falta de acuerdo, los dos primeros criterios, de cuatro en cascada, remiten a la residencia habitual, la de las partes si es común o la de una de ellas si está aún relacionada con la vida en común. La nacionalidad entra en juego solo si es común si los criterios anteriores no se dicesen, o si las partes se ponen de acuerdo para ello. El Reglamento tampoco define el concepto de residencia habitual.

En la regulación de la responsabilidad parental, el ya citado Reglamento Bruselas II bis también establece en sus artículos 8 y 10, que la competencia tanto de los procedimientos de responsabilidad parental como los de restitución del menor es de los estados de residencia habitual del menor en el primer caso y de residencia habitual del menor anterior al traslado en el segundo. El Reglamento de alimentos establece que, en caso de inexistencia de acuerdo entre las partes, la competencia para el inicio de la acción es la residencia habitual del demandado o del acreedor. En cuanto a la ley aplicable, la remisión del artículo 15 al Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, también sitúa a la residencia habitual del acreedor de alimentos como principal criterio. El Reglamento de sucesiones establece como principio general para establecer la competencia judicial y la ley aplicable la residencia habitual del causante, si bien le otorga la facultad de poder realizar testamento aplicando la ley de su nacionalidad, en cuyo caso los herederos podrán elegir este Estado como el competente para conocer de la sucesión. Por ello, en las sucesiones, mediando siempre la voluntad del testador, la nacionalidad tiene tanta trascendencia como la residencia habitual.

2.2. *Derecho español*

Tal y como señalamos anteriormente, la regulación española de la competencia judicial internacional civil de los juzgados y tribunales españoles de los artículos 22 a 22 *nonies* de la LOPJ, modificada en el año 2015, tuvo como clara inspiración la regulación europea, y en ella el criterio de la residencia habitual de las partes en España es el criterio esencial para determinar la competencia internacional de los tribunales españoles, teniendo la nacionalidad virtualidad en determinadas acciones, como la determinación de la filiación, lo que no obsta para que deba seguir considerándose un criterio secundario al de la residencia habitual.

En lo relativo a la ley aplicable a las situaciones de internacionalidad, en primer lugar, debemos apreciar que todos los Reglamentos europeos de la materia se aplican con carácter universal, por lo que serán aplicables siempre que España sea competente. Por ello, el criterio de la normativa de DIPr respecto a la ley aplicable en nuestro ordenamiento jurídico sigue dándole preferencia a la residencia habitual en la protección de los menores y de los mayores de edad, en las reclamaciones de alimentos, si bien debemos destacar que el criterio para establecer la ley aplicable a la capacidad de las personas es el de su nacionalidad.

2.3. *Tratados internacionales*

Brevemente citaremos que los Tratados internacionales de la Conferencia de La Haya suscritos por España también acogen la residencia habitual como criterio preponderante para establecer la competencia judicial internacional o la ley aplicable a las situaciones internacionales. Así lo hacen, por ejemplo, los Convenios sobre competencia y ley aplicable sobre responsabilidad parental y protección de los menores, de obligaciones alimenticias o de sustracción de menores.

3. Indefinición actual de la residencia habitual

Algunos de los reglamentos que establecen la residencia habitual como criterio de concreción de la competencia o como punto de conexión de la ley aplicable expresamente afirman que no existe una definición del concepto para el Derecho europeo y no la aportan, remitiéndonos a los derechos internos de los estados para definirla y para que los mismos concreten cuándo se puede considerar que una persona tiene residencia habitual en ellos. El Reglamento Bruselas II bis en materia matrimonial y responsabilidad parental, cita el concepto en los considerandos 12, 17 y 18, y no está citado en los considerandos del Reglamento de la ley aplicable a los procedimientos matrimoniales, Roma III. El Reglamento de alimentos lo cita en el considerando 17; Roma I, considerando 19; Roma II, considerando 16; Reglamentos de regímenes económicos de familia, entre los considerandos 35 a 51. El único Reglamento que cita, si no el concepto, sí las circunstancias de facto que debemos valorar para concretar la residencia habitual de la persona en situaciones conflictivas es el Reglamento de Sucesiones, que los enumera en sus considerandos 23 y 24.

La doctrina mayoritaria opina que el legislador no ha querido, de forma consciente y premeditada, aportar una definición del concepto, para que sean los tribunales los que concreten, caso a caso, y siempre teniendo en cuenta el ámbito del Derecho regulado, cuáles son los criterios para establecer la residencia habitual de las personas, que variará atendiendo al tipo de litigio de que se trate y del tipo de intereses que regule, siendo distinto el concepto para el Derecho de familia, de menores, sucesorio o económico.

Esta falta de definición provoca situaciones poco claras, frontera, en las que no es sencillo determinar la residencia habitual de las partes. Casos en los que las partes han vivido de forma discontinua en varios estados o se han producido traslados internacionales, generalmente justo en los momentos inmediatamente anteriores o posteriores a la aparición de un

conflicto, de familia, con menores, o sucesorio. Por ello la propia Conferencia de La Haya, en su Guía de Buenas Prácticas para la puesta en marcha del Convenio sobre Adopción Internacional de 1993, aportó una definición, de forma evidentemente general, como «la residencia habitual generalmente es considerada como un concepto de hecho que denota al país que se ha convertido en el centro de vida familiar y profesional de un individuo».

Esta definición es similar a la ya aportada por la Jurisprudencia del TJUE, que también de forma general y sin concretarla en un determinado periodo de tiempo, la definió como el «centro habitual de la vida e intereses de una persona». Tras esto, el TJUE ha señalado que estamos ante un concepto autónomo de Derecho europeo en el que su concreción no es única para todos los ámbitos del Derecho, ya que los criterios o indicios para determinarla dependen de la materia tratada, siendo diferentes, por ejemplo, en materia matrimonial o en las relaciones paternofiliales, debiendo adaptarse el concepto tanto a la materia que estamos analizando como a las circunstancias del caso concreto. En esta adaptabilidad del concepto según la materia ha coincidido con la Conferencia de La Haya.

En la concreción de estos aspectos el TJUE se ha pronunciado más habitualmente en situaciones que afectan a menores, y en ellas, se ha establecido la residencia habitual de los menores en el Estado en el que tuviesen una integración en su entorno social y familiar, aportando criterios como los de 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, o las relaciones familiares y sociales que el menor mantiene en el referido Estado. Estimamos que este es un inicio para intentar configurar en el futuro un concepto de residencia habitual, o al menos para determinar los criterios que la concretarían, lo que sería a nuestro juicio positivo. Estos criterios deberían ser diferentes según el tipo de acción iniciada o Derecho del

que se trate. Esta aportación de un concepto de residencia habitual daría mayores argumentos para el debate jurídico teórico, pero en especial le ofrecería mayor seguridad jurídica tanto a las partes como a los operadores involucrados en las puntuales situaciones conflictivas con elementos de internacionalidad en las que la indefinición de la residencia habitual provoca importantes y graves pérdidas de tiempo, energías y en ocasiones derechos.

Autor: Lucas Andrés Pérez Martín

*(Profesor contratado. Doctor Derecho Internacional Privado,
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CAMPUZANO DÍAZ, B. «La política legislativa de la UE en DIPr de familia, una visión de conjunto», *CDT*, octubre 2013, vol. 5, n.º 2, pp. 234-264; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. «Reglamento sucesorio europeo y residencia habitual del causante», *CDT*, marzo 2016, vol. 8, n.º 1, pp. 47-75; CAVERS, D. «Habitual residence: a useful concept?», 21 *Am. U. L. Rev.* 475 (1971-1972), pp. 475-493; CLIVE, E. «The concept of Habitual Residence», *Juridical Review*, 1997, pp. 137-143; GANDÍA SELLENS, A. «La responsabilidad parental y la sustracción de menores en la propuesta de la Comisión para modificar el RB II Bis: algunos avances, retrocesos y ausencias», *AEDIPr*, tomo XVII, 2017, pp. 799-820; GUZMÁN PECES, M. «Problemática en la coordinación de los instrumentos normativos aplicables a la sustracción de menores y en particular a la interpretación de la residencia habitual», *AEDIPr*, tomo XIV-XV, 2014-2015, pp. 489-522; LAMONT, R. «Habitual residence and Brusells II bis: developing concepts for european private International family law», *Journal of Private International Law*, 2007, october, pp. 261-281; REIG FABADO, I. «La construcción del concepto autónomo de residencia habitual del menor en los supuestos de sustracción internacional de menores», *CDT*, marzo 2019, vol. 11, n.º 1, pp. 877-888; RODRÍGUEZ BENOT, A. «El criterio de conexión para determinar la ley personal: un renovado debate en Derecho internacional privado», *CDT*, marzo 2010, vol. 2, n.º 1, pp. 186-202; ROGERSON, P. «Habitual

residence: the new domicile?», *Int'l & Comp. Law Q.*, 2000, vol 49, n.º 1, pp. 86-107; «Nota sobre Residencia habitual y ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1993 relativo a la protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacionab», Publicado por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, 2018; ZHANG, M. «Habitual Residence v. Domicile: A Challenge Facing American Conflicts of Law», *Maine Law Review*, 2018, vol. 70, n.º 2, pp. 160-197.

VOCABLOS CONEXOS: Competencia judicial internacional. Ley aplicable. Nacionalidad.

RESPONSABILIDAD CIVIL

CAMPOS GARCÍA (2015, p. 77) afirma que el discurso sobre la responsabilidad civil configura uno de los criterios de mayor sensibilidad y controversia para el Derecho privado, independientemente del ordenamiento y sistema jurídico a través del cual se aborde. Proporcionar una definición internacional de un concepto tan amplio como el de «responsabilidad civil», comporta un reto ciertamente complejo, toda vez que, de un lado, los sustentos domésticos al respecto suelen ser endebles y contradictorios, y de otro, la disposición de los elementos, los límites, el alcance y la profundidad del criterio en cuestión, en un marco que trasciende a las fronteras nacionales, constituye una tarea titánica.

Doctrinantes como Sabrina LANNI (2013, p. 222) han referenciado los desafíos que entraña la presente tarea definitoria. A los ya mencionados, la autora citada añade su carácter cambiante, puesto que, como refleja su obra, en la actualidad la responsabilidad civil se encuentra inmersa en un proceso de profundo replanteamiento. Para ilustrar aquella premisa, LANNI se ha referido a (i) la entrada en vigor de nuevos cuerpos legales civiles a inicios del siglo XXI (verbigracia el brasileño y el rumano), que han venido a reformular los principios rectores de la responsabilidad; (ii)

los variados proyectos de reforma de códigos civiles preexistentes (como es el caso del francés en 2005 y el argentino en 2012); y (iii) a la elaboración de proyectos de armonización supranacional del Derecho privado (como por ejemplo, los Principles of European Tort Law, el Draft Common Frame of Reference y el Proyecto de Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos), para comprobar las desavenencias y la recurrente controversia que genera definir la responsabilidad civil.

El camino hacia la consolidación de una «concepción inequívoca» es todavía, prolongado. Sin embargo, el presente epígrafe tratará de aproximarse a lo que podría ser considerada como una definición con validez internacional. Para dicha tarea, resulta esencial hacer referencia a los criterios en los cuales se fundamentan las distintas tradiciones jurídicas que han venido a sentar las bases de los distintos ordenamientos jurídicos del globo. GAVIRIA GIL (2013, p. 32) se refiere a ellas utilizando la también extendida noción de «familias jurídicas», y las define como aquellas agrupaciones que, por compartir características comunes y un pasado histórico, permiten en la actualidad realizar estudios de Derecho comparado y, articular concepciones colegiadas.

Entre las múltiples tradiciones jurídicas identificadas por la doctrina, destaca la «pareja» clásica conformada por el *common law* y el *civil law* (HERTEL, 2009, pp. 186, 187), dentro de la cual todos, o casi todos los sistemas jurídicos del mundo moderno, pueden ser agrupados (RHEINSTEIN, 1955, p. 62). Estos dos bloques resultan, tal y como también sucede con los precedentes de la institución en cuestión, fundamentales para alcanzar una definición extendida de la responsabilidad civil, pues no puede ignorarse el valor que aportaron en la tarea de delimitación del concepto y de su alcance, los antiguos romanos, que en su practicidad decidieron sintetizar toda norma jurídica en tres pilares: *honeste vivere* (vivir honestamente), *suum cuique tribuere* (dar a cada uno lo suyo) y *alterum non laedere* (no dañar al otro). Siendo este último el que mayor importancia entraña en este punto, para continuar sentando las bases de la responsabilidad civil.

El axioma *non laedere* se sustentaba —y continúa sustentándose— en el surgimiento de la obligación de reparar como consecuencia de la causación de un daño. Así, con base en dicho precepto latino, quien viniese a perjudicar a otro debía, en reciprocidad, «retornar» a este último a una realidad análoga —o por lo menos lo más parecida posible— a la que tenía y de la que gozaba con antelación a la generación del daño. La generación de un menoscabo convertía ya en sus orígenes —y continúa haciéndolo— al sujeto causante del mismo, en titular pasivo de una obligación erigida sobre la base de «responder», «ser responsable» y «tener responsabilidad» por el detrimento causado a otra persona (LÓPEZ HERRERA, 2015, pp. 1, 2).

La noción latina de responsabilidad civil ha sufrido importantes modificaciones a lo largo de la historia, a pesar de que los pilares sobre los cuales se soporta actualmente son análogos a los de su fase originaria. Junto con el auge del comercio y la paulatina complejidad de la que han sido dotadas las relaciones interpersonales, los legisladores se han visto obligados a conferir cada vez mayor contenido a dicho concepto. Fruto de esta evolución, la responsabilidad civil se ha visto dividida en dos vertientes: contractual y extracontractual. En la primera el nexo que une al sujeto activo y pasivo de la obligación de reparar es el contrato existente entre ambas. En la segunda no existe dicho punto de unión y se deberá recurrir a otros criterios como la culpa, el riesgo inherente a una determinada actividad, o incluso una determinada vinculación con el bien jurídico dañado, para poder atribuir la obligación de reparar al causante del daño.

El título de imputación o elemento subjetivo por el cual exigir responsabilidad civil, ha sido uno de los puntos en los cuales más ha diferido la configuración de la responsabilidad civil erigida en los ordenamientos de tradición del *civil law* y del *common law*. Así, mientras que los sistemas jurídicos pertenecientes a la primera de estas familias han concebido tradicionalmente los conceptos de diligencia y culpa como inexorablemente ligados al de responsabilidad civil, sosteniendo de este modo la

responsabilidad subjetiva del individuo; los sistemas afiliados a la segunda de las referidas familias han ido alejándose de dicha noción y acercándose a la consideración de la responsabilidad sobre bases objetivas sustentadas en el riesgo de la acción desempeñada por el sujeto (RODRÍGUEZ ROSADO, 2014, pp. 155, 156). Esta distinción clave, merece que se proceda a analizar separadamente el concepto de responsabilidad civil en cada una de las tradiciones enunciadas.

En primera instancia, como se mencionaba previamente, el precepto *alterum non laedere* ha dado lugar en el Derecho continental a un régimen de responsabilidad sustentado en la culpa, o dicho de otro modo, en el vínculo subjetivo existente entre la acción llevada a cabo por un sujeto y el daño resultante.

Aquello no significa que en la configuración civilista de la responsabilidad civil se prescindiera de la responsabilidad objetiva. En efecto, en ciertas esferas como las relativas al desempeño de actividades que requieren altos niveles de diligencia —tal y como la explotación de centrales nucleares, o la conducción de vehículos a motor— se ha observado una revisión del concepto de culpa, acercándose en estas materias la responsabilidad, al vínculo objetivo (ARAMBURU CALLE, 2008, p. 21 y ss.). A este respecto, resulta ejemplificativa la jurisprudencia española contenida en las siguientes resoluciones: STS de 18 de junio de 2004, RJ 2004/4431; STS de 13 de febrero 2003, RJ 2003/1013; STS de 1 de octubre de 2003, RJ 2003/6206; STS de 17 de abril 1999, RJ 1999/2585; STS de 18 de marzo 1999, RJ 1999/1658.

Es más, la influencia del *common law* en la responsabilidad civil de los ordenamientos continentales ha impactado incluso en el Derecho civil contractual, materia en la que tradicionalmente la culpa adquiría mayor importancia. Así, la tendencia actual seguida por Derechos como el español o el alemán se sustenta en considerar la culpa como indiscutiblemente presente en los supuestos de incumplimiento contractual, dispensando a quien la alega de su prueba, al existir un reparto previo de res-

ponsabilidades realizadas por las partes en el contrato, que sirve como fundamento para atribuir responsabilidad a una de ellas por el daño causado. De este modo, se realiza una inversión de la carga de la prueba, siéndole atribuida responsabilidad a la parte a cuyo cargo se encontraba el desempeño de la obligación incumplida, salvo que esta demuestre la concurrencia de una causal de exoneración (RODRÍGUEZ ROSADO, 2014, p. 166 y ss.).

Sin embargo, no ha sido solo la tradición civilista la que se ha visto influida por la anglosajona, como se procederá a desarrollar, aquella también ha sufrido una tendencia inversa hacia su subjetivación.

Los sistemas jurídicos pertenecientes a la tradición jurídica del *common law* han modulado la responsabilidad civil y sus consecuencias en torno a tres tipos de obligaciones: *absolute liability*, *strict liability*, y *fault* (RODRÍGUEZ ROSADO, 2014, pp. 157, 158, 159, 162).

En las obligaciones regidas por la responsabilidad absoluta (*absolute liability*), quien ha generado el daño debe siempre indemnizar por su causación, ya que las motivaciones o circunstancias que lo llevaron a generar el perjuicio no son relevantes. Esta primera tipología obligacional, cuyo sustento se encuentra en el caso *Paradine v. Jane*, King's Bench Division, 1647 —en el cual el Tribunal sentenció que un arrendatario tenía siempre el deber de pago del canon, independientemente de las circunstancias que pudieran, per se, impedir o dificultar dicha ejecución—, permite observar como la responsabilidad civil en algunos ámbitos del Derecho anglosajón, será siempre de carácter objetivo.

Por otro lado, en el caso de las obligaciones sujetas a un régimen de responsabilidad estricta (*strict liability*), el causante de un daño no siempre debe responder por él, admitiéndose algunas eximentes. Esta doctrina conocida con el nombre de *frustration* tiene su precedente principal en la sentencia *Taylor versus Caldwell* de 1863. Este tipo de responsabilidad ha tenido mayor acogida en el Derecho civil contractual, ya que como bien refleja la jurisprudencia se ha aplicado la referida responsabilidad obje-

tiva modulada, cuando: (i) el objeto del contrato se pierde o se destruye totalmente; (ii) el bien objeto del contrato sufre expropiación o requisa (caso *Bank Line, Limited versus Arthur Capel and Company*, Court of Appeals, 1919; Caso *B.P. Exploration Co (Libya) Ltd versus Nelson Bunker Hunt*, United States District Court, 1980); (iii) la prestación objeto del contrato deviene imposible por causa ajena al control del obligado (Caso *Pioneer Shipping Ltd versus B.T.P. Tioxide Ltd (The Nema)*, Court of Appeals, 1982; Caso *Cleeves Western Valleys anthracite Collieries, Ltd versus «Penelope»*, Admiralty Division, 1928.) o; (iv) el servicio personal objeto del contrato no puede llevarse a cabo por muerte o imposibilidad del obligado (caso *Morgan versus Manser*, King's Bench Division, 1948).

Finalmente, también distingue el Derecho anglosajón entre las obligaciones sometidas a un régimen de responsabilidad por culpa o *fault*. Si bien, de atención minoritaria, se puede observar cómo principalmente ante algunos supuestos de responsabilidad extracontractual se admite la subjetivación de la responsabilidad. Y ello, puesto que, tal y como se ha mencionado previamente, la tendencia ha sido considerar que en Derecho contractual el riesgo es asumido por las partes al contratar, quienes han aceptado sus consecuencias; sin embargo, en las relaciones de naturaleza extracontractual no se da dicha aceptación entre las partes, pues desconocían el comportamiento a llevar a cabo por la contraria (RODRÍGUEZ ROSADO, 2014, p. 166 y ss.).

Entre ambas tradiciones también se presentan diferencias en torno a los fines perseguidos por la estudiada institución, en cada una de ellas.

En los países de tradición continental la responsabilidad civil se construye para facilitar la reparación integral del daño causado a la víctima, de modo que la misma obtenga a través de la invocación de esta institución, una situación similar a la que ostentaba antes de sufrir el daño. En atención a esta consideración, el sujeto pasivo, responsable civil de un daño, vendrá obligado en estos sistemas a restituir o reparar el menoscabo causado, y solo cuando dichos remedios se tornen insuficientes, se

procederá a indemnizar al perjudicado como medio para lograr la «reparación integral» (CORTÉS MOLINARES, 2015, pp. 4, 5).

El deber de indemnizar en estos supuestos se configura en torno a dos conceptos. El daño emergente —pérdida sufrida en el patrimonio del perjudicado— y el lucro cesante —ganancia previsible dejada de obtener—. Puesto que la finalidad perseguida por la responsabilidad civil no es el enriquecimiento del sujeto que sufre el daño, sino la reposición de la realidad física alterada, para que el deber de indemnizar comprenda el daño emergente y el lucro cesante, ambos deberán ser probados.

Por otro lado, en los Estados donde prima la tradición jurídica del *common law*, a la función de reparación que desempeña la responsabilidad civil, se unen otras de carácter preventivo y punitivo. En atención a estas últimas finalidades, la responsabilidad civil adquiere un talante «educativo» y busca informar al ciudadano de la conducta que se espera de él en la sociedad, así como advertirle de las consecuencias que conlleva su incumplimiento. Para ello, el Derecho anglosajón se sirve del concepto de «daños punitivos», concepto del todo ajeno a la tradición civilista. En contraposición con la anteriormente mencionada teoría indemnizatoria, en los sistemas jurídicos del *common law* sí se busca que el daño a resarcir sea superior al causado, ya que la finalidad de la responsabilidad civil no se agota en la indemnización de la víctima, sino que también busca el castigo del culpable (CORTÉS MOLINARES, 2015, pp. 4, 5). En consecuencia, la indemnización no será subsidiaria a la restitución o reparación, sino complementaria a estas, encontrándose presente en todo caso.

De lo anteriormente expuesto, resulta posible concluir que, si bien no es posible dotar a la responsabilidad civil de un contenido único y válido transnacionalmente, sí existen elementos comunes que permiten establecer unos lineamientos generales para la referida institución. Estos son: la necesidad de la generación de un daño para que surja la responsabilidad civil, la necesidad de la existencia de un vínculo —ya sea obje-

tivo o subjetivo— para atribuirlo a su autor, y la obligación de reparar o indemnizar como consecuencia de aquello.

*Autor: Jesús Alfonso Soto Pineda
(Academic Dean, Schiller International University)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ARANBURÚ CALLE, M. «La responsabilidad civil y riesgo en Colombia: apuntes para el desarrollo de la teoría del riesgo en el siglo XXI». *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 38, n.º 108, 2008; BESTUE SALINAS, C. «Traducir los daños sin efectos colaterales: análisis comparado del Derecho de daños», *Hermēneus - Revista de Traducción e Interpretación*, n.º 11, 2009; CAMPOS GARCÍA, H. A. «La responsabilidad civil derivada de actos lícitos dañosos en el Derecho privado: breves reflexiones desde una perspectiva comparatista de los principales ordenamientos sudamericanos y europeos», *Art Juris Salmanticensis*, vol. 3, Universidad de Salamanca, 2015; CORTÉS MOLINARES, J. E. *Daños punitivos en el sistema de responsabilidad civil colombiano: aportes para su fundamento y justificación*, 2015; DOMÍNGUEZ HIDALGO, C. «Algunas consideraciones en torno al daño como elemento de la responsabilidad civil», *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* XIX, 1998; GAVIRIA GIL, M. V. «El Derecho occidental del siglo XXI y el concepto de familia jurídica», *Revista de Derecho*, n.º 39, Universidad Eafit, 2013; HERTEL, C. «Sistemas y familias jurídicos del mundo», *Notarius International*, n.º 1-2, 2009; LANNI, S. «La reelaboración de la responsabilidad civil: nuevos Códigos Civiles y diálogo euro-latinoamericano», *Revista de Derecho Privado*, n.º 25, Universidad Externado, 2013; LÓPEZ HERRERA, E. *Introducción a la responsabilidad civil*, 2015; RHEINSTEIN, M. «El Derecho común y el Derecho civil: una comparación elemental», *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, n.º 25, 1955; RODRÍGUEZ-ROSADO, B. «Los sistemas de responsabilidad contractual: entre la responsabilidad por culpa y la *strict liability*», *Revista de Derecho Civil*, vol. I, n.º 4, 2014.

VOCABLOS CONEXOS: Daños.

RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO (EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO)

Cuando la responsabilidad penal genera la obligación de indemnizar el daño civil ocasionado, se debe tener en cuenta la presencia de elemento extranjero en la relación jurídica considerada. La aparición de internacionalidad en el litigio se puede producir, entre otros motivos, por la nacionalidad distinta de las partes, por sus residencias en lugares diferentes o por la ejecución del acto en cuestión en un sitio que difiera de los anteriores. Al constatarse la heterogeneidad antedicha, por la conexión del suceso controvertido con más de un ordenamiento jurídico, se deben de resolver los aspectos relativos al fórum y al ius desde la perspectiva del Derecho internacional privado. Se trataría de dar respuesta a una serie de preguntas, tales como determinar qué tribunal sería el competente para conocer de un daño transnacional, además de concretar la ley aplicable al fondo del asunto. En definitiva, que se produce el nacimiento de una obligación civil por actuaciones contrarias al Derecho penal y que dan lugar al deber de reparar el daño causado.

1. La regulación de la responsabilidad civil derivada del delito en el Código Penal

En el ordenamiento español, la responsabilidad civil derivada del ilícito penal se encuentra regulada extramuros del Código Civil, ya que se le ha dado un tratamiento específico en el Código Penal. En efecto, la necesidad de reparar el daño causado cuando se deriva de un delito recibe un reconocimiento jurídico diferenciado, al atribuirse a la legislación penal su reglamentación correspondiente. Así se establece en el artículo 1092 del Código Civil, cuando se alude a que las obligaciones civiles que nazcan de los comportamientos delictivos se regirán por las disposiciones del Código Penal. Esta remisión ha sido, no obstante, criticada por la doctrina, ya que consideran innecesario establecer dos regímenes jurídicos distintos, uno para las obligaciones civiles nacidas de acción u omisión culposa y otro para las surgidas de actuaciones penalmente reprobables. Por lo tanto, en el Derecho español se sigue un sistema dual para

la regulación de la responsabilidad civil, que da lugar a normativas particulares en cada caso. De una parte, se encontraría la recogida en el Código Civil y leyes especiales, que contendría la regulación de la responsabilidad civil general derivada de daños y otras conductas no constitutivas de delitos. De otra, se tendría la prevista en el Código Penal para la responsabilidad civil surgida de actuaciones delictivas.

Con todo, en la regulación española, se permite que el juez perteneciente a la jurisdicción penal que conoce de la acción por delitos pueda también, en el mismo proceso penal, resolver sobre la responsabilidad civil derivada de la actuación delictiva. En este sentido se manifiesta el artículo 109.1 del Código Penal, cuando se refiere a que la ejecución de un hecho descrito por la ley como delito obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados. Aunque en el mismo precepto, pero en su apartado segundo, se aclara que el perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la jurisdicción civil. En definitiva, que la víctima podría elegir entre la acumulación de acciones o su tramitación por separado. Para el caso de que se incline por lo primero, se producirá una acumulación heterogénea de acciones, que dará lugar a que ambas sean enjuiciadas en un único procedimiento y resueltas en una sola sentencia con efectos civiles de cosa juzgada material. En el supuesto de que se decante por un tratamiento jurisdiccional diferenciado, serán dos tribunales distintos los que resuelvan cada asunto, aunque se producirán sinergias a este respecto que deben ser tenidas en cuenta.

Para aclarar lo anterior, se debe hacer referencia a la regulación existente en el ordenamiento español sobre la responsabilidad civil cuando trae causa de una conducta criminal. A este respecto, se deben mencionar los artículos 109 a 122 del Código Penal, así como los artículos 100 y 106 a 117 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim). Lo primero que el juez instructor de la causa le comunicará al ofendido es su derecho a mostrarse parte en el proceso y la posibilidad que tiene de renunciar o no a la restitución de la cosa, reparación del daño e indemnización del

perjuicio causado por el hecho punible, tal y como se establece en el artículo 109.1 de la LECrim. A continuación, en el artículo 111 de la LECrim, se indica que las acciones que nacen de una conducta punible penalmente podrán ejercitarse juntas o por separado. Ahora bien, mientras estuviese pendiente la acción penal no se ejercitará la civil con separación hasta que aquella haya sido resuelta en sentencia firme. Por lo demás, los legitimados para el ejercicio conjunto de ambas acciones son tanto el Ministerio Fiscal como el perjudicado por el delito, según el artículo 108 de la LECrim. Aunque el perjudicado tiene la opción de constituirse en acusador particular o solo en demandante civil, tal y como señala el artículo 110 de la LECrim. Pero de conformidad con el artículo 112 de la LECrim, el ejercicio de la acción penal comprende también la civil, salvo que medie reserva o renuncia expresa por parte del perjudicado.

Pues bien, el ejercicio conjunto de ambas acciones plantea dudas de Derecho internacional privado, cuando en el ilícito concurra el elemento extranjero. Parece evidente que la competencia judicial y la ley aplicable en materia de responsabilidad penal, de ser planteado el asunto en territorio español, se resolverá por el ordenamiento del país en cuestión. De tal forma que el juez español que conozca de la acción criminal tendrá en cuenta sobre todo la regulación española existente a este respecto. Esta solución se basa en la correlación que en materia penal, y en general en el Derecho público, se produce entre autoridad competente y ley aplicable. De manera que el otorgamiento de competencia judicial internacional al tribunal español por las normas procesales penales vigentes en España se traducirá igualmente en una aplicación del Derecho sustantivo penal del foro. Parece claro, por tanto, que la existencia de conflictos de leyes se reduce más bien al Derecho privado, siendo el principio de territorialidad el que gobierna la aplicación de las normas penales, tal y como se desprende del artículo 8 del Código Civil. Pero para el caso de la responsabilidad civil derivada del delito, se abre la posibilidad de acudir a las normas reguladoras del tráfico jurídico externo, que podrían dar lugar a la aplicación de una ley extranjera por un juez español. Es

por ello que se analizarán, a continuación, las normas existentes a este respecto, para clarificar los escenarios en los que pueden conocer los tribunales españoles y concretar el ordenamiento aplicable al fondo del asunto.

2. *La solución de los conflictos de jurisdicciones*

Partiendo siempre de la existencia de internacionalidad en el supuesto jurídico considerado, habría que diferenciar entre el tratamiento conjunto de ambas acciones o el diferenciado. En el primer caso, para dirimir la responsabilidad civil en el mismo proceso penal, podría ser necesario tener en cuenta el reglamento 1215/2012, Bruselas I bis (RBI bis). Aunque esta última norma regula la competencia judicial internacional y la eficacia extraterritorial de resoluciones judiciales extranjeras en materia civil y mercantil, su artículo 1 también aclara que se aplicará con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional. Por lo tanto, resulta irrelevante que el juez ante el que se haya incoado el procedimiento sea del orden jurisdiccional civil o penal. De tal forma que en el artículo 7.3 del RBI bis se contiene un foro alternativo para estas situaciones. Según el precepto en cuestión, cuando se trate de acciones por daños y perjuicios, o de acciones de restitución fundamentadas en un acto que dé lugar a un proceso penal, será competente el tribunal del Estado miembro que conozca de dicho proceso, en la medida en que, de conformidad con su ley, dicho órgano jurisdiccional pueda conocer de la acción civil.

Para que esta competencia especial sea posible se exige la concurrencia de dos requisitos, que deben verificarse para que resulte operativa. En primer lugar, la acumulación de acciones debe estar prevista y permitida por la *lex fori*, es decir, por la ley material del Estado miembro al que pertenece el tribunal que va a conocer de ambas pretensiones. Por lo que se refiere al ordenamiento español, resulta plenamente posible la acumulación de la acción civil con la penal correspondiente, tal y como se establece en el artículo 111 de la LECrim. En segundo lugar, el tribunal debe poder conocer de la acción punitiva por comportamientos de-

lictivos con arreglo a las normas que regulan la competencia en materia penal. Esto último podría suponer, por ejemplo, que los tribunales españoles asumieran la competencia extraterritorial en materia penal sobre la base de los principios de personalidad del artículo 23.2 de la LOPJ, real o de protección de intereses del artículo 23.3 de la LOPJ, y de justicia universal del artículo 23.4 de la LOPJ. Por su parte, también conocerán de la acción civil con base en criterios de competencia judicial fundados en la nacionalidad de la víctima, la nacionalidad del autor de la infracción o cualquier otro foro desconocido en el Reglamento. Se trata de una realidad perfectamente posible, ya que el Reglamento regula el foro del proceso civil acumulado al penal sin exigir ninguna otra condición de aplicación, ni siquiera la existencia de una mínima conexión del litigio con el tribunal competente.

Para el caso de que la víctima se reserve el ejercicio de la acción indemnizatoria, con el objetivo de ser ejercitada al margen del proceso penal, también habría que tener en cuenta el RBI bis, pero la competencia de la jurisdicción civil quedaría determinada por otros foros diferentes del analizado anteriormente. Así, el tribunal civil español podría conocer de un litigio basado en una acción de responsabilidad civil derivada de una conducta criminal cuando el domicilio del demandado se encuentre en territorio español, de conformidad con el artículo 4 del RBI bis. También podría utilizarse el foro especial del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso, correspondiente al artículo 7.2 del RBI bis. Además, sería posible acudir a la sumisión expresa o tácita de las partes para otorgar al tribunal español civil la facultad de dictar sentencia sobre los daños ocasionados, en virtud de los artículos 25 y 26 del RBI bis. En cualquier caso, cuando el perjudicado se reserva el ejercicio de la acción civil extracontractual para ser planteada al margen de la jurisdicción penal, suelen producirse supuestos de disociación de la competencia judicial internacional para conocer de la responsabilidad criminal y de la responsabilidad por daños.

Lo anterior puede dar lugar a que los tribunales españoles sean competentes para conocer de la responsabilidad civil extracontractual, pero carezcan de la posibilidad de conocer de la responsabilidad penal. Esta situación se podría producir con los delitos cometidos en el extranjero, cuando los convenios internacionales existentes y el artículo 23, apartados 2, 3 y 4 de la LOPJ sean insuficientes para que los tribunales penales españoles puedan resolver sobre la responsabilidad criminal correspondiente. A pesar de ello, los tribunales civiles españoles podrían ser llamados a resolver sobre la responsabilidad extracontractual derivada de tales ilícitos penales, lo que podría ocurrir, por ejemplo, en virtud de la sumisión a la jurisdicción española prevista en los artículos 25 y 26 del RBI bis. Por lo tanto, la inexistencia de competencia penal de los tribunales españoles podría, no obstante, permitir que la jurisdicción civil española entrara a decidir sobre los daños derivados de la conducta delictiva. A la inversa, también sería posible que los tribunales españoles fueran competentes para conocer de la responsabilidad penal, pero fueran dejados al margen de la civil extracontractual. Se trataría de los delitos cometidos en España y de algunos acaecidos fuera del territorio español en virtud del artículo 23 de la LOPJ, pero en los que el perjudicado se reserva el ejercicio de la acción civil para accionar en el extranjero. Este resultado es perfectamente posible, siempre y cuando los tribunales extranjeros dispongan de competencia judicial internacional en estos supuestos y lo permitan las normas de Derecho internacional privado vigentes en el Estado en cuestión.

3. El desenlace de los conflictos de leyes

Además de por los hechos ocurridos fuera del territorio español, también los tribunales penales españoles pueden asumir la competencia judicial con base en el principio de territorialidad. En el primer caso es evidente la existencia de internacionalidad en el comportamiento delictivo, pero en el segundo sería igualmente posible. A este respecto, el elemento extranjero se produciría por la vinculación del litigio con más de un ordenamiento jurídico, lo que podría venir provocado por carecer

de nacionalidad española el imputado aunque cometiera el ilícito en territorio español. Pues bien, en ambos casos, la responsabilidad civil derivada del delito requerirá de la aplicación de las normas de conflicto reguladoras de las obligaciones extracontractuales, tanto para dirimir la responsabilidad civil en el mismo proceso penal como para hacerlo por separado. Cuando el perjudicado ejercite ambas acciones ante la jurisdicción penal, resultará necesario que el juez competente aplique normas de Derecho internacional privado para dilucidar la responsabilidad extracontractual. Esto último también sucedería si la víctima se reserva el ejercicio de la acción civil para plantearla en un procedimiento independiente ante la jurisdicción civil correspondiente. Si bien la aplicación de las normas indirectas por los tribunales civiles es consustancial con sus competencias en materia de Derecho privado, el que lo hagan los tribunales penales es menos frecuente aunque posible.

Por lo tanto, en los ilícitos internacionales hay que tener presente que deben aplicarse las normas de Derecho internacional privado para determinar la ley estatal reguladora de la responsabilidad civil surgida a tal efecto. Para identificar la norma en cuestión resultará necesario atender a los diferentes tipos existentes, ya bien se trate de un Convenio o del Reglamento 864/2007, Roma II (RRII), así como del artículo 10.9 del Código Civil cuando las de origen internacional no puedan operar en el caso concreto. En consecuencia, la existencia de técnicas de reglamentación indirectas en los instrumentos jurídicos que se acaban de mencionar podría dar lugar a que resultara aplicable la ley española a un supuesto de responsabilidad civil derivada de conductas delictivas. Pues bien, en una situación como la descrita, el juez penal español tendría que aplicar las disposiciones contenidas en los artículos 109 a 126 del Código Penal, en tanto que normas especiales en la materia. Además, podría resultar necesario tener que acudir a las disposiciones generales sobre responsabilidad extracontractual recogidas en el Código Civil español, cuando fuera preciso cubrir la falta de regulación en las especiales correspondientes. Pero tanto las unas como las otras solo podrán operar en función de lo que establezcan las de Derecho internacional privado a

este respecto. Sin que pueda perderse de vista que también podría ser aplicable una ley extranjera, cuando las normas indirectas españolas así lo establezcan.

Cuando una ley extranjera tenga que ser aplicada por el tribunal penal español para resolver la responsabilidad civil derivada del delito, será necesario que la parte a quien interese su toma en consideración asuma la carga de la prueba del contenido y vigencia de ordenamiento en cuestión, de conformidad con el artículo 281.2 de la LEC. Para los supuestos en los que resulte imposible acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero, el artículo 33.3 de la Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil establece, con carácter excepcional, que se aplique el Derecho español. Aunque también es posible que el Tribunal se pueda valer de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación. Por otra parte, se podrían producir disparidades importantes entre la ley extranjera aplicable y el ordenamiento español, que serían susceptibles de activar la excepción de orden público regulada en el artículo 26 del RRII y artículo 12.3 del Código Civil. Como consecuencia, se marginaría la aplicación de las normas foráneas manifiestamente incompatibles con las concepciones básicas de la responsabilidad civil previstas en el Derecho español. De tal forma que la solución pasaría por la sujeción del litigio a la ley española, aunque podría acudirse a un «efecto atenuado del orden público» que permita la aplicación de la extranjera corregida por la primera en todo lo necesario para evitar la discrepancia.

Por último y no menos importante, se podría dar lugar al reenvío, que aparece regulado en el artículo 24 del RRII y artículo 12.2 del Código Civil. Se trata de una figura que, a través de la aplicación de las normas de conflicto del foro y su remisión a un Derecho extranjero, puede producir el reenvío al Derecho sustantivo del tribunal que está conociendo del asunto o a un segundo ordenamiento extranjero. Cuando el Derecho conflictual extranjero nos reenvía al Derecho sustantivo del tribunal que está conociendo del asunto, se cataloga de primer grado o retorno. Mien-

tras que el reenvío a un segundo ordenamiento extranjero está considerado como de segundo grado. Pues bien, la solución difiere cuando se aplica la regulación europea o la norma de Derecho internacional privado autónomo. Para el primer supuesto, el RRII excluye el reenvío y considera que la aplicación de la ley de un país se entenderá con exclusión de las normas de Derecho internacional privado. Por su parte, el Código Civil admite el de primer grado, aunque sin un carácter obligatorio para el juez, sino como una mera facultad o posibilidad.

*Autora: Lidia Moreno Blesa
(Profesora contratada. Doctora de Derecho Internacional Privado,
Universidad Complutense de Madrid)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CALVO CARAVACA, L. A. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (dirs.). *Tratado de Derecho internacional privado*, tomo III, 2.^a ed., Ed. Tirant lo Blanch, 2022; DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho civil: contratos en especial, cuasi contratos, enriquecimiento sin causa, responsabilidad extracontractual*, vol. II, tomo 2, 12.^a ed., Tecnos, 2018; GARDEÑES SANTIAGO, M. «La ley aplicable a la responsabilidad civil derivada del delito en el Derecho internacional privado español», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo 0, 2000; LASARTE, C. *Curso de Derecho civil patrimonial. Introducción al Derecho*, 21.^a ed., Tecnos, 2015; O'CALLAGHAN, X. *Código Civil. Comentado y con jurisprudencia*, La Ley, 4.^a ed., 2004; PECOURT GARCÍA, E. «La ley penal extranjera ante el juez del foro», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 23, n.º 1, 1970; SABIDO RODRÍGUEZ, M. «Artículo 7.3», en BLANCO-MORALES LIMONES, P., GARAU SOBRINO, F. F., LORENZO GUILLÉN, M. L. y MONTERO MURIEL, F. J. (coords.). *Comentario al Reglamento (UE) n.º 1215/2012 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. Reglamento Bruselas I refundido*, Thomson Reuters Aranzadi, 2016.

RESPONSABILIDAD PARENTAL

1. El empleo del término «responsabilidad parental»

El término «responsabilidad parental», que pertenece al ámbito del Derecho de familia, comprende, con carácter general, diferentes derechos y obligaciones relativos a los menores y a sus bienes. Esta materia ha sido tratada no solamente por el Derecho civil interno, sino también por la Conferencia de La Haya y el Derecho de la Unión Europea, como veremos a continuación.

Como punto de partida, cabe tener presente que, en el ámbito de la protección internacional de menores, existen relevantes diferencias en el empleo del término «responsabilidad parental», por las normas de Derecho internacional privado.

En su artículo 2.2, apartado séptimo, el Reglamento (CE) 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) 1347/2000, define la responsabilidad parental como «los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor. El término incluye, en particular, los derechos de custodia y visita». En el mismo sentido, el Reglamento (CE) 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida), determina que la responsabilidad parental son «los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor, incluidos, en particular, los derechos de custodia y visita» (artículo 2.2, apartado séptimo).

En cambio, 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, distingue entre «medidas de protección» y «responsabilidad parental». Con respecto a esta última, indica que «comprende la autoridad parental o cualquier otra relación de autoridad análoga que determine los derechos, poderes y obligaciones de los padres, tutores o de otro representante legal respecto a la persona o los bienes del niño» (artículo 1.2), haciendo referencia, en el artículo 16.1, a su atribución o extinción «sin intervención de una autoridad judicial o administrativa».

2. La responsabilidad parental en el Reglamento 2201/2003 y en el Reglamento 2019/1111

El Reglamento 2201/2003 y el Reglamento 2019/1111 resultan aplicables para determinar la competencia judicial internacional con respecto a las materias civiles «relativas a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental» (en ambos casos, artículo 1.1.b). Tales normas determinan la competencia judicial internacional de las autoridades de los Estados miembros de la Unión Europea salvo Dinamarca, siendo aplicable el Reglamento 2201/2003 a las demandas interpuestas a partir del 1 de marzo de 2005 (artículo 72); y el Reglamento 2019/1111 a las demandas interpuestas a partir del 1 de agosto de 2022 (artículo 105). Si bien el Reglamento 2201/2003 no indica qué ha de entenderse por «menor», el Reglamento 2019/1111 señala en el Considerando décimo séptimo que, en lo que respecta a la responsabilidad parental, ha de manejarse el mismo concepto que en el Convenio de La Haya de 1996, que considera menor a aquel de edad inferior a dieciocho años.

Tal como indica la doctrina, el concepto de responsabilidad parental indicado hace referencia, con carácter general, a tres aspectos: la persona

del menor, los bienes del menor y la representación legal del menor (NOURISSAT).

El concepto de responsabilidad parental de los Reglamentos mencionados resulta particularmente amplio, dado que:

- a) puede incluir todo tipo de derechos y obligaciones con respecto a un menor y/o sus bienes, salvo los contemplados en el artículo 1.3 del Reglamento 2201/2003 y en el artículo 1.4 del Reglamento 2019/1111 (como la determinación de la filiación, las resoluciones en materia adopción o las obligaciones alimenticias, entre otras) (al respecto, *vid.* ESPINOSA CALABUIG). Así, en el artículo 1.2 de ambos Reglamentos se hace alusión a algunas instituciones incluidas en el concepto de responsabilidad parental (como el derecho de custodia, el derecho de visita, la tutela o el acogimiento); si bien dicha enumeración, tal como precisó el TJCE, «reviste carácter indicativo» (STJCE de 27 noviembre 2007, asunto C-435/06, ECLI:EU:C:2007:714; *vid.* JAULT);
- b) carece de relevancia que dichos derechos y obligaciones estén o no relacionados con un procedimiento en materia matrimonial (entre otros, BARUFFI, CORNELOUP, DEVERS, NOURISSAT, QUIÑONES ESCÁMEZ, VELÁZQUEZ SÁNCHEZ; así como considerando quinto del Reglamento 2201/2003 y considerando séptimo del Reglamento 2019/1111);
- c) puede ser susceptible de ser el titular de tales derechos y obligaciones una persona física o una persona jurídica, pudiendo tratarse en este último caso de una persona jurídica de Derecho privado o de Derecho público (NOURISSAT). Como los progenitores no son los únicos titulares posibles (entre otros, BARUFFI y STJUE de 31 mayo 2018, asunto C-335/17, ECLI:EU:C:2018:359), resulta cuestionable el empleo del término «parental» (entre otros, JAULT).
- d) pueden derivar tales derechos y obligaciones de una resolución, de un acuerdo con efectos legales, o venir determinados por ley;

- e) tales derechos y obligaciones pueden también incluir medidas que en algunos Estados miembros se rijan por Derecho público (Considerando cuarto del Reglamento 2019/1111, STJCE de 27 noviembre 2007, asunto C-435/06, ECLI:EU:C:2007:714; STJCE de 2 abril 2009, asunto C-523/07, ECLI:EU:C:2009:225).

Para determinar los tribunales competentes en materia de responsabilidad parental, el Reglamento 2201/2003 y el Reglamento 2019/1111 contemplan diferentes foros (artículo 8 y ss. del Reglamento 2201/2003 y artículo 7 y ss. del Reglamento 2019/1111). Entre ellos, cabe destacar el foro general que, en materia de responsabilidad parental, determina que serán competentes los tribunales del Estado miembro de residencia habitual del menor al tiempo de presentarse el asunto ante dicho órgano jurisdiccional (artículo 8 del Reglamento 2201/2003 y artículo 7 del Reglamento 2019/1111). Tal como ha indicado el TJUE, la residencia habitual «corresponde al lugar que revela una cierta integración del menor en un entorno social y familiar [...]» (STJUE 22 diciembre 2010, asunto C-497/10 PPU, ECLI:EU:C:2010:829).

También cabe destacar que ambos Reglamentos contemplan la posibilidad de que los titulares de la responsabilidad parental acuerden someter el fondo del asunto a otros tribunales. Ello puede permitir, por ejemplo, que se pronuncien sobre la responsabilidad parental los tribunales que conocen de la crisis matrimonial de los progenitores, si bien es preciso que se cumplan las condiciones previstas en el artículo 12.1 del Reglamento 2201/2003 (*vid.* ATJUE de 3 octubre 2019, asunto C-759/18, ECLI:EU:C:2019:816) y en el artículo 10 del Reglamento 2019/1111).

3. La responsabilidad parental en el Convenio de La Haya de 1996

Como se ha adelantado, el Convenio de La Haya de 1996 emplea los conceptos de «responsabilidad parental» y «medidas de protección». La doctrina apunta que, mientras que la primera «es una relación entre el niño y otras personas que surge por ministerio de la Ley y que tiene

como finalidad la protección del niño» (CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ); las «medidas de protección» requieren su adopción por autoridades públicas (de nuevo, CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ).

Así, el Convenio de La Haya de 1996 contempla foros para adoptar «medidas de protección», entre los que cabe destacar el foro general de residencia habitual del menor del artículo 5.1. Tal como se indica en la Nota explicativa sobre cuestiones específicas del Convenio de 19 de octubre de 1996, «[...] el Convenio presupone que el juez de la residencia habitual del niño es el que se encuentra en mejor posición para apreciar cuál es el interés superior del niño en las situaciones por él cubiertas». Con respecto a los Estados miembros del Reglamento 2201/2003 y del Reglamento 2019/1111, cabe tener presentes las reglas que determinan las relaciones entre los Reglamentos y el Convenio (*vid.* artículo 61 del Reglamento 2201/2003 y artículo 97 del Reglamento 2019/1111), dado que tanto los Reglamentos como el Convenio son normas aplicables a la competencia judicial internacional y al reconocimiento y ejecución de resoluciones.

Como los Reglamentos 2201/2003 y 2019/1111 no regulan la Ley aplicable, para esta cuestión cabe referirse al Convenio de La Haya de 1996 que, como se ha adelantado, resulta aplicable a menores de edad inferior a dieciocho años.

El Convenio distingue entre la Ley aplicable a la «atribución o extinción» de la responsabilidad parental y la Ley aplicable al «ejercicio».

Como se ha indicado, para el Convenio de La Haya de 1996, la responsabilidad parental «surge por ministerio de la ley» (CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ). Así, con carácter general, en el artículo 16.1 del Convenio se determina que la atribución o extinción de pleno derecho «sin intervención de una autoridad judicial o administrativa», se rige por la Ley del país de residencia habitual del niño en tal

momento (CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ). En caso de que dicha atribución o extinción derive de un acuerdo o acto unilateral —de nuevo, sin intervención de autoridad—, se atenderá a la Ley del país donde residía habitualmente el niño cuando dicho acuerdo o acto devino eficaz (artículo 16.2).

Para determinar la Ley aplicable al «ejercicio» de la responsabilidad parental, el artículo 17 remite a la Ley del país de residencia habitual del niño. Así, cuando se trata de un menor que reside siempre en el mismo país, se produce una coincidencia entre la Ley que rige la atribución/extinción de la responsabilidad parental y la Ley aplicable al ejercicio de la misma. En cambio, para el caso de menores que trasladan su residencia habitual a otro país, la responsabilidad parental atribuida por la Ley del país de su anterior residencia habitual «subsiste» en el país de la nueva residencia habitual (artículo 16.3); mientras que el ejercicio de la responsabilidad parental queda sujeto a la Ley del país de la nueva residencia habitual del menor (artículo 17) (CALVO CARAVACA/CARRASCOSA GONZÁLEZ).

Para terminar, cabe referirse a la Ley aplicable a las que el Convenio de La Haya de 1996 denomina «medidas de protección», es decir, a las medidas que son tomadas por autoridades públicas (artículo 1.1). Como regla general, resulta aplicable la Ley del foro, dado que el artículo 15.1 establece que las autoridades competentes aplicarán su propia Ley. Con carácter excepcional, el artículo 15.2 permite corregir dicha regla, aplicando la Ley de otro país con el que exista un vínculo estrecho.

Celia M. Caamiña Domínguez
(Profesora titular de Derecho Internacional Privado,
Universidad Carlos III de Madrid)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BARUFFI, Maria Caterina, *Il diritto di visita nel diritto internazionale privato e comunitario*, Padua, Cedam, 2005; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis Y CARRASCOSA GONZÁLEZ,

Javier. «Protección de menores», en *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 18.^a ed., dirigido por Alfonso Luis CALVO CARAVACA y Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ, Granada, Comares, 2018, pp. 427-536; COMUNIDADES EUROPEAS. *Guía práctica para la aplicación del nuevo Reglamento Bruselas II*, Bélgica, 2005; CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. *Nota explicativa sobre cuestiones específicas del Convenio de 19 de octubre de 1996*, 2017, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/26949177-c698-49dd-8b68-9ab4769bf8fc.pdf>; CORNELOUP, Sabine. «Les règles de compétence relatives à la responsabilité parentale», en *Le nouveau Droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, dirigido por Hugues FULCHIRON y Cyril NOURISSAT, París, Dalloz, 2005, pp. 69-84; DEVERS, Alain. «Le droit de visite», en *Le nouveau Droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, dirigido por Hugues FULCHIRON y Cyril NOURISSAT, París, Dalloz, 2005, pp. 105-108; ESPINOSA CALABUIG, Rosario. *Custodia y visita de menores en el espacio judicial europeo*, Madrid, Marcial Pons, 2007; NOURISSAT, Cyril. «Le règlement “Bruxelles II bis”: conditions générales d’application», en *Le nouveau Droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, dirigido por Hugues FULCHIRON y Cyril NOURISSAT, París, Dalloz, 2005, pp. 1-9; JAULT, Fabienne. «La notion de “responsabilité parentale”», en *Le nouveau Droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, dirigido por Hugues FULCHIRON y Cyril NOURISSAT, París, Dalloz, 2005, pp. 157-166; QUIÑONES ESCAMEZ, Ana. «Competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental y sustracción de menores en el Reglamento 2201/2003», en *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 2004)*, coordinado por Ana QUIÑONES ESCÁMEZ, Pascual ORTUÑO MUÑOZ y Flora CALVO BABÍO, Madrid, La Ley, 2005, pp. 103-136; VELÁZQUEZ SÁNCHEZ, María del Mar. «La protección de menores en la Unión Europea: el Reglamento comunitario 2201/2003», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2006, n.º 11, www.reei.org.

VOCABLOS CONEXOS: Interés del menor. Protección del menor. Sustracción internacional de menores.

REVISIÓN DEL LAUDO ARBITRAL

La revisión del laudo arbitral es una figura jurídica que hace preciso conocer previamente la institución de la «impugnación» en general y, en particular, la «impugnación» del laudo arbitral. Se trata de un tema de singular relevancia para los arbitrajes, tanto internos como internacionales, cuya sede sea España.

La «impugnación» es la actividad de las partes que tiende a depurar los posibles errores producidos en una resolución judicial o en un laudo arbitral. La impugnación comprende dos instituciones procesales, los recursos y las acciones autónomas de impugnación. La diferencia esencial entre ambas instituciones radica en que, así como los recursos se producen dentro del mismo proceso en que la resolución que se impugna ha sido dictada, las acciones autónomas se ejercitan en un proceso distinto, establecido con tal finalidad, y tienen por objeto dejar sin efecto resoluciones firmes —en nuestro caso— laudos, que han pasado en autoridad de cosa juzgada. Actualmente, ya no es necesario que los laudos sean firmes, dado que la reforma de la Ley de Arbitraje española de 2003 (LA), realizada en 2011, ha eliminado la distinción entre laudo definitivo y firme.

Estas acciones excepcionales tienen su fundamento en razones de justicia. Sí es cierto que con la firmeza (o irrecurribilidad) y la cosa juzgada se pretende garantizar la seguridad jurídica, que es un valor de la mayor importancia, no lo es menos que existen circunstancias que justifican que se sometan a revisión; y, en su caso, se rescindan sentencias o laudos que han sido dictados injustamente. La revisión pertenece, entre otras, a la categoría de las acciones autónomas de impugnación de resoluciones

firmes y procede contra cualquier sentencia firme o cualquier laudo, simplemente, cuando concurran los motivos que se tratarán más adelante.

La LA regula la impugnación en su título VII, que lleva por leyenda «De la anulación y de la revisión del laudo». Este título comprende dos acciones diferentes, de importancia también distinta. El artículo 43 LA, según la nueva redacción dada por la reforma de la LA de 2011, dispone que «el laudo produce efectos de cosa juzgada y frente a él solo cabrá ejercitar la acción de anulación; y, en su caso, solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) para las sentencias firmes». Al no distinguirse ahora entre laudos definitivos y firmes, y no siendo, pues, la firmeza del laudo un requisito esencial para acudir a la revisión, la elección de la vía de la acción de anulación o de la revisión, depende, en la actualidad, del motivo en que se fundamente su impugnación.

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 (LM), con las enmiendas aprobadas en 2006, no prevé la acción de revisión del laudo, dado que el capítulo VII, «Impugnación del laudo»; y, en concreto, el artículo 34, único de ese capítulo, solo se refiere al recurso de nulidad. Así, es muy ilustrativo el título del mencionado artículo, «La petición de nulidad como único recurso contra un laudo arbitral».

Puede afirmarse que el laudo total o parcial que pone término a las actuaciones arbitrales, resolviendo sobre el fondo de la controversia, como aquellos laudos (parciales) que resuelven sobre cuestiones diferentes al fondo de la controversia (sobre los que la LA admite, expresamente, el ejercicio de la acción [artículos 22.3 y 23.2]), pueden ser impugnados mediante el ejercicio de la acción de nulidad. Además, puede considerarse que también son impugnables por esta vía los laudos donde se recoja una renuncia, un allanamiento o un acuerdo entre las partes (artículo 36 LA).

El laudo podrá ser impugnado mediante el ejercicio de la acción de anulación si se diera alguno de los motivos que se prevén en el artículo 41.1 LA. Una vez que el proceso de anulación finalice mediante sentencia firme (total o parcialmente desestimatoria de la acción de nulidad) o bien, una vez transcurrido el plazo para ejercitar la acción de anulación sin haber hecho uso de ese medio de impugnación, ese laudo podría ser impugnado en revisión si concurriera alguno de los motivos específicos de la revisión.

Como ya hemos dicho, no obstante lo anterior, al no preverse ahora que el laudo tenga que ser firme, también es posible su impugnación directa en revisión si concurriera alguno de sus propios motivos. En el caso de que la revisión se inste porque el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) haya declarado que una resolución judicial firme ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH) y sus Protocolos, siempre que la violación por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión, sin que la misma pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas (artículo 510.2 LEC, según reforma operada en la LEC por la LO 7/2015, de 21 de julio), dicha resolución firme sería la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma correspondiente y no directamente contra el laudo, al establecer el artículo 34 CEDH que «el Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organismo gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus protocolos».

Parece que la LA está pensando en la posibilidad de revisar únicamente los laudos (totales o parciales) que se pronuncian sobre el fondo de la controversia, siendo dudoso que la revisión proceda contra los laudos de otra naturaleza, en los términos previstos en la LEC. De entrada, y

de acuerdo con esta remisión, la revisión del laudo deberá plantearse ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (artículo 56.1 Ley Orgánica del Poder Judicial [LOPJ]) o ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, como Salas de lo Civil (artículo 73.1 b. LOPJ), conforme a lo dispuesto en la LOPJ, es decir, según la naturaleza común o foral o especial, respectivamente, de la materia controvertida en el arbitraje (artículo 509 LEC).

Podrá solicitar la revisión quien hubiera sido parte perjudicada por el laudo impugnado (*ex* artículo 511.I LEC) y, quizás, el Ministerio Fiscal, con apoyo en lo dispuesto en el artículo 3 Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (EOMF). En el supuesto del artículo 510.2 LEC, la revisión solo podrá ser solicitada por quien hubiera sido demandante ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (artículo 512.II LEC).

La revisión deberá fundarse en alguno de los motivos del artículo 510.1 LEC, siendo de aplicación relativamente sencilla al arbitraje los números: 1.º cuando después de pronunciado el laudo, se recobran u obtuvieran documentos decisivos, de los que no se hubiera podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiera dictado; 2.º si el laudo hubiera recaído en virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes haber sido declarados falsos en un proceso penal, o cuya falsedad se declarara después penalmente; y 4.º si el laudo se hubiera ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta. Por el contrario, es más que dudosa la aplicación del motivo 3.º si el laudo hubiera recaído en virtud de prueba testifical o pericial, y los testigos o los peritos hubieran sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que le sirvieron de fundamento, y ello porque el artículo 458 Código Penal (CP), sobre el falso testimonio de los testigos, al que se remite el artículo 459 CP respecto de los peritos, sanciona únicamente el prestado en «causa judicial». Además ha de tenerse en cuenta lo que ya hemos recogido con relación al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (artículo 510.2 LEC).

La revisión debe solicitarse dentro de los plazos, absolutos y relativos, previstos en el artículo 512 LEC. Para el cómputo del primero (cinco años), la LEC marca como momento inicial el de «la fecha de la publicación de la sentencia», expresión que debe entenderse referida a la fecha en que el laudo se hubiera dictado. No siendo de aplicación cuando la revisión esté motivada en una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ya que en este caso la solicitud deberá formalizarse en el plazo de un año desde que adquiera firmeza la sentencia del referido Tribunal. Respecto del segundo, la ley establece que la revisión se podrá solicitar siempre que no hayan transcurrido tres meses desde el día en que se descubrieron los documentos decisivos, el cohecho, la violencia o el fraude, o en que se hubiera reconocido o declarado la falsedad.

Para la revisión de los laudos habrán de seguirse también las reglas de procedimiento previstas en la LEC, particularmente las establecidas en los artículos 513 y 514. La aplicación del último precepto a la impugnación de un laudo plantea algunos problemas. Así, cuando el artículo 514.1 LEC dispone que, admitida la demanda de revisión, «el Secretario judicial [actualmente Letrado de la Administración de Justicia desde la LO 7/2015, de 21 de julio] solicitará que se remitan al tribunal todas las actuaciones del pleito cuya sentencia se impugne», es preciso entender que el Letrado de la Administración de Justicia habrá de reclamar el expediente arbitral a los árbitros. Pero como quiera que los árbitros solo tienen la obligación de conservarlo durante dos meses, salvo que las partes acordaran otra cosa (artículo 38.3 LA), y habida cuenta de que la revisión puede solicitarse hasta cinco años después de dictado el laudo, la previsión del artículo 514.1 LEC puede ser de imposible o difícil cumplimiento, con la excepción, quizás, de los arbitrajes institucionales, en los cuales la conservación de las actuaciones arbitrales es más prolongada, pues se lleva a cabo conforme a los criterios de la correspondiente Corte arbitral.

Atendidas estas dificultades, parece razonable que a la demanda de revisión se acompañe, al menos, el laudo, además de aquellos otros docu-

mentos en que se fundamente la impugnación (*ex* artículo 510 LEC), y el documento justificativo de haber efectuado el depósito a que se refiere el artículo 513.1 LEC. También habría de acompañarse el poder del procurador si no fuera otorgada su representación *apud acta*.

Con el escrito solicitando la revisión también podría entenderse que habría de acompañarse el justificante del pago de la tasa judicial conforme al modelo oficial, cuando se trate de una persona jurídica que no esté exenta, ya que las personas físicas sí lo están, dado que, según el artículo 5.1 a) de la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, por la que se regulan determinadas tasas en el ámbito de la Administración de Justicia y del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, modificada por el Real Decreto-Ley 3/2013, de 22 de febrero, y por Ley 25/2015, de 28 de julio, «el devengo de la tasa se produce en el orden jurisdiccional civil, en los siguientes momentos procesales: a) Interposición del escrito de demanda». Por la Sentencia del Tribunal Constitucional 140/2016, de 21 de julio, se estimó parcialmente recurso de inconstitucionalidad contra las tasas judiciales, no declarándose en el caso de demandas en el orden jurisdiccional civil al no pronunciarse sobre el particular el Alto Tribunal, dado que no fue objeto de la impugnación por la parte recurrente. Como quiera que la revisión comienza por «demanda», *ex* artículo 514.1 LEC, parece que debería de acompañarse el comprobante del pago de la tasa, según lo expuesto. No obstante, dado que no se recoge en la Ley expresamente el supuesto de la revisión (*vid.* artículo 7.1 de la Ley de Tasas), según la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el tema no se desprende que este requisito de carácter fiscal se prevea para la revisión.

Asimismo, el letrado de la administración de justicia, una vez admitida la demanda y solicitadas las actuaciones, emplazará a cuantos en el pleito (entiéndase en el procedimiento arbitral) hubieren litigado, o a sus causahabientes, para que dentro del plazo de veinte días la contesten, sosteniendo lo que convenga a su derecho (artículo 514.1 LEC). Contestada la demanda de revisión o transcurrido el plazo anterior sin haberlo he-

cho, el letrado de la administración de justicia convocará a las partes a una vista que se sustanciará con arreglo a lo dispuesto en los artículo 440 y siguientes, relativos al juicio verbal (artículo 514.2 LEC). En todo caso, el Ministerio Fiscal deberá informar sobre la revisión antes de que se dicte sentencia sobre si ha o no lugar a la estimación de la demanda (artículo 514.3 LEC). Si se suscitaren cuestiones prejudiciales penales durante la tramitación de la revisión, se aplicarán las normas generales establecidas en el artículo 40 LEC sobre prejudicialidad penal, sin que opere ya el plazo absoluto de caducidad previsto en el artículo 512.1 LEC.

También será aplicable a la revisión de los laudos lo establecido en el artículo 515 LEC acerca de la posible suspensión de la ejecución, en los términos establecidos en el artículo 566 LEC.

Si despachada ejecución, se interpusiera y admitiera demanda de revisión, el tribunal competente para la ejecución podrá ordenar, a instancia de parte, y si las circunstancias del caso lo aconsejaren, que se suspendan las actuaciones de ejecución del laudo. Para acordar la suspensión el tribunal deberá exigir al que la pida caución por el valor de lo litigado y los daños y perjuicios que pudieren irrogarse por la inejecución del laudo. Antes de decidir sobre la suspensión de la ejecución del laudo objeto de revisión, el tribunal oirá el parecer del Ministerio Fiscal. Dicha caución podrá otorgarse en dinero efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate (artículo 566.1 LEC, en relación con el artículo 529.3 II LEC). Se alzará la suspensión de la ejecución y se ordenará que continúe cuando le conste al letrado de la administración de justicia responsable de la ejecución la desestimación de la revisión (artículo 566.2 LEC). Se sobreseerá por el letrado de la administración de justicia la ejecución cuando se estime la revisión (artículo 566.3 LEC).

Con todo, el principal problema que suscita la aplicación de las normas de la revisión es la eficacia de la sentencia estimatoria, habida cuenta que la revisión tiene tan solo un efecto rescindente. Así, dispone el artículo 516.1 I LEC que los autos se devolverán «al tribunal del que procedan para que las partes usen de su derecho, según les convenga, en el juicio correspondiente». Trasladada esta regulación al arbitraje, resulta que el Tribunal Supremo (o Tribunal Superior de Justicia) tendría que remitir las actuaciones a los árbitros, para que ante ellos se llevara a cabo el juicio rescisorio. Pero como quiera que la temporalidad de las facultades de los árbitros hace imposible retrotraer las actuaciones, las partes, por tanto, solo podrán acudir a un nuevo arbitraje, si se entendiera vigente el convenio arbitral (salvo renuncia; con lo cual, quedaría expedito el cauce ante la jurisdicción ordinaria), o a la jurisdicción ordinaria, teniendo en cuenta que el tribunal (arbitral o judicial) que conozca de la controversia, estará vinculado por los pronunciamientos de la sentencia de revisión (artículo 516.1 II LEC). La única solución de este problema pasaría por modificar la LA, admitiendo la «vigencia» de las facultades de los árbitros, como ocurre en otros ordenamientos jurídicos

Si se desestimara la revisión solicitada, se condenará en costas al demandante y perderá el depósito constituido (artículo 516.2 LEC).

Contra la sentencia dictada por el Tribunal Supremo o el Tribunal Superior de Justicia cabrá «recurso» de amparo ante el Tribunal Constitucional (artículo 44 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional [LOTIC]).

Rafael Hinojosa Segovia
(*Profesor titular de Derecho Procesal,*
Universidad Complutense de Madrid)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CLAROS ALEGRÍA, Pedro. «De la anulación y de la revisión del laudo», *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley n.º 60/2003, de 23 de diciembre*; HINOJOSA SEGOVIA, Rafael (coord.). *Difusión jurídica y temas de actualidad*, Madrid, 2008, 2.ª ed., pp. 276-278.

CUCARELLA GALIANA, Luis-Andrés. *El procedimiento arbitral (Ley n.º 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje)*. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2004, pp. 230-244; HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. «Arbitraje Comercial Internacional en España: marco legal y jurisprudencial», *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica. Marco legal y jurisprudencial*, HIERRO HERNÁNDEZ-MORA, Antonio y CONEJERO ROO, Cristian (dirs.). La Ley, Grupo Wölters Kluwer y Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, Madrid, 2012, pp. 447 y 448; HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. «De la anulación y de la revisión del laudo (artículos 40-43)», *Comentario a la Ley de Arbitraje*. DE MARTÍN MUÑOZ, Alberto y HIERRO ANIBARRO, Santiago (coords.). Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2006, pp. 569-571; HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. «El control del laudo. Acciones de anulación y de revisión», *Curso de Derecho Arbitral*, MERINO MERCHÁN, José Fernando (dir.). Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 232-235; HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. «El reenvío del laudo al tribunal arbitral por el juez de control para su revisión». *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. XII, 2019, n.º 1, pp. 135-155; HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. «La revisión del laudo según la jurisprudencia del Tribunal Supremo». *Arbitraje. Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. XI, 2018, n.º 1, pp. 203-218; MERINO MERCHÁN, José F. y CHILLÓN MEDINA, José María. *Tratado de Derecho arbitral*. Thomson-Civitas, Navarra, 2014, 4.ª ed., pp. 797-807.

VOCABLOS CONEXOS: Intervención judicial en el arbitraje. Laudo arbitral. Nulidad del laudo arbitral. Procedimiento arbitral.

S

SANCIONES INTERNACIONALES

Las sanciones internacionales, en ocasiones denominadas también restricciones impuestas a un país o sanciones económicas internacionales, son medidas legales adoptadas por Naciones Unidas o por instituciones de procesos de integración económica o por algunos países individualmente contra ciertos Estados, grupos sociales y políticos o personas físicas o jurídicas extranjeros y que afectan fundamentalmente a las relaciones económicas, tanto con particulares como con organismos públicos. Pueden revestir muy diversas modalidades y se articulan mediante los correspondientes instrumentos legales que en cada caso deba utilizar quien las impone. Mediante estas sanciones se pretende lograr determinados objetivos, fundamentalmente políticos, aunque no son descartables en algunos casos los objetivos económicos. Por ejemplo, se pretende que el Gobierno de Egipto respete los derechos humanos y restablezca la democracia, para lograr esos objetivos se imponen unas sanciones a Egipto con la pretensión de obligarle a respetar los derechos humanos y la democracia.

Las pueden imponer la Organización de las Naciones Unidas o entidades supranacionales de procesos de integración económica y política, como por ejemplo la Unión Europea, y también determinados Estados de manera independiente y autónoma, en este sentido es particularmente importante el comportamiento de los Estados Unidos de América, pero sin olvidar a otros muchos países como Japón, Australia, Canadá, etc. Cuando se trata de sanciones impuestas por Naciones Unidas es frecuente que las mismas sean reiteradas y reproducidas por la Unión Europea o individualmente por Estados extraeuropeos. Por ejemplo, la UE a veces se limita a transponer las medidas sancionadoras adoptadas por

la ONU, en otros casos las complementa ampliándolas (régimen mixto de sanciones) y también existen supuestos en los que aprueba restricciones autónomas adoptadas independientemente por su propia decisión y completamente al margen de Naciones Unidas.

Las sanciones internacionales tienen una incidencia en el Derecho público y en el Derecho privado y un régimen legal bastante casuístico, por lo que tanto en el estudio como en la práctica es conveniente abordarlas analizando concretamente las que atañen a un determinado país.

1. Motivos y procedimientos para su imposición

Los motivos para imponer las sanciones son muy variados. Por ejemplo, el artículo 39 de la Carta de las Naciones Unidas establece que el Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión. Con base en estos términos tan genéricos, el Consejo de Seguridad ha adoptado sanciones para apoyar las transiciones políticas pacíficas, apoyar a regímenes democráticos frente a la implantación de cambios no constitucionales, luchar contra el terrorismo, proteger los derechos humanos, promover la resolución pacífica de conflictos y propiciar la no proliferación de armas nucleares. Para su imposición el Consejo de Seguridad adopta una Resolución, que debe contar con el voto favorable de al menos nueve de sus miembros y ninguno negativo de los miembros permanentes del mismo. Cada régimen de sanciones es administrado por un Comité de Sanciones presidido por un miembro no permanente del Consejo de Seguridad. Grupos y equipos de seguimiento prestan apoyo a la labor de dichos comités en la mayoría de los casos. En estos momentos (febrero de 2020) Naciones Unidas mantiene más de una decena de regímenes de sanciones contra Estados o grupos terroristas.

En el caso de la Unión Europea, una sanción se establece mediante Decisión del Consejo en materia de política exterior y de seguridad común, es decir una Decisión PESC (artículos 29 y 31 del Tratado de la Unión

Europea). El proceso para su adopción es el siguiente: el Alto Representante de la UE para Asuntos Exteriores y Política de Seguridad realiza una propuesta, que es estudiada y debatida por varios órganos preparatorios: el Grupo responsable de la región geográfica a la que pertenece el país que eventualmente va a ser sancionado, el Grupo de Consejeros de Relaciones Exteriores (RELEX), si es necesario el Comité Político y de Seguridad (CPS) y el Comité de Representantes Permanentes (Coreper II). Finalmente el Consejo adopta la Decisión PESC por unanimidad.

Si bien hay restricciones que solamente se establecen en la Decisión PESC, como los embargos de armas o las restricciones de acceso al territorio, la mayor parte de las medidas sancionadoras, y en concreto las que implican inmovilización de activos u otro tipo de sanciones económicas o financieras, deben ser aplicadas por medio de un Reglamento del Consejo (artículo 215 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), que se adopta mediante el siguiente procedimiento: con base en la Decisión PESC, el Alto Representante y la Comisión presentan una propuesta conjunta de Reglamento, que es analizada por el RELEX y enviada al Coreper y al Consejo, este informa al Parlamento Europeo. El Reglamento se aprueba por mayoría cualificada. Su finalidad es precisar y detallar las medidas. El Reglamento es un acto jurídico de aplicación general y por consiguiente vincula a cualquier persona física o jurídica o entidad en la UE. La Decisión PESC y el Reglamento se publican en el Diario Oficial de la Unión Europea y entran en vigor.

Frecuentemente, ambos instrumentos contienen una lista de personas físicas y jurídicas y entidades a las que se les han impuesto determinadas sanciones, fundamentalmente congelación de activos o restricciones de viaje. A estos sujetos se les notifica las sanciones de las que son objeto mediante una carta, si se conoce su dirección, o por medio de un anuncio, que publica el Consejo y que aparece en la Serie C del Diario Oficial de la Unión Europea.

Actualmente (febrero de 2020), la UE mantiene sanciones contra más de una treintena de Estados y regímenes específicos respecto del terrorismo, desarrollo y uso de armas químicas y ciberataques.

Las sanciones, que son implementadas y ejecutadas por los Estados miembros, no solo tienen una función punitiva también, en ocasiones, tienen una función tuitiva, por ejemplo en el caso de Bosnia Herzegovina pretenden sostener al país y su democracia o en el caso de Ucrania proteger y asegurar su integridad territorial.

Prácticamente en todos los casos en los que ha impuesto sanciones económicas a un país, la UE en la normativa sancionadora prevé la posibilidad de conceder exenciones o autorizaciones particulares a las personas y entidades sancionadas. Los motivos para concederlas son variados como, entre otros, razones humanitarias, para que el sujeto pueda defender adecuadamente sus derechos, funcionamiento de los servicios diplomáticos y consulares, satisfacer los legítimos derechos de terceros, pagos en virtud de contratos o acuerdos celebrados antes de la imposición de la sanción, etc.

2. *¿En qué consisten las sanciones internacionales?*

No es fácil definir en qué consisten las sanciones internacionales. Por ejemplo si nos centramos en las que impone la Unión Europea observamos que cada país sancionado es objeto de un régimen particular de sanciones y en ocasiones tales regímenes son sensiblemente diferentes entre sí, pero de manera genérica podemos decir que la UE impone los siguientes tipos de restricciones:

- Las relacionadas con el armamento y la represión. Se prohíbe la exportación de bienes enumerados en la Lista Común Militar, de instrumentos para la represión interna, de bienes y tecnologías de doble uso y de medios para la interceptación de las telecomunicaciones. En alguna ocasión también se prohíbe la importación

de armas. Normalmente, se restringe cualquier actividad relacionada con todos estos bienes (prestación de asistencia técnica, prestación de otros servicios, reparación, etc.).

- Las relacionadas con la exportación de bienes. Se restringe la exportación al país sancionado de los más variados bienes, que en cada caso se concretan y especifican (material nuclear, metales industriales como el acero o el cobre, metales preciosos y diamantes, medios de transporte —especialmente aviones y sus piezas—, maquinaria para la extracción de petróleo, madera, muy ocasionalmente comida, bienes de lujo, etc.). También a veces se restringen las importaciones procedentes del país sancionado, tales como petróleo y gas o incluso bienes arqueológicos, etc. Normalmente también se restringe la prestación de cualquier servicio relacionado con los bienes sobre los que pesan las restricciones de exportación o importación.
- Las relacionadas con la exportación de medios informáticos y *software*.
- Restricciones de viaje, que consisten en la prohibición de acceder al territorio de la UE.
- Inmovilización de fondos y recursos que se encuentren en la UE y sean propiedad de los sancionados o estén controlados por ellos.
- Medidas financieras, como la prohibición de prestar financiación en su más amplio sentido a los sancionados, prohibir que estos puedan invertir en el UE, etc.
- Rechazo de demandas y otro tipo de reclamaciones, consistente en que en los países de la UE no se estimarán demandas y recla-

maciones relacionadas con contratos cuya ejecución se vea afectada por las medidas restrictivas.

- Por último, existen algunas restricciones muy particulares y puntuales, como la prohibición de que ciertos buques entren en puertos de la UE, la inspección de cargas o la prohibición de dar determinada formación o educación.

Las sanciones internacionales frecuentemente tienen graves consecuencias para el país sancionado, que por ejemplo, entre otros aspectos, ve limitadas su capacidad de importación, de exportación, de acceder a financiación, etc. Pero también son perjudiciales para la economía del país u organización que las impone; por ejemplo las sanciones impuestas por la Unión Europea tienen la consecuencia de que los exportadores europeos pierden mercados.

Además, tenemos que señalar que en ocasiones las sanciones internacionales pueden afectar indirectamente pero intensamente a sectores económicos que no son objeto directo de las mismas. Las dificultades, entre otras, para obtener financiación, transferir fondos, conseguir ciertos recambios y piezas pueden tener la consecuencia de dificultar extremadamente la realización o el mantenimiento de una inversión en el Estado sancionado aunque haya recaído en un sector que no esté directamente sancionado.

3. Personas físicas y jurídicas sancionadas

Cuando se imponen sanciones a un país, las de naturaleza personal normalmente se particularizan en determinadas personas físicas y jurídicas. Como es habitual en el ámbito de las sanciones internacionales esta es una materia muy casuística, que hay que apreciar en cada caso concreto. Pero en cuanto a las personas físicas se suele sancionar a altos miembros del Gobierno y de la Administración, también del Legislativo y la judicatura, jefes militares y policiales, personas implicadas en la represión,

empresarios destacados o vinculados familiarmente con los gobernantes o que colaboran con el poder, así como sus familiares más próximos, también profesionales (periodistas, académicos), etc.

Por lo que respecta a las personas jurídicas las sanciones suelen recaer en empresas y organismos públicos, empresas de armamentos y de transporte, muy especialmente navieras, entidades financieras y aseguradoras. También empresas relacionadas con un sector económico vital para el Estado sancionado, por ejemplo en el caso de las sanciones a Irán las entidades de todo tipo vinculadas con el petróleo y el gas (extractoras, constructoras de infraestructuras, etc.). Incluso se ha llegado a someter a restricciones a «empresas que prestan apoyo logístico al Gobierno». También a universidades y otros centros de investigación.

4. Posibles acciones legales contra las sanciones internacionales

En el caso de las impuestas por Naciones Unidas, las Resoluciones 1730 (2006) y 1904 (2009) del Consejo de Seguridad regulan los procedimientos que hay que seguir. La primera establece y articula en el seno de la Secretaría de Naciones Unidas un Punto Focal para recibir las solicitudes de supresión de nombres de la lista de sancionados. La segunda crea la Oficina del Ombudsman encargado de examinar las solicitudes de las personas, los grupos, las empresas o las entidades que deseen ser excluidos de la lista de sanciones contra el Daesh y Al-Qaida. Cualquier persona, grupo, empresa o entidad inscritos en las listas de sanciones del Consejo de Seguridad podrá instar el respectivo procedimiento para ser excluido de las mismas. Quien se encuentre en la lista de sanciones contra el Daesh y Al-Qaida deberá dirigirse a la Oficina del Ombudsman y el resto de los sancionados acudir al Punto Focal. Los procedimientos son distintos en uno u otro caso.

Según estadísticas públicas del Punto Focal, entre 2007 y 2017 se han presentado 90 solicitudes y 34 sujetos han sido excluidos de las listas. Pero hay que tener muy en cuenta que en ocasiones por medio de una

misma solicitud han solicitado la exclusión varias personas, también hay casos en los que el mismo sujeto ha presentado varias solicitudes. Por consiguiente, las posibilidades de conseguir la exclusión son reales y se debe intentar cuando se tenga un cierto sustento fáctico y jurídico. Entre otros motivos porque si se logra la exclusión también se está obteniendo en los Estados y antes que hayan transpuesto la normativa de Naciones Unidas.

En el ámbito de la Unión Europea se puede actuar contra las sanciones internacionales que la misma impone en lo que pudiéramos llamar el plano administrativo y también en el plano judicial. En el primer caso, las personas y entidades sancionadas pueden presentar una solicitud de reconsideración de la decisión de incluirlas en las listas de sujetos sancionados en cualquier momento desde que exista la restricción. La reconsideración debe presentarse al Consejo por cualquier medio fehaciente. En la solicitud de reconsideración se deben exponer los motivos fácticos y jurídicos por los que el interesado pretende justificar que debe ser excluido de la lista de sancionados. Debe ir acompañada de toda la prueba que se quiera alegar. En general es difícil que la solicitud de reconsideración prospere. Únicamente en casos de errores materiales manifiestos han prosperado estas solicitudes.

En el plano judicial cabe plantear un recurso de anulación contra las disposiciones sancionadoras ante el Tribunal General de la Unión Europea, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 263, párrafos cuarto y sexto, y 275, párrafo segundo, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El recurso de anulación puede ser interpuesto por quien resulte directa e individualmente afectado por la disposición impugnada, o sea, se requieren los requisitos de la afectación directa y la afectación individual. De esta manera, cualquier sujeto que aparezca en las listas de personas y entidades sancionadas, contenidas en las disposiciones europeas, puede plantear el recurso solicitando la anulación de las mismas en cuanto a él le atañen. La demanda debe ser dirigida contra el Consejo.

En el ámbito estatal se pueden recurrir las medidas y decisiones estatales tomadas en aplicación de las disposiciones sancionadoras europeas de acuerdo con lo establecido en la legislación interna de cada país.

Hay que tener muy claro que estos mecanismos jurídicos contra las sanciones internacionales alcanzan resultados satisfactorios para el recurrente en un número limitado de casos.

5. *Las sanciones impuestas por Estados Unidos. Especial referencia a las Secondary Sanctions y a la respuesta jurídica de la Unión Europea*

Actualmente (febrero de 2020), Estados Unidos de América tiene vigentes sanciones contra más de 30 países y además en relación con el terrorismo, el tráfico ilegal de diamantes, el narcotráfico, la proliferación nuclear y el crimen organizado internacional.

El sistema sancionador norteamericano responde a las particularidades de su concepción de la separación de poderes y también de su peculiar administración. Existen una serie de Leyes (Acts) por las que el Congreso delega el poder de imponer embargos al Presidente. También existen leyes que imponen sanciones a países concretos, como por ejemplo la Helms-Burton Act 1996 o la Comprehensive Iran Sanctions, Accountability and Divestment Act of 2010 (CISADA). El Presidente ejerce sus poderes a través de diversas Executive Orders. Además, es muy importante la práctica que desarrollan las distintas agencias gubernamentales que aplican las sanciones, conceden exenciones, etc. La más importante y conocida es la OFAC (Office of Foreign Assets Control), pero también existen otras que pueden tener relevancia en materia de sanciones y control.

Dentro del sistema sancionador norteamericano son especialmente preocupantes las *Secondary Sanctions*, que son las que obligan a los extranjeros que no son *US Person* (cualquier persona física con nacionalidad norteamericana, extranjeros con residencia en USA, cualquier persona

que se encuentre en USA, las personas jurídicas constituidas bajo las leyes de Estados Unidos o de sus Estados, incluidas las sucursales extranjeras, y las personas jurídicas de nacionalidad extranjera subsidiarias de empresas norteamericanas y controladas por estas). Es decir, las *Secondary Sanctions* se aplican a personas físicas y jurídicas nacionales de terceros Estados y por operaciones que no tienen ninguna vinculación con Norteamérica. La finalidad de este tipo de sanciones es obligar a las personas y empresas de terceros Estados, o sea los que no son *Us Persons*, a elegir entre operar con el país sancionado o con Estados Unidos, ya que actuar con el primero expone a sanciones de las autoridades norteamericanas. Las *Secondary Sanctions* son especialmente graves en cuanto que provocan que empresas no norteamericanas dejen de relacionarse con el país objeto de las restricciones, como está pasando actualmente (febrero de 2020) con compañías petroleras o de automoción europeas respecto de Irán.

La Unión Europea trata de proteger a los operadores de la UE de los efectos de las *Secondary Sanctions* por medio de su Estatuto de Bloqueo, que se contiene fundamentalmente en el Reglamento (CE) 2271/96, de 22 de noviembre, relativo a la protección contra los efectos de la aplicación extraterritorial de la legislación adoptada por un tercer país, y contra las acciones basadas en ella o derivadas de ella (DOCE L 309, de 29 de noviembre de 1996) y sus reformas posteriores. El mandato esencial del Estatuto de Bloqueo es que los operadores de la UE no deben respetar ni cumplir de ninguna manera —ni directa ni indirectamente, ni a través de una filial o intermediario, ni por acción u omisión deliberada— la legislación extraterritorial citada en su anexo. La protección a los operadores de la UE se articula mediante dos mecanismos. El primero consiste en que cualquier decisión dictada por autoridades ubicadas fuera de la UE con base en la legislación extraterritorial no va a ser reconocida ni podrá ser cumplida en modo alguno. El segundo mecanismo de protección radica en que los operadores de la UE tendrán derecho a compensación por cualquier daño, incluidas las costas procesales, que se les cause por la aplicación de las normas enumeradas en el anexo del Regla-

mento o de acciones basadas en ellas o derivadas de ellas. Por consiguiente, podrán reclamar compensaciones económicas de todo tipo a las personas físicas o jurídicas o entidades causantes de los daños.

*Autor: José Luis Iriarte Ángel
(Catedrático de la Universidad Pública de Navarra,
of counsel Lupicinio International Law Firm)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CARTER, Barry E. *International Economic Sanctions. Improving the haphazard U.S. legal regime*, Cambridge, 1988; HUFBAUER, Gary Clyde, SCHOTT, Jeffrey J., ELLIOT, Kimberly Ann y OEGG, Barbara. *Economic Sanctions Reconsidered*, 3.^a ed., Washington, 2007; LOWENFELD, Andreas F. *Trade Controls for Political Ends*, 2.^a ed., New York, 1977; LOWENFELD, Andreas F. «The Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act: Congress and Cuba. The Helms-Burton Act», *American Journal of International Law*, 1996, pp. 419-434; MUSE, Robert L. *La fragilidad ante el Derecho Internacional de la Legislación de los EE. UU. sobre Cuba: una nueva política hacia Cuba*, Madrid, 1977; SZUREK, Sandra. «Le recours aux sanctions», in *Sanctions unilatérales, mondialisation du commerce et ordre juridique international. À propos des lois Helms-Burton et d'Amato-Kennedy*, dirigido por Habib GHERARI y Sandra SZURE, París, 1998, pp. 19-52.

VOCABLOS CONEXOS: Acuerdo de promoción y protección de inversiones. Daños. Extraterritorialidad. Leyes de policía. Normas imperativas. Obligaciones contractuales. Territorialidad.

SEGUROS

1. Los contratos internacionales intervinientes en el mercado asegurador: aspectos generales

El sector asegurador, además de ser un sector jurídico especialmente proclive a la litigiosidad y a la internacionalización, es uno de los más complejos de la contratación, y ello tanto en el ámbito interno como en el internacional. Dicha complejidad es debida, entre otros factores, a la extrema dificultad de su regulación, así como a la «extraordinaria diversidad de figuras que abarca dicha modalidad contractual y, en su caso, de intereses y valores materialmente protegibles presentes solo en algunas y ausentes en las restantes» (FUENTES CAMACHO, p. 104). Entre los factores condicionantes, que acarrearán este plus de complejidad, podemos destacar los siguientes.

Por un lado, el factor condicionante, de mayor repercusión en la práctica, lo constituye la amplia heterogeneidad o variedad de categorías contractuales existentes en el mercado asegurador, los cuales, como consecuencia fundamentalmente de la gran diversidad de intereses y de valores subyacentes a las mismas, reciben un tratamiento diferente, tanto en el plano conflictual como en el ámbito de la competencia judicial internacional, que son los dos problemas fundamentales de Derecho internacional privado que plantean los señalados contratos internacionales y que ha de resolver el órgano jurisdiccional u operador jurídico. De hecho, la tipología de los contratos internacionales de seguro es muy variada. Además, los contratos de seguro coexisten, en la práctica, con los contratos de reaseguro, los cuales se celebran, en su caso, entre la entidad aseguradora y el reasegurador. Al margen de lo señalado, en la actualidad, los contratos de intermediación de seguros privados están adquiriendo un creciente protagonismo. Cada vez es más habitual que la contratación de seguros se lleve a cabo, no de un modo directo (por medio de la propia empresa de seguros o un empleado de las mismas), sino de un modo indirecto, es decir, recurriendo a los mediadores o in-

termediarios de seguros privados. La relación jurídica existente con los intermediarios de seguro se materializa en un contrato de intermediación o distribución de seguros. Tienen la consideración de mediadores o intermediarios de seguros, tanto los agentes de seguros, como los corredores de seguros (*broker*). El agente de seguros puede ser tanto «exclusivo» (si actúa en nombre y por cuenta de una entidad aseguradora), como «vinculado» (de varias compañías aseguradoras). El operador de banca-seguros (que son entidades de crédito que realizan la actividad de mediación de seguros, como agentes de seguros, utilizando las redes de distribución de las mismas) puede ser «exclusivo» o «vinculado». Sin embargo, los corredores de seguros no actúan para la entidad aseguradora, sino para el cliente o consumidor de seguros, buscando para el mismo la mejor opción de seguro. Ambas modalidades de intermediarios de seguros privados pueden ser tanto una persona física como una persona jurídica. El agente de seguros, al igual que el corredor de seguros, tiene como actividad profesional distribuir los productos de seguros (o, en su caso, de reaseguros) a cambio de una remuneración.

Y, por otro lado, el desequilibrio en la posición negocial de las partes contractuales, existente con carácter general en el mercado asegurador, no es tan acusado en todas las modalidades contractuales intervinientes en el sector asegurador ni en todos los contratos de seguro. Dicho desequilibrio es evidente en los contratos de seguro (aunque no en todas sus modalidades se aprecia la misma necesidad de protección); y mucho menos acusado en los contratos de reaseguro, ya que, a diferencia de lo que acontece con los contratos de seguro (que se celebran entre un particular [asegurado o tomador del seguro] y un profesional [compañía aseguradora]), los contratos de reaseguro se celebran entre profesionales del sector asegurador, los cuales, al menos *a priori*, no necesitan de protección. En relación con los contratos de intermediación de seguros, la necesidad de protección es menor en los contratos de agencia de seguros (suscritos entre profesionales [agente de seguros y entidad aseguradora]) que en los contratos de mediación o corretaje de seguros (celebrados entre un profesional [corredor de seguros] y un particular [asegurado]).

Dicha necesidad de protección no sería tan acusada en la eventual relación jurídica existente entre la entidad aseguradora y el corredor de seguros, la cual, en el caso de existir, se materializaría en otro contrato mercantil.

Al margen de lo señalado, otro presupuesto de partida, de los problemas de Derecho internacional privado, es la acentuada concurrencia normativa existente en el sector asegurador, lo cual se aprecia especialmente en sede de ley aplicable. De este modo, en el mercado asegurador, en el sector del Derecho aplicable, se produce la coexistencia de las Directivas europeas sobre seguros y, muy especialmente, de la Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de enero de 2016, sobre la distribución de seguros (*DOUE*, de 2 de febrero de 2016, L 26/19), la cual ha sustituido a la anteriormente vigente Directiva 2002/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de diciembre de 2002, sobre la mediación en los seguros (*DOCE*, de 15 de enero de 2003, L 9/3), con el Derecho internacional privado europeo y, más en concreto, con el Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, denominado comúnmente como Reglamento «Roma I» (*DOUE*, de 4 de julio de 2008, L 177/6). Dicha coexistencia acarrea complejos problemas de coordinación o conciliación de las disposiciones materiales de carácter imperativo, de las Directivas europeas sectoriales, con las normas de conflicto, consagradas por el Reglamento «Roma I», para determinar el Derecho material estatal aplicable a los contratos internacionales, esto es, a los contratos cuyos elementos están vinculados a más de un Estado. Tales problemas de coordinación han de solventarse con arreglo al principio de conciliación del ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Sin embargo, en la esfera del Derecho procesal civil internacional, no se produce la referida problemática, ya que, ni las Directivas europeas sobre seguros, ni la Directiva sobre la distribución de seguros de 2016, contienen ninguna norma de competencia judicial internacional.

La referida Directiva sobre la distribución de seguros de 2016, cuyo objetivo principal es extender su ámbito de aplicación a todos los contratos internacionales intervinientes en el mercado asegurador (contratos de seguro y de reaseguro, contratos de agencia de seguros, así como contratos de mediación o corretaje de seguros), ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico español, no por una norma con rango de Ley (pese a la existencia de un Proyecto de Ley de distribución de seguros y reaseguros privados, publicado el 21 de mayo de 2019 en el Diario Oficial de las Cortes, encaminado a llevar a cabo la transposición de tal Directiva europea), sino por un Real Decreto-Ley (lo cual, a mi juicio, es merecedor de una severa crítica por haber transcurrido el plazo concedido para la referida transposición, por haberse llevado a cabo por medio de una técnica jurídica inadecuada y por su acentuada heterogeneidad): el Real Decreto-Ley 3/2020, de 4 de febrero, de medidas urgentes por el que se incorporan al ordenamiento jurídico español diversas directivas de la Unión Europea en el ámbito de la contratación pública en determinados sectores; de seguros privados; de planes y fondos de pensiones; del ámbito tributario y de litigios fiscales (*BOE*, de 5 de febrero de 2020, n.º 31). En concreto, el Real Decreto-Ley 3/2020 lleva a cabo la transposición, de la Directiva sobre la distribución de seguros, en el título I de su Libro segundo («Medidas para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de seguros privados y planes y fondos de pensiones»): artículos 127-211.

2. Problemas de competencia judicial internacional en los contratos internacionales existentes en el sector asegurador

El primer problema de Derecho internacional privado que se le plantea, a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión Europea, incluidos a los órganos jurisdiccionales españoles, ante los cuales se haya planteado un litigio derivado de un contrato internacional interviniente en el mercado asegurador, consiste en determinar si gozan o no de competencia judicial internacional para conocer de la demanda en cuestión. Tal problemática ha de resolverse, por los tribunales de los

Estados miembros de la Unión Europea, con arreglo a otro de los Reglamentos estrella del Derecho internacional privado europeo: el Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, denominado comúnmente como Reglamento «Bruselas I bis» (*DOUE*, de 20 de diciembre de 2012, L 351/1).

El Reglamento «Bruselas I bis» contempla una dualidad de regímenes de competencia judicial internacional: uno general (para la generalidad de los contratos internacionales) y otro especial (para determinadas categorías contractuales). Aunque el articulado del Reglamento «Bruselas I bis» no lo manifieste de un modo expreso, detrás del régimen especial de competencia judicial internacional subyace un principio tuitivo, esto es, el principio de protección de la parte débil de la relación litigiosa; mientras que la aplicación del régimen general de competencia judicial internacional parte, al menos *a priori*, del presupuesto opuesto: el equilibrio en la posición negocial de las partes. No obstante, en la práctica, el susodicho presupuesto no se cumple en todos los casos (piénsese, por ejemplo, en los contratos internacionales de agencia comercial); existiendo, en ocasiones, una disociación entre la teoría y la práctica.

La primera premisa que hemos de tener muy en cuenta es que no todos los contratos internacionales, existentes en el sector asegurador, están sujetos al mismo régimen de competencia judicial internacional. Dicha dispersión, en cuanto al régimen de competencia judicial internacional aplicable, en el seno del mercado asegurador, acarrea un plus de complejidad para el órgano jurisdiccional u operador jurídico.

Al igual que acontece con los contratos internacionales de consumo (artículos 17-19 del Reglamento «Bruselas I bis») y con los contratos individuales de trabajo internacionales (artículos 20-23 del Reglamento), los contratos internacionales de seguro también quedan incluidos dentro del régimen especial de competencia judicial internacional del Reglamento

«Bruselas I bis» (contenido en sus artículos 10-23), en concreto, en los artículos 10-16 (los cuales aparecen regulados por la Sección 3.^a [«Competencia en materia de seguros»] del capítulo II [«Competencia»] del referido Reglamento europeo). De hecho, las tres categorías contractuales, sujetas al régimen especial de competencia judicial internacional, gozan de una estructura muy similar desde el punto de vista de la competencia judicial internacional.

En cualquier caso, es preciso tener presente que todos los contratos internacionales de seguro quedan incluidos en el seno del régimen especial de competencia judicial internacional y, más en concreto, dentro del ámbito de aplicación de la sección 3.^a del capítulo II del Reglamento «Bruselas I bis». De este modo, ningún contrato internacional de seguro queda sujeto al régimen general de competencia judicial internacional del Reglamento.

Sin embargo, los contratos internacionales de reaseguro, al igual que ocurre con los contratos internacionales de agencia de seguros y con los contratos internacionales de mediación o corretaje de seguros, quedan sometidos, por exclusión del régimen especial, al régimen general de competencia judicial internacional del Reglamento «Bruselas I bis», esto es, al régimen aplicable a la generalidad de los contratos internacionales, en concreto, a todos aquellos contratos internacionales que no queden incluidos dentro del régimen especial (regulado, como anteriormente se ha mencionado, en los artículos 10-23 del Reglamento). Por lo tanto, la determinación de la competencia judicial internacional, de los referidos contratos internacionales del sector asegurador, queda sujeta al *modus operandi* propio de los foros de competencia judicial internacional en el marco del régimen general de competencia del Reglamento «Bruselas I bis».

El régimen especial de competencia judicial internacional previsto, para los contratos internacionales de seguro (los cuales materializan la relación jurídica existente entre la compañía aseguradora y el asegurado o

tomador del seguro), en los artículos 10-16 del Reglamento «Bruselas I bis», protege a la parte más debilitada de la relación contractual (asegurado o tomador del seguro) «mediante normas de competencia más favorables a sus intereses de lo que disponen las normas generales» (Considerando 18 del Reglamento «Bruselas I bis»). En concreto, en el marco del referido régimen especial de competencia judicial internacional, el legislador europeo recurre, fundamentalmente, a tres vías o medidas distintas en aras de la protección de la parte débil (en los contratos de seguro, del asegurado o tomador del seguro), en tanto que, en las tres categorías contractuales sujetas al régimen especial, es necesario proteger (con mayor o menor intensidad) a la parte débil de la relación litigiosa (esto es, al consumidor, al trabajador y al asegurado o tomador del seguro). Ciñéndonos al contrato internacional de seguro, los señalados cauces de protección son los siguientes.

Por un lado, en los contratos internacionales de seguro, el legislador europeo ha limitado, en gran medida, la operatividad del foro de competencia judicial internacional de la sumisión expresa, y ello en aras de evitar que la entidad aseguradora (abusando de su predominio negociador) imponga, al asegurado o tomador del seguro, la jurisdicción estatal competente para conocer del litigio derivado de la relación contractual que les une. Como consecuencia de lo señalado, la posibilidad que tienen las partes de pactar convenios atributivos de competencia, en los contratos internacionales de seguro, está sujeta a estrictas limitaciones en aras de la protección de la parte débil de la relación contractual (Considerando 19 y artículo 15 del Reglamento «Bruselas I bis»). En los contratos internacionales de seguro, al igual que en los otros dos tipos contractuales sujetos al régimen especial de competencia judicial internacional, no opera el foro de competencia judicial internacional de la sumisión expresa que aparece consagrado, para la generalidad de las categorías contractuales, en el artículo 25 del Reglamento «Bruselas I bis». De hecho, la posibilidad de pactar cláusulas de elección de foro, en los contratos internacionales de seguro, queda sujeta a las limitaciones contenidas en el artículo 15 del Reglamento «Bruselas I bis». De conformidad con di-

cho precepto, en los contratos internacionales de seguro, los acuerdos de elección del Tribunal estatal competente, o bien, han de ser «posteriores al nacimiento del litigio», o bien, han de permitir al asegurado (o tomador del seguro o beneficiario) «formular demandas ante órganos jurisdiccionales distintos de los indicados» en la sección 3.^a del capítulo II del Reglamento «Bruselas I bis». También se permiten los acuerdos de elección de foro, en los contratos internacionales de seguro, si ambas partes del contrato (tomador del seguro/asegurador), teniendo su domicilio o residencia habitual en el mismo Estado miembro de la Unión Europea en el momento de la celebración del correspondiente contrato de seguro, atribuyen la competencia a los Tribunales del susodicho Estado miembro; salvo que la ley del señalado país prohíba tales acuerdos. Al margen de lo señalado, el legislador europeo también permite celebrar convenios atributivos de competencia, en los contratos internacionales de seguro, «con un tomador de seguro que no esté domiciliado en un Estado miembro» de la Unión Europea, salvo en las siguientes modalidades de contratos de seguro: los obligatorios; los que se refieren a un bien inmueble sito en un Estado miembro de la Unión Europea; y los que cubren uno o varios de los riesgos específicos enumerados en el artículo 16 del Reglamento «Bruselas I bis» (entre los que se encuentran todos los «grandes riesgos» industriales y comerciales).

Por otro lado, tal como en su día afirmó nuestra mejor doctrina (CALVO CARAVACA, CARRASCOSA GONZÁLEZ y BLANCO-MORALES LIMONES) con base en la célebre sentencia del TJUE de 20 de mayo de 2010 (asunto C-111/09) y, actualmente, proclama el apartado 2.º del artículo 26 del Reglamento «Bruselas I bis», en los litigios derivados de los contratos internacionales de seguro, es operativo el foro de competencia judicial internacional de la sumisión tácita, ya que, al operar la sumisión tácita, el litigio ya ha surgido entre las partes contractuales y, por consiguiente, en ese momento no hay desequilibrio en la posición negociadora de las partes. No obstante, cuando el demandado sea la parte débil de la relación contractual (tomador del seguro/asegurado/beneficiario del contrato de seguro/persona perjudicada), el órgano jurisdiccional del

Estado miembro de la UE, ante el cual se haya presentado la demanda y haya comparecido el demandado sin impugnar su competencia judicial internacional, habrá de adoptar, antes de asumir la competencia judicial internacional con base en el foro de la sumisión tácita del artículo 26.1 del Reglamento «Bruselas I bis» y en aras de proteger a la susodicha parte débil, las cautelas o salvaguardas a las que hace referencia el artículo 26.2 del Reglamento esto es, habrá de asegurarse de que se ha «informado al demandado de su derecho a impugnar la competencia del órgano jurisdiccional y de las consecuencias de comparecer o no».

Y, por último, el legislador europeo ha previsto, en el marco del Reglamento «Bruselas I bis», para los contratos internacionales de seguro, determinados foros especiales de competencia judicial internacional por razón de la materia encaminados a proteger, a la parte débil de la relación litigiosa (asegurado o tomador del seguro), por la vía de facilitar a la susodicha parte el acceso a la justicia. Por esta razón, tales foros especiales por razón de la materia, contemplados en la Sección 3.^a del capítulo II del Reglamento, al igual que los previstos por el legislador europeo para los contratos de consumo y para los contratos individuales de trabajo (en las secciones 4.^a y 5.^a, respectivamente), tienen la consideración de «foros de protección».

En concreto, en los contratos internacionales de seguro, tal como establece el artículo 14.1 del Reglamento «Bruselas I bis», la parte fuerte de la relación contractual (el asegurador) únicamente podrá presentar su demanda ante el Tribunal, del Estado miembro de la Unión Europea, del domicilio del demandado (asegurado, tomador del seguro o beneficiario); sin perjuicio de las salvedades enumeradas en la Sección 3.^a del capítulo II del Reglamento. En materia de contratos de seguro, dichas salvedades son las dos siguientes. En primer lugar, en el supuesto de reconvenición, el demandante (ya sea este la parte fuerte o débil de la relación litigiosa) tendrá derecho a formular la misma ante el Tribunal que conozca de la demanda inicial de conformidad con la presente Sección (artículo 14.2 del Reglamento). Y, en segundo lugar, el legislador

européo ha previsto otra salvedad en el supuesto de acción directa aludido por el apartado 3.º del artículo 13 del Reglamento «Bruselas I bis».

Sin embargo, en los contratos internacionales de seguro, en aras de alcanzar la finalidad tuitiva perseguida por la sección 3.ª del capítulo II del Reglamento «Bruselas I bis», cuando el demandante sea la parte débil de la relación contractual (asegurado, tomador del seguro o un beneficiario), este podrá presentar su demanda, contra la parte fuerte de la relación litigiosa (asegurador), o bien, ante los tribunales del Estado miembro de la Unión Europea del domicilio del demandado (asegurador), o bien, ante órganos jurisdiccionales que favorecen el acceso a la justicia al demandante en tanto que parte débil de la relación litigiosa. Dichos tribunales, que favorecen a la parte más debilitada de la relación contractual, son los siguientes. Por un lado, la parte débil de la relación litigiosa puede presentar su demanda ante el tribunal del Estado miembro de la Unión Europea en el cual dicha parte (demandante) esté domiciliada. En el supuesto específico en el cual el demandado sea un coasegurador, la demanda podrá presentarse ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro de la Unión que conozca de la demanda entablada contra el primer firmante del coaseguro (artículo 11 del Reglamento). Por otro lado, el asegurador también podrá ser demandado, ante el tribunal del lugar de producción del hecho dañoso, en tres supuestos específicos, que son los siguientes: seguros de responsabilidad; seguros relativos a inmuebles; y seguros sobre inmuebles y bienes muebles cubiertos por una misma póliza y afectados por el mismo siniestro (artículo 12 del Reglamento «Bruselas I bis»). Y, en materia de seguros de responsabilidad civil, el asegurador también podrá ser demandado, en el marco de acciones acumuladas, ante el tribunal que conozca de la acción entablada, por la persona perjudicada, contra el asegurado; siempre y cuando la ley del Estado en el cual ejerce su jurisdicción el referido órgano jurisdiccional lo permita (artículo 13.1 del Reglamento). En cualquier caso, en los supuestos de acción directa, entablada por la persona perjudicada, contra el asegurador, cuando la acción directa sea posible, serán aplicables los anteriormente aludidos artículos 10, 11 y 12 del Reglamento (ar-

tículo 13.2). El mismo órgano jurisdiccional será competente en el supuesto en el cual «la ley reguladora de esta acción directa prevea la posibilidad de demandar al tomador del seguro o al asegurado» (artículo 13.3 del Reglamento «Bruselas I bis»).

A diferencia de lo que acontece con los contratos de consumo y con los contratos individuales de trabajo, la aplicación de los foros especiales de competencia judicial internacional existentes en materia de contratos de seguro, a favor de la parte débil de la relación litigiosa, está condicionada a que el asegurador (demandado) tenga su domicilio en un Estado miembro de la Unión Europea (Considerandos 13 y 14; así como artículos 6.1, 18.1 y 21.2 del Reglamento «Bruselas I bis»).

3. La ley estatal aplicable a los contratos internacionales intervinientes en el mercado asegurador

Al margen de lo señalado, al órgano jurisdiccional u operador jurídico también se le plantea el problema de determinar el Derecho material estatal aplicable a los contratos internacionales existentes en el mercado asegurador. Tal problemática ha de solventarse, por los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión Europea, con base en las normas de conflicto contenidas en el anteriormente mentado Reglamento «Roma I» sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, ya que dicho instrumento normativo europeo, además de tener carácter *erga omnes* (artículo 2) y de exigir desde el punto de vista temporal únicamente que el correspondiente contrato internacional se haya celebrado con posterioridad al 17 de diciembre de 2009 (artículo 28), incluye dentro de su ámbito de aplicación material a todos los contratos de seguro, con la salvedad de la exclusión específica contemplada en el apartado 2) del artículo 1 del Reglamento (el cual se refiere a los contratos de seguro derivados de operaciones realizadas por organizaciones que no sean las empresas y que tengan como objetivo la concesión de prestaciones a favor de determinados trabajadores).

En el sector asegurador, la problemática relativa al Derecho aplicable goza de una indudable trascendencia debido a la notable disparidad de regulaciones existente, en materia de contratos de seguro, entre los Estados. Dicha diversidad es menor, lógicamente, entre los Estados miembros de la Unión Europea, como consecuencia de existir, en el sector asegurador, directivas europeas (Directivas sobre seguros de la Unión Europea y la controvertida Directiva europea sobre la distribución de seguros). Como ya comenté en el apartado primero, la coordinación o conciliación entre las disposiciones materiales de carácter imperativo, de las referidas directivas europeas sectoriales, con las normas conflictuales consagradas, por el Reglamento «Roma I», para determinar el ordenamiento jurídico estatal aplicable a los contratos internacionales (incluidos los intervinientes en el sector asegurador), ha de llevarse a cabo con arreglo al conocido principio de conciliación del ordenamiento jurídico de la Unión Europea al que anteriormente hicimos alusión. En concreto, el legislador europeo ha previsto, fundamentalmente, dos mecanismos de conciliación de las normas de conflicto del Reglamento «Roma I» con las disposiciones materiales de carácter imperativo de las directivas europeas sectoriales: uno prioritario (la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea o también denominada como cláusula de protección del mercado interior [artículo 3.4 del Reglamento]) y otro subsidiario (las «leyes de policía» [artículo 9 del Reglamento]). Este último cauce de conciliación, pese a ser subsidiario, ofrece una protección más amplia que el primero.

El Reglamento «Roma I» prevé una dualidad de regímenes de Derecho aplicable: uno general (para la generalidad de los contratos internacionales) y otro especial (para ciertos tipos contractuales). El régimen especial de Derecho aplicable se fundamenta, básicamente, en el principio de protección de la parte débil de la relación contractual; mientras que el régimen general de Derecho aplicable parte, al menos en teoría, del presupuesto opuesto: el equilibrio en la posición negocial de las partes. En concreto, el artículo 7 del Reglamento «Roma I» contiene una norma de conflicto especial para los contratos de seguro, la cual queda encuadrada

dentro del régimen especial de Derecho aplicable. A estos efectos, resulta muy ilustrativo el considerando 32 del Reglamento, el cual pone de manifiesto que, debido a las características especiales que presentan los contratos de seguro, deberá garantizarse un nivel adecuado de protección a los titulares de las pólizas mediante normas específicas; y, por consiguiente, «el artículo 6 no debe aplicarse en el contexto» de este contrato específico.

Los contratos internacionales intervinientes en el mercado asegurador están sujetos, aunque en el seno de un mismo instrumento normativo (el Reglamento «Roma I»), a distintos regímenes de Derecho aplicable y a diferentes normas conflictuales; lo cual conlleva un plus de complejidad para el órgano jurisdiccional u operador jurídico. De hecho, ni siquiera los contratos internacionales de seguro reciben un tratamiento conflictual uniforme, ya que algunos contratos de seguro quedan sometidos al régimen especial de Derecho aplicable, esto es, al artículo 7 del Reglamento «Roma I»; mientras que otros contratos de seguro están sujetos al régimen general de Derecho aplicable, es decir, a los artículos 3 y 4 del Reglamento.

En cualquier caso, de conformidad con el artículo 7 del Reglamento «Roma I», quedarán incluidos en el ámbito de aplicación del régimen especial de Derecho aplicable y, más específicamente, del artículo 7 del Reglamento «Roma I», todos los contratos internacionales de seguro que cubran un gran riesgo (para los cuales el legislador europeo ha previsto una cláusula de excepción de alcance particular en el apartado 2.º del referido precepto), «independientemente de que el riesgo que cubran se localice o no en un Estado miembro» (apartados 1.º y 2.º, al igual que todos los demás contratos internacionales de seguro que cubran riesgos localizados en el territorio de los Estados miembros de la Unión Europea (apartados 1.º y 3.º y que los contratos de seguro obligatorios (apartado 4.º. De hecho, el legislador europeo ha consagrado diferentes normas de conflicto, para tales modalidades de contratos internacionales de seguro, en los referidos apartados del artículo 7 del Reglamento. Sin em-

bargo, tal como deja patente el apartado 1.º del artículo 7 del Reglamento «Roma I», el legislador europeo ha excluido, del ámbito de aplicación del régimen especial de Derecho aplicable contenido en el artículo 7 del Reglamento, a los contratos internacionales de seguro que cubren riesgos localizados en un Estado no miembro de la Unión Europea. Por lo tanto, los contratos internacionales de seguro, que cubran riesgos localizados en un Estado tercero, quedarán sujetos al régimen general de Derecho aplicable (contenido, fundamentalmente, en los artículos 3 y 4 del Reglamento «Roma I»).

Al margen de lo señalado, también quedan sometidos, por exclusión del régimen especial, al régimen general de Derecho aplicable del Reglamento «Roma I» los contratos internacionales de reaseguro (ello lo manifiesta expresamente el apartado 1.º del artículo 7 del Reglamento al señalar que los mismos no quedan incluidos dentro del ámbito de aplicación del artículo 7 del Reglamento «Roma I»), los contratos internacionales de agencia de seguros, así como los contratos internacionales de mediación o corretaje de seguros. Por lo tanto, los contratos internacionales de intermediación de seguros privados, al igual que los contratos internacionales de reaseguro, estarán sujetos a la ley estatal determinada de conformidad con la correspondiente norma de conflicto contenida en los artículos 3 y 4 del Reglamento (en función de si hay o no elección de ley por las partes contractuales).

*Autora: Hilda Aguilar Grieder
(Profesora titular de Derecho Internacional Privado,
Universidad de Huelva)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: AGUILAR GRIEDER, H. «Los contratos internacionales intervinientes en el mercado asegurador en el ámbito del Derecho internacional privado de la Unión Europea», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2020, vol. 12, n.º 2, pp. 30-51; *ID.* «La ley de distribución de seguros y el Reglamento “Roma I” sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales», *La distribución de seguros privados*,

Marcial Pons, Madrid, 2019, pp. 559-580; *ID.* «Problemas de Derecho internacional privado en la contratación de seguros: especial referencia a la reciente directiva (UE) 2016/97 sobre la distribución de seguros», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2017, vol. 9, n.º 2, pp. 39-58; *ID.* «La contratación internacional en el mercado asegurador en el ámbito de la Unión Europea: novedades y desafíos», *El contrato de seguro y su distribución en la encrucijada*, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 35-89; CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. «Los contratos de seguro del artículo 7 del Reglamento Roma I», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2009, vol. I, n.º 2, pp. 30-51; CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C. *Litigación internacional en la Unión Europea I*, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2017, pp. 444-461; FUENTES CAMACHO, V. *Los contratos de seguro y el Derecho Internacional Privado en la Unión Europea*, Colección Cuadernos de Estudios Europeos, Fundación Universidad Empresa, Civitas, Madrid, 1999; QUINTÁNS EIRAS, M. R. «De la mediación a la distribución de seguros: la nueva Directiva 2016/1997», *Revista General de Derecho Europeo*, 2016, n.º 39, pp. 1-22; SABIDO RODRÍGUEZ, M. «La mediación en el contrato de reaseguro: algunas cuestiones de Derecho internacional privado», *Estudios sobre Mediación de Seguros Privados*, Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 717-742; VARRA PARRA, J. J. «La ley aplicable al contrato de reaseguro internacional», *Revista Española de Seguros, El nuevo régimen comunitario de los contratos internacionales de seguro*, 2009, n.º 140, pp. 635-649.

VOCABLOS CONEXOS: Derecho internacional privado europeo. Contrato internacional.

SOFT LAW

Como una primera aproximación, se entiende por *soft law* a un «Derecho blando» que cada vez ha ido ganando terreno en situaciones jurídicas internacionalizadas, como explicaremos a continuación.

1. *Introducción*

Vivimos en un mundo cada vez más internacional donde ya no hay fronteras de conocimiento, y mucho menos fronteras para las operaciones comerciales internacionales, que son cada vez más sofisticadas, modernas y tecnológicas. Así, es que debemos enfrentarnos a contratos internacionales complejos, con estructuras y grupos de interés transfronterizos, habiéndose borrado toda frontera, debiendo el Derecho ajustarse a esa nueva realidad.

A menudo nos topamos con que el Derecho internacional privado resulta material insuficiente para regular los contratos comerciales internacionales y los conflictos jurídicos derivados de ellos. Por consiguiente, el mundo avanza vertiginosamente y las respuestas legales no son lo suficientemente rápidas para poder brindar una solución, poniendo en vilo la seguridad y previsibilidad jurídica.

En este contexto, es el *soft law* o Derecho blando una herramienta jurídica que permite obtener posibles soluciones a estas situaciones.

2. *Antecedentes históricos*

Remontándonos a los antecedentes históricos del término fue Lord Arnold McNair, académico británico y primer presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quien acuñó el término *soft law*. Él lo usó para abarcar declaraciones normativas definidas como principios operativos abstractos a través de la interpretación judicial. Lo que él consideraba entonces «blando» era la gran abstracción que caracterizaba algunos principios legales cuya aplicación directa en el arreglo de una situación dada era bastante difícil. Desde entonces, el concepto se ha utilizado cada vez más para obtener la forma y la comprensión actuales a la luz de la teoría de las fuentes del Derecho internacional.

A pesar de la consideración general de la «ley blanda» como un nuevo tema en el Derecho internacional público y la etiqueta hecha por McNair, aunque con un significado diferente, debe decirse que su contenido, sentido y significado no son nuevos en absoluto.

La «ley blanda» como tal se usó popularmente entre los académicos para describir eventos normativos posteriores a la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948. Aunque la Declaración no es un tratado, fue adoptada en la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 casi por aclamación. Pese a que la Declaración no impuso obligaciones legales a los Estados al momento de su adopción, estaba claro que se hizo legalmente vinculante debido a la aceptación e inclusión rápidamente generalizada en las constituciones nacionales. Así es que, para explicar esa situación atípica, los académicos comenzaron a utilizar una nueva categoría, la de «ley blanda».

La doctrina considera que los orígenes del *soft law* se pueden explicar a partir de dos árboles genealógicos identificables:

1. Quienes sostienen que a través del pluralismo jurídico medieval y la *lex mercatoria* —que fueron las principales causas de la vulgarización del Derecho como reconocimiento de múltiples estilos, mentalidades y soluciones— se sumó con posterioridad la ley blanda para resolver las necesidades y demandas de las comunidades empresariales.
2. Mediante el surgimiento del Derecho social y el pluralismo jurídico desarrollado por juristas antiformalistas europeos a fines del siglo XIX, la ley blanda surgió como el medio más efectivo para implementar una nueva política social, enfatizando características como la flexibilidad, la capacidad de respuesta social, el pluralismo y la participación.

3. *Definición*

Ahora bien, a la hora de brindar una definición de *soft law* o Derecho blando este se define como un conjunto de lineamientos, reglas o códigos, que nacen gracias a las iniciativas de organizaciones públicas o privadas, nacionales o internacionales, que reúnen sus esfuerzos para crear normativa que sea aplicable de una manera universal. Estas regulaciones tienen como eje central crear normas y/o reglas que puedan ajustarse a las diversas culturas jurídicas (familias del *common law-civil law*). Además, las regulaciones de *soft law* abarca normas de carácter procesal y de fondo; y tienen como característica central ser no vinculantes y no obligatorias, ya que por lo contrario están a disposición de las partes para que ellas por su autonomía de la voluntad decidan hacer uso de dichas normas.

Hoy en día, es ampliamente aceptado que la armonización del derecho, y en particular del Derecho comercial internacional, beneficia a todos los actores que intervienen en el proceso, generando un común entendimiento entre sistemas legales, brindando claridad legal y previsibilidad jurídica frente a los posibles inconvenientes en las transacciones jurídicas. Así, cuando las diferencias entre los derechos estatales son un impedimento, la armonización puede crear una «interfaz» que ayude a los operadores, brindándoles herramientas jurídicas neutras y adecuadas a la realidad mercantil.

4. *Elementos característicos*

Los elementos caracterizantes del Derecho blando son:

- a) No es resultado de un procedimiento formal de emisión de una ley, en el sentido de que no hay un ente que esté habilitado desde el punto de vista legal para poder producir una nueva norma de esta naturaleza. Con lo cual, la fuerza del *soft law* y su legitimación deriva del convencimiento, idoneidad, rigurosidad técnica y consenso generalizado.

- b) No puede aplicarse forzosamente al ser no vinculante, así, depende de la aceptación voluntaria de los sujetos para poder adoptarlo y aplicarlo.
- c) Tienden a ser normas de carácter programático, ya que encierran principios más que contenidos dispositivos puntuales.

5. *Soft law* y *hard law*

A la hora de hablar de *soft law* surge en contraposición el concepto de *hard law*. Así, este último posee fuerza vinculante, en oposición a los textos de *soft law*, los cuales carecen de dicha fuerza. Además, bajo la tipología de *hard law* forman parte todos aquellos instrumentos en forma de tratados, pactos, convenciones o acuerdos, cuyo reconocimiento por parte de los Estados lleva aparejada una obligación de observancia y cumplimiento.

Por el contrario, en los textos de *soft law*, desprovistos de carácter vinculante, quedaría recogidos aquellos instrumentos materializados en forma de declaraciones, recomendaciones, directrices o principios los que, si bien pueden formar parte de un marco normativo, no existe fuerza coercitiva que imponga su obligación de cumplimiento.

Sin embargo, pese a que los textos de *soft law* carecen de fuerza vinculante, ellos pueden transformarse en obligatorios mediante tres posibles situaciones:

1. Cuando directamente el texto de *soft law* es adoptado y transformado en ley por un Estado para pasar a ser parte integrante de su ordenamiento jurídico. En consecuencia, el texto adquiere fuerza de ley para el Estado que lo adopta como propio.
2. Mediante la jurisprudencia que emana de los tribunales de justicia, quienes al dictar resoluciones pueden tomar textos de *soft law* para

fundar sus sentencias y así lograr que dicho texto consiga con posterioridad esa fuerza coercitiva, que a prima facie, no posee.

3. Mediante la voluntad y el acuerdo de los Estados con respecto a la forma de interrelacionarse entre ellos y de la manera en la que sean enfocadas las políticas que se pongan en práctica de manera conjunta. Así, los Estados pueden seguir políticas comunes utilizando instrumentos de *soft law* para conseguir implementar disposiciones en cada uno y con una finalidad armonizadora.

6. *Algunos ejemplos de soft law*

A solo modo de ejemplo podemos mencionar los siguientes instrumentos de *soft law*:

- *Los principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales*: estos principios elaborados por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT por sus siglas en inglés) establecen reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales. Son normas de Derecho blando que rigen el aspecto material de la relación contractual y, como toda norma de *soft law*, será aplicable en los casos que las partes en ejercicio de su autonomía de la voluntad decidan regirse por ellas o cuando establezcan que el contrato se regirá por «principios generales del Derecho», *lex mercatoria* o términos semejantes. A su vez, pretenden ser modelo para los legisladores de carácter nacional e internacional. Su primera aplicación fue en el año 1995.
- *International commercial terms - INCOTERMS*: los términos del comercio internacional son elaborados periódicamente desde 1936 por la Cámara de Comercio Internacional (CCI). Estos términos son introducidos por las partes de los contratos de compraventa internacional, y cada uno determina el momento en el cual el

riesgo y responsabilidad sobre la mercadería se transmite del vendedor al comprador. La versión más actualizada son los Incoterms 2020.

- *Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI) sobre Arbitraje Comercial Internacional*: esta ley modelo, a diferencia de lo que ocurre con los ejemplos anteriores, refiere a *soft law* aplicable al proceso. El objetivo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil al desarrollar el texto de esta ley modelo, fue fijar un articulado referido al arbitraje comercial internacional, que sirviera de ejemplo a los Estados para adoptar o modernizar sus propias leyes internas sobre la materia.

Autoras: Sofía Phileas

Milagros Velasco

(Universidad Nacional de Córdoba, Argentina)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ENCICLOPEDIA JURÍDICA. *Derecho transnacional* en <http://www.encyclopedia-juridica.com/d/derecho-transnacional/derecho-transnacional.htm>; Ley modelo de la CNUDMI 1985 con las enmiendas de 2006; LÓPEZ CABIA, David, *Incoterms*, en *economipedia*: <https://economipedia.com/definiciones/incoterms.html>; Principios de Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales de 2010; PULIDO RIVEROS, Juan Camilo. «El *soft law* en el Derecho privado: sostén a la teoría de la “nueva *lex mercatoria*”», en *Revista Misión Jurídica* <https://www.revistamisionjuridica.com/el-soft-law-en-el-derecho-privado-sosten-a-la-teoria-de-la-nueva-lex-mercatoria>; PULIDO RIVEROS, Juan Camilo. *La armonización jurídica del comercio internacional y su utilidad en la práctica mercantil en Colombia*, p. 37 y ss. en <http://bdigital.unal.edu.co/56074/1/juancamilopulidoriveros.2016.pdf>; SEMINARIO, Marta. *Soft Law o derecho blando y su papel en el derecho internacional*, en grupo atico34, 10/06/2020; TORO HUERTA, Mauricio Iván. «El fenómeno del *soft law* y las nuevas perspectivas del Derecho interna-

cional», en *Revista del IJ - Anuario Mexicano de Derecho Internacional* <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/160/257>).

SUCESIÓN DE ESTADOS (EFECTOS EN LA LITIGACIÓN ARBITRAL INTERNACIONAL)

La principal fuente de obligaciones de los Estados en Derecho internacional proviene de los tratados que cada Estado ha ratificado. En materia de arbitraje de inversiones, la mayoría de Estados han concluido una considerable cantidad de TBI, los cuales suelen incluir cláusulas de resolución de disputas entre inversores de un Estado respecto del otro Estado donde han realizado la inversión. El mecanismo más común de resolución de controversias inversionista-Estado en los TBI es el arbitraje, ya sea institucional (por ejemplo, ante el CIADI o bien la CPA) o *ad hoc* (por ejemplo, bajo las normas de la CNUDMI).

No obstante, ¿qué ocurre con estas obligaciones convencionales cuando la integridad territorial del Estado sufre cambios? La respuesta dependerá de las circunstancias concretas de cada caso ya que las normas respecto de la sucesión de Estados son un área del Derecho internacional en pleno desarrollo y objeto de discusión ante la Comisión de Derecho Internacional (CDI).

La sucesión de Estados se entiende como la «noción de que se ha producido una ruptura de la continuidad jurídica que requiere la aplicación de normas puente [y] que supone que el nuevo soberano está obligado por las obligaciones del anterior soberano sobre el territorio en cuestión» (SHAW, p. 36). Las reglas de sucesión de Estados se encuentran mayormente reflejadas en la costumbre internacional así como en la Convención de Viena sobre la Sucesión de Estados en Materia de Tratados de 1978 (CVST). La Corte Internacional de Justicia (CIJ) ha declarado que varios de los artículos de la CVST (aunque no todos) reflejan la costum-

bre internacional, lo cual quiere decir que los Estados están obligados a su cumplimiento.

Históricamente, el Derecho de sucesión de los Estados ha tenido dos enfoques divergentes: (1) el enfoque de la sucesión universal o de la continuidad, según el cual se debe presumir la sucesión de obligaciones internacionales para nuevos Estados; o bien (2) el enfoque del «borrón y cuenta nueva» o *tabula rasa*, según el cual se presume que Estados de reciente independencia no están vinculados por los tratados de los que sus predecesores eran partes.

1. Separación de Estados - continuidad de las obligaciones internacionales

La norma general de sucesión cuando un Estado se separa en dos o más Estados es la continuidad de las obligaciones convencionales. Esta norma se codifica en el artículo 34 de la CVST. La CIJ ha tenido la ocasión de determinar si este artículo refleja la costumbre internacional en dos casos. En su tercera objeción preliminar a la *Aplicación de la Convención sobre el Genocidio*, Yugoslavia argumentó que:

El artículo 34 de la [CVST] no es aplicable como norma de Derecho internacional consuetudinario. Se ha introducido en la Convención no como resultado de la codificación sino como resultado del desarrollo progresivo.

Asimismo, Yugoslavia señaló el ejemplo de los nuevos Estados establecidos en el territorio de la antigua Unión Soviética y concluyó que «todos ellos actuaron de acuerdo con la regla de “borrón y cuenta nueva” y se adhirieron a los tratados del Estado predecesor por medio de la adhesión». Hungría también expresó una opinión similar en sus argumentos en el caso *Gabcikovo-Nagymaros*.

Aunque la CIJ no entró a examinar esta cuestión específica en sus sentencias, cabe destacar que la interpretación de Yugoslavia y Hungría no fue rechazada en ninguno de los dos casos. De hecho, la práctica de los

Estados y la opinión académica predominante sugieren que el artículo 34 de la CVST no ha alcanzado la condición de norma de Derecho consuetudinario y que fue incluido en la convención como desarrollo progresivo del Derecho internacional por la CDI. Así, pues, parece ser que el artículo 34 de la CVST únicamente obliga a los Estados Partes de la CVST ya que no refleja una norma de costumbre internacional.

No obstante ello, a pesar de la falta de *opinio iuris*, encontramos varios ejemplos de práctica estatal donde esta norma ha sido utilizada por Estados:

- El caso de la Gran Colombia entre 1829 y 1831. En este caso, Gran Colombia se dividió en tres Estados distintos, los cuales asumieron las obligaciones convencionales de la difunta Gran Colombia.
- La separación de Noruega y Suecia en 1905. En este caso, ambos Estados mandaron comunicaciones a los Estados con los que tenían tratados para reafirmar que dichas obligaciones convencionales seguían vigentes tanto para Noruega como para Suecia.
- La separación del imperio austrohúngaro en 1918. Este caso ejemplifica perfectamente la problemática que surge de la falta de una norma consuetudinaria clara y concreta respecto de la sucesión de Estados. Hungría consideró que estaba obligada al cumplimiento de las obligaciones convencionales del imperio mientras que Austria consideró lo contrario.
- La separación de Dinamarca e Islandia en 1944. Islandia aceptó la vigencia de las obligaciones internacionales derivadas de su previa unión con Dinamarca.
- En 1968, el Estado de Suazilandia envió una declaración unilateral al secretario general de las Naciones Unidas expresando su

aceptación de sucesión de las obligaciones del Reino Unido durante un período de dos años. Durante esos dos años, el Estado examinó las obligaciones heredadas del Reino Unido y decidió cuales seguir aceptando, cuales extinguir y cuales modificar.

2. *Estados de reciente independencia - no continuidad de las obligaciones internacionales*

El segundo enfoque afecta a los Estados de reciente independencia, una expresión que los redactores de la CVST utilizan para describir Estados «cuyo territorio, inmediatamente antes de la fecha de la sucesión de Estados, era un territorio dependiente de cuyas relaciones internacionales era responsable el Estado predecesor». Estos Estados emergen típicamente en el contexto de la descolonización y la norma general es la no continuidad de las obligaciones internacionales, codificada en el artículo 16 de la CVST. La lógica de este cambio con respecto de los Estados separados se basa en que los Estados de reciente independencia solían no tener ni voz ni voto a la hora de negociar y concluir los tratados internacionales del Estado colonial. Como claros ejemplos de práctica estatal, encontramos las repúblicas bálticas tras su independencia de la Unión Soviética. Así, pues, el nuevo Estado únicamente se verá obligado por esas obligaciones en casos en que haya expresado su deseo de aceptar dichas obligaciones. Esta excepción se encuentra codificada en los artículos 17-23 de la CVST.

A pesar de los esfuerzos de la CDI, la opinión que prevalece actualmente es que ninguno de estos dos enfoques es viable como norma general debido a la multitud de escenarios en los que puede tener lugar la sucesión. A pesar de ello, la CVST trata de establecer dos regímenes para la sucesión de los Estados. Uno se basa en la regla de *tabula rasa*, que se aplica a los Estados de reciente independencia y en gran medida en el contexto de la descolonización, donde los Estados sucesores no están sujetos a las obligaciones de sus Estados predecesores. En cierta medida, esto se ha respetado en la práctica de los Estados como norma general.

El segundo régimen de la CVST, basado en la norma de continuidad automática, se aplica a los Estados que se separan y presume que un Estado está obligado automáticamente por las obligaciones de su Estado predecesor. Cabe destacar que esta norma no goza de un alto nivel de reconocimiento como parte del Derecho internacional consuetudinario.

3. El caso de las obligaciones bilaterales

Independientemente de si un Estado se considera como un Estado separado o bien un Estado de reciente independencia, debemos considerar otro factor en el caso de la sucesión de obligaciones bilaterales: el Estado con el que se ha concluido el tratado debe tener la opción de no quedar obligado al tratado si hay un cambio en la contraparte.

En el caso de Estados de reciente independencia, el artículo 24 de la CVST establece que un tratado bilateral seguirá en vigor cuando los Estados «hayan convenido en ello expresamente» o bien «se hayan comportado de tal manera que deba entenderse que han convenido en ello». Como ejemplos de práctica estatal, en 1961, el Estado de Tanganica envió una declaración unilateral al secretario general de las Naciones Unidas informando que, en caso de reciprocidad, estaba dispuesto a respetar las obligaciones creadas mediante tratados bilaterales durante un período de dos años. Pasado este período, los tratados serían extinguidos. Los Estados de Botsuana, Lesoto y Nauru siguieron una estrategia similar en 1966, 1967 y 1968 respectivamente. Otro caso interesante en este contexto es Burundi. En 1964, el Estado también aceptó las obligaciones bilaterales derivadas del Estado colonial durante un período transicional de dos años pero con seis condiciones incluyendo, por ejemplo, que dichos tratados no podían ser contrarios a la letra o al espíritu de la Constitución de Burundi.

En una sucesión de Estados en caso de separación de partes de un Estado, el artículo 34 de la CVST establece que el principio de continuidad automática no tendrá lugar «si los Estados interesados convienen en otra

cosa» o bien «si se desprende del trato o consta de otro modo que la aplicación del tratado respecto del Estado sucesor sería incompatible con el objeto y el fin del tratado o cambiaría radicalmente las condiciones de su ejecución».

Así, pues, especialmente en el caso de obligaciones bilaterales, la contraparte del Estado sucesor podría no querer obligarse con el nuevo Estado sucesor si ello implica un cambio radical de las condiciones de la ejecución del tratado.

4. Sucesión de Estados en el contexto de TBI

Teniendo en cuenta las explicaciones previas relativas a las normas generales de sucesión de Estados, la aplicación de dichas normas en la litigación arbitral internacional es un ejercicio complejo.

Argumentos relativos a la sucesión de Estados no han sido ampliamente utilizados como estrategia para ampliar las posibles protecciones de inversionistas en tratados bilaterales de inversión. Sin embargo, el argumento que un Estado es sucesor de las obligaciones de otro Estado en materia de arbitraje de inversiones ha tenido éxito como mínimo en dos ocasiones. Primeramente, en el caso de *Sanum Investments Limited c Laos*, el tribunal (compuesto por Andrés Rigo Sureda, Bernard Hanotiau y Brigitte Stern) examinaron la objeción jurisdiccional de Laos basada en que el TBI entre China y Laos no era aplicable al territorio de Macao y, por tanto, el inversor (una empresa incorporada en Macao) no podía beneficiarse de las protecciones del acuerdo.

Para decidir la cuestión, el tribunal se basó en el artículo 15 de la CVST así como el artículo 29 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDI). El primer artículo establece la llamada norma de «desplazamiento de las fronteras de los tratados». Esta norma establece que los tratados del Estado sucesor (en este caso, China) estarían en vigor con respecto al nuevo territorio (Macao) a partir de la fecha de la

sucesión «a menos que se desprenda del tratado o se establezca de otro modo que la aplicación del tratado a ese territorio sería incompatible con el objeto y la finalidad del tratado o cambiaría radicalmente las condiciones de su funcionamiento».

Para determinar que tanto la norma general como las excepciones contenidas en el artículo 15 de la CVST eran consuetudinarias (ya que ni China ni Laos han firmado o ratificado la CVST), el tribunal consideró el impacto del artículo 29 de la CVDT —el llamado principio de aplicación territorial— que establece que un tratado se extiende a todo el territorio de una parte, a menos que se desprenda una intención diferente del tratado. Los árbitros consideraron que estas dos normas coexisten armoniosamente. Sin embargo, el tribunal observó que las razones para no aplicar un tratado a un territorio ampliado están más circunscritas que las razones para no aplicar un tratado a todo el territorio de un Estado.

Así pues, tras examinar los hechos concretos, el tribunal concluyó que no se daban las excepciones contenidas en el artículo 15 de la CVST. La parte más relevante de este análisis concierne la segunda excepción (cambio radical de las condiciones del tratado). En este sentido, el tribunal razonó que el tratado no podría extenderse si su aplicación pusiera en peligro el sistema capitalista y el modo de vida liberal en Macao debido a las obligaciones del TBI que estaban adaptadas a una economía planificada, y que serían irreconciliables con el capitalismo. Al no encontrar tales características en el TBI, el tribunal consideró que no se impediría su ampliación. Esta conclusión fue reafirmada tras aplicar el artículo 29 de la CVDT, por lo que el tribunal decidió que el TBI entre China y Laos era aplicable a Macao. Cabe destacar que esta conclusión dio lugar a polémica, llevando al alto tribunal de Singapur a anular el laudo arbitral a petición del Estado (una decisión que fue revocada en apelación).

En segundo lugar, encontramos el caso de *World Wide Minerals c Kazakstán*. En este caso, el tribunal (compuesto por William W Park, Franklin Berman y John R Crook) decidió que Kazakstán era sucesora de las obligaciones de la Unión Soviética en el TBI de 1989 con Canadá. La decisión jurisdiccional no es pública, lo cual ha llevado a especulación sobre el razonamiento jurídico y la base legal de la decisión del tribunal (BARÓ HUELMO, p. 305 y ss.).

Un segundo arbitraje de inversión bajo el tratado URSS-Canadá fue iniciado por la empresa canadiense, Gold Pool LLC, también contra Kazakstán. En este caso, el tribunal decidió unánimemente que Kazakstán no era sucesora de las obligaciones de la URSS en el tratado bilateral de inversión con Canadá. Aunque la decisión tampoco es pública, Kazakstán ha confirmado que el tribunal (compuesto por Albert Jan van den Berg, David AR Williams y Gabriel Bottini) concluyó que Canadá y Kazakstán no concluyeron un acuerdo tácito confirmando la continuidad de las obligaciones bajo el TBI entre la URSS y Canadá. Parece ser que el tribunal basó su conclusión en nuevas pruebas que no fueron presentadas en el caso de *World Wide Minerals c Kazakstán*. No obstante ello, el hecho de que haya decisiones divergentes sobre el mismo tratado demuestra la complejidad a la hora de determinar cómo los Estados suceden obligaciones bilaterales en el contexto de arbitraje de inversiones. Otro caso reciente es *Oleg Deripaska c Montenegro*, donde el tribunal decidió que Montenegro no era sucesor de las obligaciones del TBI entre la Federación Rusa y Yugoslavia. El tribunal arbitral (compuesto por Jean Kalicki, Zachary Douglas y Brigitte Stern) decidió que la analogía que la parte demandante realizó entre la continuidad de las obligaciones bajo tratados multilaterales de derechos humanos con las obligaciones derivadas de tratados bilaterales de inversión era falaz.

Asimismo, el tribunal consideró que una declaración unilateral general de Montenegro manifestando que sucedería a los tratados de la unión de Serbia y Montenegro era insuficiente para establecer la continuidad de las obligaciones del TBI entre la Federación Rusa y Yugoslavia. Esta

conclusión fue reafirmada por el hecho de que la Federación Rusa no confirmó su voluntad de continuar con las obligaciones del tratado *vis-à-vis* Montenegro tras su independencia. La falta de aceptación explícita de la Federación Rusa a la oferta de Montenegro no podía pues dar lugar a la sucesión de las obligaciones del tratado en cuestión.

Las comunicaciones entre la Federación Rusa y Montenegro también contrastaban con las comunicaciones de Montenegro con terceros Estados, donde se llegaron a acuerdos detallados sobre la continuidad de otros TBI. Finalmente, el tribunal examinó si había una aceptación tácita de las obligaciones bajo el tratado pero decidió que no era así por múltiples razones, *inter alia*, la falta de una práctica constante de continuidad de los TBI tanto de la Federación Rusa como de Montenegro así como la falta de indicaciones en la conducta de los Estados que el TBI entre la Federación Rusa y Yugoslavia estaba en vigor.

Así, pues, el tribunal concluyó de forma tácita que la opinión predominante en Derecho internacional que no hay ninguna norma consuetudinaria que implique la continuidad automática de los tratados bilaterales de inversión, reafirmando indirectamente que el artículo 34 de la CVST no ha cristalizado como costumbre internacional.

*Autora: Clàudia Baró Huelmo
(Abogada asociada en Withers LLP, Londres)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: SHAW, Malcolm. «State succession revisited», *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 5, 1994, p. 34 y ss.; DUMBERRY, Patrick. «State Succession to Bilateral Treaties: A Few Observations on the Incoherent and Unjustifiable Solution Adopted for Secession and Dissolution of States under the 1978 Vienna Convention», *Leiden Journal of International Law*, vol. 28, 2015, p. 13 y ss.; LEHTO, Marja. «Succession of state in the former Soviet Union: arrangements concerning the bilateral treaties of Finland and the USSR», *Finnish Yearbook of International Law*, vol. 4, 1993, p. 194 y ss.; TAMS, Christian. «State

succession to investment treaties: mapping the issues», *ICSID Review*, vol. 31, n.º 2, 2016, p. 314 y ss.; WILLIAMS, Paul R. «The Treaty Obligations of the Successor States of the Former Soviet Union, Yugoslavia, and Czechoslovakia: Do They Continue in Force?», *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 23, 1994, p. 1 y ss.; BEATO, Andrew M. «Newly Independent and Separating States' Succession to Treaties: Considerations on the Hybrid Dependency of the Republics of the Former Soviet Union», *American University International Law Review*, vol. 9, n.º 2, 1994, p. 525 y ss.; FAHMI, Tammy. «Succession of states and international treaty obligations as applied to the break-up of the Soviet Union and Yugoslavia», *New England Annual*, vol. 1, 1995, p. 85 y ss.; HAFNER, Gerhard y KORNFELD, Elisabeth. «A Recent Austrian Practice of State Succession: Does the Clean Slate Rule Still Exist», *Austrian Review of International and European Law*, vol. 1, 1996, p. 1 y ss.; WILLIAMSON, Edwin D. y OSBORN, John E. «A U.S. Perspective on Treaty Succession and Related Issues in the Wake of the Breakup of the USSR and Yugoslavia», *Virginia Journal of International Law*, vol. 33, 1992-1993, p. 261 y ss.; VAGTS, Detleu. «State succession: the codifiers' view», *Virginia Journal of International Law*, vol. 33, 1993, p. 275 y ss.; MÜLLERSON, Rein. «The Continuity and Succession of States, by Reference to the Former USSR and Yugoslavia», *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 42, n.º 3, 1993, p. 473 y ss.; ZIMMERMANN, Andreas. «State Succession in Treaties», *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law*, 2006; BARÓ HUELMO, Clàudia. «Is Kazakhstan a State Successor to the USSR? A Perspective from Investment Treaty Arbitration», *ASA Bulletin*, vol. 36, n.º 2, 2018, p. 295 y ss.

VOCABLOS CONEXOS: Acuerdo de protección y promoción de inversiones. Arbitraje de inversiones. Arbitraje *ad hoc*. Arbitraje institucional. Cláusula arbitral. Jurisdicción. *Kompetenz-kompetenz*. Laudo arbitral. Procedimiento arbitral. Reglamento de arbitraje. Tribunal arbitral.

SUCESIÓN INTERNACIONAL

En los últimos años se ha producido un cambio sustancial en España en materia de Derecho sucesorio internacional. Esto se debe a la entrada en vigor, el 17 de agosto de 2015, del Reglamento de la Unión Europea 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo («Reglamento Sucesorio»). Antes de analizar dicho reglamento, es aconsejable repasar cómo se trataban las sucesiones internacionales en España con anterioridad a dicha entrada en vigor.

1. Situación previa a la entrada en vigor del Reglamento Sucesorio

Con anterioridad al 17 de agosto de 2015, la ley aplicable a la sucesión de una persona extranjera en España era la ley de su nacionalidad (artículo 9.8 del Código Civil). Por ello, la primera pregunta que un profesional debía hacerse al tramitar la sucesión testamentaria de un extranjero era qué nacionalidad tenía el causante al fallecimiento. Una vez acreditada la nacionalidad, en la mayoría de los casos era necesario recurrir a un abogado o profesional acreditado en el país del que el causante fuese nacional para solicitarle la emisión de un certificado de ley indicando qué personas tenían derecho a la herencia del causante. Generalmente, con esta información, el notario en España podía proceder a la redacción de la correspondiente escritura de declaración de herederos.

Un caso particular y muy recurrente en España era el de la sucesión de nacionales británicos con bienes en España. Este tipo de sucesiones son peculiares, ya que bajo el Derecho internacional privado inglés, es posible que varias legislaciones sean aplicables a una misma herencia. El Derecho inglés divide los bienes que forman parte de la herencia en muebles e inmuebles; los bienes muebles se regirán por el *domicile* del cau-

sante, y los bienes inmuebles por la ley del Estado en el que se encuentren situados. El término *domicile* bajo el Derecho inglés no debe confundirse con el concepto de residencia habitual o domicilio del causante, sino que estaría más cercano a la figura de la vecindad civil, aunque con una serie de matices.

Tomemos como ejemplo el caso de un nacional británico con un *domicile* inglés, titular de un inmueble en Madrid. Supongamos también que el causante está casado, y que tiene hijos fruto de otra unión anterior. En su testamento le lega a su actual mujer la totalidad de la herencia. De acuerdo con las reglas de Derecho internacional privado aplicables en el Derecho inglés, la ley española se aplicará a sus inmuebles españoles y regirá esa parte de su herencia. No obstante, bajo el Derecho español, y en particular de acuerdo con el ya mencionado artículo 9.8 CC, la ley aplicable sería la inglesa. La única alternativa para desenmarañar la situación, lenta y costosa, era la posibilidad de iniciar los procedimientos legales oportunos solicitando el reenvío a la ley española. Antes de entrar a considerar el reenvío, es fundamental tener en cuenta el principio de unidad, que ha sido uno de los pilares fundamentales en los reenvíos en herencias transfronterizas.

El principio de unidad o de universalidad, como su nombre indica, indica que debe aplicarse una sola ley a la sucesión de un individuo. Por ello, para que las autoridades españolas aceptasen el reenvío a la ley española, tenía que darse necesariamente la circunstancia de que, como resultado de aplicar la ley extranjera, la ley española fuese de aplicación a la totalidad de la herencia. En el caso arriba mencionado, hemos hablado de un inglés, con *domicile* inglés: se aplicaría la ley inglesa a sus bienes muebles y la ley española a sus bienes inmuebles radicados en España. Al ser de aplicación dos leyes diferentes a la misma sucesión, sería muy poco probable que el posible procedimiento que los descendientes del causante pudiesen interponer en España prosperase. En otras situaciones, como por ejemplo la del nacional inglés que había adquirido un *domicile* español y únicamente tenía todos bienes inmuebles

en España, los descendientes si pudiesen tener éxito en que se produjese un reenvío a la ley española. No obstante, se trataba de casos que en muchas circunstancias llegaban al Tribunal Supremo, con los correspondientes riesgos, retrasos y elevados costes legales. No obstante, es importante mencionar la reticencia de aplicar ley española a la sucesión de un no nacional.

2. Situación posterior a la entrada en vigor del Reglamento Sucesorio

El Reglamento fue ratificado por todos los Estados miembros de la Unión Europea con la excepción de Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, e introduce una serie de cambios importantes y novedosos:

- La ley aplicable por defecto a la sucesión de un individuo será la de la residencia habitual del causante en el momento de su fallecimiento.
- La posibilidad de elección de la ley aplicable a la sucesión, únicamente a la ley nacional del causante.
- La creación de un certificado sucesorio europeo. Este certificado viene a sustituir una serie de formalidades en cada Estado miembro. La idea es que el certificado pueda circular entre los estados miembros del Reglamento sin dificultad.

2.1. Ley aplicable: residencia habitual del causante

El artículo 21 del Reglamento establece que la sucesión de un individuo se regirá por la ley de su residencia habitual al tiempo de su fallecimiento, por lo que se produce un claro distanciamiento del antiguo criterio de nacionalidad. Uno de los problemas que presenta el Reglamento Sucesorio es que no se incluye una definición de residencia habitual. En muchos casos será posible identificar la residencia habitual o centro de interés de un individuo sin dificultad. No obstante, existirán otros casos

de mayor complejidad en los que será más difícil establecer la residencia habitual de una persona como, por ejemplo, el de causantes que reparten su tiempo, conexiones e intereses de igual manera entre dos o más países. En estas situaciones, lo más probable es que los herederos busquen una solución práctica para llegar a un acuerdo.

2.2. Elección de Ley: Ley de la nacionalidad

El artículo 22 del Reglamento establece la posibilidad de elegir ley aplicable la ley de la nacionalidad del causante. La elección ha de ser por escrito, generalmente en un testamento. Es posible que se produzca una elección tácita cuando se otorga un testamento de acuerdo con las formalidades de la ley de la nacionalidad del testador. No obstante, en caso de que el testador desee hacer una elección a la ley de su nacionalidad, es aconsejable que deje constancia de ello de manera expresa en su testamento.

2.3. El reenvío y el Reglamento Sucesorio

El artículo 34 del Reglamento prevé la aplicación de la ley de un tercer Estado, entendiéndose como la aplicación de las normas jurídicas vigentes en ese Estado, incluidas sus disposiciones de Derecho internacional privado en la medida en que dichas disposiciones prevean un reenvío a la ley de un Estado miembro o a la ley de un tercer Estado que aplicaría su propia ley sin realizar reenvíos de segundo grado. No obstante, el artículo prevé que no se producirá reenvío alguno en los casos en los que se haya hecho una elección a la ley nacional bajo el artículo 22 del Reglamento (elección que es, en todo caso, a la ley nacional material o sustantiva).

La interacción del reenvío y el Reglamento es muy peculiar, ya que uno de los principios del Reglamento es que una sola ley se aplicará a cada sucesión. No obstante, tanto el Derecho inglés como el Reglamento generan una serie de situaciones interesantes:

- El caso del nacional británico con inmuebles en España que no hace elección a su ley nacional.

Como adelantábamos anteriormente, el derecho inglés se caracteriza por la distinción de la ley aplicable a los bienes muebles (ley del *domicile*) y a los inmuebles (ley del lugar donde estén ubicados). En el caso de que un nacional británico no haga una elección a su ley nacional, como por ejemplo fallecer intestado, se produciría una situación en la cual, a sus bienes españoles, de acuerdo con el Reglamento Sucesorio le sería de aplicación el Derecho español, incluyendo las correspondientes legítimas. Hasta la fecha hay una gran mayoría de notarios y registradores que no aceptan el reenvío a la ley española cuando afecte al principio de unidad y universalidad, una postura cuanto menos cuestionable.

- El caso del nacional británico con inmuebles en España que ha realizado una elección a su ley nacional.

En este caso no se produce reenvío alguno.

- El caso del nacional español residente en Reino Unido con bienes en España al que se le aplica ley inglesa.

He tenido la oportunidad de comprobar de primera mano como un gran número de nacionales españoles con residencia habitual en Reino Unido otorgan testamentos en los que realizan una elección a la ley inglesa, una elección que generalmente se realiza para evitar la aplicación de las legítimas españolas correspondientes. Es de gran importancia mencionar que dicha elección es, en propiedad, contraria al Reglamento, que solo prevé la elección a la ley nacional del causante. La aplicación de la ley inglesa a la sucesión del testador español se estaría haciendo por tanto bajo el artículo 21 del Reglamento (residencia habitual), permitiéndo-

dose el reenvío. De esta manera, a la sucesión (testada o intestada) de un nacional español residente habitual en Inglaterra se aplicarían las siguientes leyes:

- A los bienes muebles, la ley del *domicile del causante*. Un gran número de españoles que residen en Inglaterra lo hacen de manera temporal y desean regresar de manera permanente a España, y además no han roto sus vínculos con España. En este caso estaríamos ante un *domicile of origin* español y a los bienes muebles se les aplicaría la ley española.
- A los bienes inmuebles, la ley del lugar donde se ubiquen. Si existen bienes muebles en Inglaterra y España, serán de aplicación la ley inglesa y la española, respectivamente. Por el momento, al igual que ocurre con el caso de los nacionales británicos a los que se le aplica el reenvío a la ley española, los notarios y registradores son reacios a aceptar dicho reenvío a la ley española por romper la unidad de la sucesión. Será interesante ver como se interpreta el reenvío en el futuro.

2.4. *El Certificado Sucesorio Europeo*

Regulado en el capítulo IV del Reglamento, esta es una de las aportaciones más novedosas del Reglamento, a pesar de que los certificados sucesorios ya venían siendo utilizados en países como Alemania (*Erbschein*). El certificado sucesorio fue implementado con el fin de simplificar y agilizar herencias transfronterizas entre los estados miembros del Reglamento. En dicho documento se reconocen los derechos de los beneficiarios, herederos, y ejecutores testamentarios. El certificado sucesorio podría ser un equivalente a la escritura de declaración de herederos española. La idea es que el certificado circule entre los estados miembros en los que el causante dispusiese de bienes. El certificado no reemplaza formalidades internas, como por ejemplo una escritura de

aceptación de herederos, ni tampoco tiene acceso directo al registro de la propiedad ya que carece de fuerza ejecutiva.

El certificado sucesorio solo puede ser emitido por la autoridad competente del lugar de la última residencia del causante, siempre que sea un Estado que haya ratificado el Reglamento. Solo podrán solicitarlo aquellas personas que tengan un interés legítimo en la herencia, como es el caso de los beneficiarios, legatarios, albaceas, y ejecutores testamentarios, entre otros, quienes deberán acreditar su legitimación para formular dicha solicitud.

En países como España, la autoridad competente para emitir el certificado será el notario. La validez del certificado es de 6 meses, con la posibilidad de ser renovado por otros 6 meses adicionales, siempre y cuando la información contenida en el certificado siga siendo válida. El certificado solo podrá ser utilizado en aquellas herencias en las que haya conexiones entre dos o más estados miembros del Reglamento.

2.5. *Problemática del Certificado Sucesorio Europeo*

Un área conflictiva fue la relativa a los derechos que adquiere el cónyuge viudo de acuerdo con el régimen económico matrimonial. El certificado incluye un apartado relativo al régimen económico matrimonial y a las capitulaciones matrimoniales, pero no recoge qué derechos adquiere el cónyuge viudo fruto del régimen económico matrimonial. Por ello se planteó la cuestión de si los derechos del cónyuge viudo de acuerdo con el régimen económico de su matrimonio era un aspecto perteneciente a la esfera del Derecho de familia o del Derecho sucesorio.

En 2017, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se manifestó al respecto en la sentencia *Manhkopf*. La señora *Manhkopf* estaba casada bajo un régimen alemán de su participación, y al fallecimiento de su esposo solicitó en Alemania que se le emitiese un Certificado Sucesorio Europeo para poder gestionar la herencia de su marido en Suecia. Las

autoridades competentes alemanas se negaron, ya que aducían que, de acuerdo con la jurisprudencia alemana, las atribuciones de un régimen económico matrimonial eran un asunto puramente de Derecho interno alemán. La señora Mahnkopf apeló y finalmente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunció confirmando que los derechos del cónyuge viudo de acuerdo con su régimen económico matrimonial están bajo la esfera del Derecho sucesorio, y no del Derecho de familia. Esta sentencia pone de relieve la importancia que tiene el Certificado Sucesorio Europeo dentro del Reglamento Sucesorio.

Otro aspecto importante a tener en cuenta es la ausencia de un registro central de certificados sucesorios, lo que plantea la duda de si se podría dar la circunstancia de que certificados contradictorios relativos a una misma herencia estuviesen circulando simultáneamente.

2.6. Testamentos, la existencia de dos o más testamentos sobre una misma herencia

Hasta la entrada en vigor del Reglamento en 2015, era práctica habitual que los nacionales extranjeros con bienes en España y en otras jurisdicciones, como la de su país de origen, otorgasen un testamento separado para sus bienes situados en España, y otro para los bienes en su país de origen. Esta práctica hacía que no solo se pudiese gestionar la herencia en ambas jurisdicciones de manera simultánea, sino que también conllevaba un considerable ahorro en costes legales. Es importante tener en cuenta que, en ciertas jurisdicciones, como la inglesa, es necesario advenir el testamento mediante un procedimiento judicial, lo que conlleva tiempo y gastos.

A raíz de la entrada en vigor del Reglamento Sucesorio, la Dirección General de Registros y del Notariado emitió en 2016 dos resoluciones que fueron gravemente criticadas.

La primera, del 11 de mayo, indicaba que tener más de un testamento para la misma sucesión era incompatible con los principios del Reglamento Sucesorio; y la segunda, de 16 de junio, concluía que tener más de un testamento para la misma sucesión es contrario al principio de unidad (de ley). Es importante mencionar que el Reglamento en ningún momento hace mención alguna a la necesidad de otorgar un solo testamento o la prohibición de otorgar más de uno.

Posteriormente, los registradores involucrados en aquellas sucesiones en las que el testamento del causante se refería únicamente a los bienes situados en España, solicitaban la aportación de un certificado del registro de últimas voluntades del país de donde el causante era nacional. Esta situación fue especialmente problemática en aquellas jurisdicciones en las que no existe dicho registro, como es el caso de Inglaterra y Gales. Finalmente, los registradores suavizaron su postura, aceptando que en el caso que no existiese tal registro, los notarios hiciesen mención de tal circunstancia en la correspondiente escritura de aceptación de herencia.

Autor: Álvaro Aznar Azcárate

(Abogado español y solicitador inglés.

Miembro de STEP (TEP), miembro del Comité Ejecutivo de Herencias Transfronterizas de STEP. Presidente de British Spanish Law Association).

SUMISIÓN EXPRESA

La figura procesal de la sumisión consiste en la posibilidad de que las partes de un proceso civil elijan, de común acuerdo, ya sea expresa o tácitamente, y siempre y cuando la materia sobre la que verse el litigio no esté sujeta a un fuero exclusivo, a los tribunales de un determinado territorio como los competentes para conocer de dicho litigio.

Es una figura que se utiliza, fundamentalmente, en el marco del proceso civil, viniendo a configurar una de las reglas de la competencia territorial,

por ser este el único campo en el que es posible su aplicación por la voluntad de las partes, dado el carácter imperativo e inderogable de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o competencia funcional.

Por otro lado, con las cláusulas de sumisión expresa, las partes saben, desde el momento inicial del negocio comercial que van a suscribir, qué tribunales estatales serán competentes en caso de litigio y, en la contratación internacional, permiten a las partes concentrar distintos litigios ante el mismo tribunal, lo que ahorra costes a los particulares implicados. De este modo, las cláusulas de elección de foro o «cláusulas de jurisdicción» son un seguro frente al *forum shopping* y, en general, frente a la incertidumbre jurídica. Como se puede apreciar, se trata de una figura procesal de especial interés para el Derecho internacional privado y la cual ha sido tratada en el ámbito del Derecho de la Unión Europea, como veremos.

1. Normativa aplicable

En el ordenamiento jurídico español, las reglas o fueros (o foros) de determinación de la competencia territorial de los tribunales españoles frente a otros Estados, se recoge en los artículos 21 a 22 nomies de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), siguiendo los criterios de: fueros imperativos o exclusivos, fueros dispositivos, fuero general (domicilio del demandado) y fuero de la autonomía de la voluntad (sumisión) (artículo 22.bis, párrafo 2 LOPJ).

En el marco Europeo, la regulación de los fueros de competencia internacional se encuentra recogidos en el Reglamento Bruselas I Bis (Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil), que sigue los criterios de: 1.º foros exclusivos; 2.º sumisión tácita;

3.º sumisión expresa; 4.º foro general; y 5.º foros especiales o por conexión procesal.

En concreto la sumisión expresa se regula en el artículo 25 del Reglamento de Bruselas I-bis que fomenta los intercambios comerciales en el seno de la Unión Europea; en el artículo 23 del Convenio de Lugano (se aplica cuando el domicilio del demandado se encuentre en Suiza, Noruega o Islandia que no pertenecen a la Unión Europea); y en el artículo 22 bis LOPJ. En su caso, también habrán de tenerse en cuenta los posibles convenios bilaterales que contengan reglas al respecto y los convenios multilaterales en materias particulares que prevalecen sobre el Reglamento Bruselas I bis.

2. Concepto y requisitos

La figura de la sumisión se materializa de forma expresa o tácita.

2.1. Aproximación a la sumisión expresa

La sumisión expresa se produce cuando las partes pactan, a través de un acuerdo, atribuir a unos tribunales determinados, el conocimiento de ciertas o todas las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual (artículo 25 Reglamento Bruselas I-bis y 22 bis, párrafo 2 LOPJ).

Es válido el acuerdo que incluya una cláusula de sumisión a favor de los tribunales de una ciudad determinada de un Estado, sin especificar el tribunal territorialmente competente, que se determinaría conforme a las reglas de competencia interna (por ejemplo, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE, de 7 de junio de 2016, as. C222/15, República de Polonia vs. Comisión Europea), pero, en cambio, no una cláusula que dejase a una de las partes, o a ambas, la facultad de escoger cualquier tribunal, por su falta de determinabilidad, ya que el acuerdo

debe recoger concretamente y con precisión la circunscripción a cuyos tribunales se someten (véase a modo de ejemplo, Sentencias del Tribunal Supremo 24/04/98; 12/12/97; 19/02/93; 02/04/92; 17/06/92; 22/06/90; 18/06/90).

Conforme al artículo 25 del Reglamento Bruselas I bis, este acuerdo entre las partes implica que el órgano jurisdiccional elegido será competente a menos que el acuerdo sea nulo de pleno derecho, en cuanto a su validez material, según el Derecho de dicho Estado miembro. Esta competencia será exclusiva, salvo pacto en contrario entre las partes.

El acuerdo atributivo de competencia deberá celebrarse:

- a) Por escrito o verbalmente con confirmación escrita.
El término acuerdo debe ser objeto de una interpretación autónoma (TJUE As. C-214/89; C-543/10) y debe expresar, de forma inequívoca, una voluntad común de las partes de someter sus litigios a unos determinados tribunales (TJUE As. 24/76, C-106/95 o C-322/14),
- b) en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tengan establecido entre ellas, o
- c) en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conozcan o deban conocer y que, en dicho comercio, sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado (véase, a modo de ejemplo, TJUE As. C-106/95, C-159/97 o C-366/13 y Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 18 de noviembre de 2010)

Continúa el artículo 25 determinando que se considerará hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del acuerdo. El órgano jurisdiccional o los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro a los que el documento constitutivo de un *trust* haya atribuido competencia serán exclusiva-

mente competentes para conocer de una acción contra el fundador, el *trustee* o el beneficiario de un *trust* si se trata de relaciones entre estas personas o de sus derechos u obligaciones en el marco del *trust*.

No surtirán efecto los acuerdos atributivos de competencia ni las estipulaciones similares de documentos constitutivos de un *trust* si son contrarios a las disposiciones de los artículos 15, 19 o 23 (el Reglamento ha establecido reglas especiales basadas en la protección de una de las partes en el contrato en tres sectores concretos: contratos de consumo, contratos de seguro y contrato individual de trabajo. Esta decisión requiere además evitar que mediante cláusulas de elección de foro la parte tutelada se vea privada de los foros de competencia de que dispone conforme a las reglas generales) o si excluyen la competencia de órganos jurisdiccionales exclusivamente competentes en virtud del artículo 24.5, todos del Reglamento Bruselas I bis.

Por tanto, los límites más importantes de la autonomía de la voluntad radican, por un lado, en el respeto a los fueros exclusivos y, por otro, en el respeto a los particulares límites impuestos por los foros de protección, en el caso de la sumisión expresa, cuando las cláusulas pretendan hacerse valer en este ámbito (los foros por conexidad procesal del artículo 8 no son un límite a las cláusulas de jurisdicción (véase, entre otras, STJUE de 21 de mayo de 2015, as. C-352/13, *Cartel Damage Claims, Hydrogen Peroxide SA vs. Akzo Nobel NV, Solvay SA/NV, Kemira Oyj y FMC Foret, S.A.*).

Además, el Reglamento también establece que un acuerdo atributivo de competencia que forme parte de un contrato será considerado como un acuerdo independiente de las demás cláusulas del contrato. La validez del acuerdo atributivo de competencia no podrá ser impugnada por la sola razón de la invalidez del contrato.

En resumen, tres son los grupos de requisitos que debe reunir la sumisión expresa para tener validez plena (siguiendo a A. L. CALVO CARA-

VACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, en *Derecho internacional privado*, vol. I, 16.^a ed., Ed. Comares, Granada, 2016).

2.2. *Requisitos de validez procesal*

2.2.1. *Los requisitos de validez procesal podemos ordenarlos de la siguiente manera:*

1. Que exista un acuerdo atributivo de competencia, un pacto entre las partes en cuya virtud se designan los tribunales competentes para conocer de los litigios que hayan surgido o puedan surgir entre tales partes.
2. Que se elijan como competentes los tribunales de un Estado miembro.
3. Que el litigio al que se refiere el acuerdo afecte a una «situación internacional».
4. Que el asunto sometido pertenezca a materia «contenciosa» y no de «jurisdicción voluntaria».
5. Que el acuerdo no afecte a materias que son objeto de las competencias exclusivas de tribunales de los Estados miembros.
6. Que el acuerdo expreso de sumisión se refiera a los litigios nacidos o que pudieran nacer con ocasión de una determinada y concreta relación jurídica.

2.2.2. *Requisitos de validez formal*

Podemos citar los siguientes:

1. Acuerdo celebrado por escrito o verbalmente con confirmación escrita.
2. Acuerdo que se ajuste formalmente a los hábitos que las partes tengan establecido entre ellas, o en el comercio internacional o en una forma conforme a los usos que las partes conozcan o deban conocer y que, en dicho comercio, sean ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado.

2.2.3. *Requisitos de validez sustancial*

Son los requisitos relativos a la capacidad de las partes y al consentimiento de las mismas para pactar la sumisión a los tribunales de un Estado miembro. Se rigen por la Ley del Estado miembro cuyos tribunales han sido elegidos por las partes de modo exclusivo, incluidas sus normas de conflicto de leyes. Esta validez material del acuerdo se determina bajo la ley material aplicable de conformidad con las normas de conflicto del foro designado en la cláusula. Lo razonable y habitual es aplicar la ley designada por el Reglamento Roma I.

3. *Cláusulas abusivas*

La figura de la cláusula abusiva en los contratos de adhesión puede quebrar el espíritu que preside la celebración del pacto de sumisión expresa.

La necesidad de que el tráfico económico se desarrolle minimizando los costes de la contratación y con la celeridad que requiere el intercambio de bienes y servicios, para que este sea eficaz, es lo que ha llevado a que la contratación en la actualidad se desarrolle mediante condiciones ge-

nerales. En esta forma de contratación el consumidor o adherente únicamente puede optar, o bien por aceptar de forma íntegra la totalidad del clausulado impuesto por el empresario o bien por rechazarlo y privarse de la prestación del servicio o de la adquisición de los bienes. En principio, esta circunstancia no plantea por sí misma controversia alguna, el problema surge cuando en los contratos de adhesión los interesados no negocian dicha cláusula de sumisión expresa dado que esta es consecuencia de la imposición de la parte fuerte del contrato

Según reiterada jurisprudencia, el sistema de protección establecido por la Directiva 93/13, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores (modificada por la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores), que se traduce en nuestro Derecho español a través de la Ley 7/98 de 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación, se basa en la idea de que el consumidor se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, situación que le lleva a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en su contenido (véase a modo de ejemplo, la sentencia de 3 de junio de 2010, Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid, C-484/08, EU:C:2010:309).

Habida cuenta de esta situación de inferioridad, la Directiva 93/13 obliga a los Estados miembros a establecer un mecanismo que asegure que toda cláusula contractual no negociada individualmente pueda ser controlada para apreciar su eventual carácter abusivo. Le compete al juez nacional, atendiendo a los criterios enunciados en el artículo 3, apartado 1, y en el artículo 5 de la Directiva 93/13, determinar si, dadas las circunstancias propias del caso concreto, esa cláusula cumple las exigencias de buena fe, equilibrio y transparencia establecidas por esta Directiva (véanse, en este sentido, las sentencias de 21 de marzo de 2013, RWE Vertrieb, C-92/11, EU:C:2013:180, apartados 42 a 48, y de 30 de abril

de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 40).

En este contexto, debe recordarse en primer lugar que, con arreglo al artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13, incumbe a los órganos jurisdiccionales remitentes abstenerse de aplicar las cláusulas abusivas con el fin de que no produzcan efectos vinculantes para el consumidor, salvo si el consumidor se opone a ello (véanse, en este sentido, las sentencias de 4 de junio de 2009, Pannon GSM, C-243/08, EU:C:2009:350, apartado 35, y de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 65).

En segundo lugar, y continuando con la jurisprudencia del TJUE, cuando el juez nacional declara la nulidad de una cláusula abusiva contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una norma de Derecho nacional que permite al juez nacional integrar dicho contrato modificando el contenido de esa cláusula (sentencias de 14 de junio de 2012, Banco Español de Crédito, C-618/10, EU:C:2012:349, apartado 73, y de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartado 77), ya que esta disposición pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas, y no anular todos los contratos que contengan cláusulas abusivas (véase, en este sentido, la sentencia de 30 de abril de 2014, Kásler y Káslerné Rábai, C-26/13, EU:C:2014:282, apartados 81 y 82).

A modo de resumen, la STJUE de 4 de junio de 2009 dispone que «el juez nacional deberá examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios para ello. Cuando considere que tal cláusula es abusiva se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone. Esta

obligación incumbe asimismo al juez nacional en el momento de la apreciación de su propia competencia territorial».

*Autora: Marta Gisbert Pomata
(Profesora propia agregada de Derecho Procesal,
Universidad Pontificia Comillas)*

SUMISIÓN TÁCITA

La figura procesal de la sumisión consiste en la posibilidad de que las partes de un proceso civil elijan, de común acuerdo, ya sea expresa o tácitamente, y siempre y cuando la materia sobre la que versa el litigio no esté sujeta a un fuero exclusivo, a los Tribunales de un determinado territorio como los competentes para conocer de dicho litigio.

Es una figura que se utiliza, fundamentalmente, en el marco del proceso civil, viniendo a configurar una de las reglas de la competencia territorial, por ser este el único campo en el que es posible su aplicación por la voluntad de las partes, dado el carácter imperativo e inderogable de las normas sobre jurisdicción y competencia objetiva o competencia funcional. Asimismo, cabe decir que la sumisión es una institución de carácter que es de una especial importancia para el Derecho internacional privado, tal como queda patente en la legislación estatal, el Derecho internacional convencional y el Derecho de la Unión Europea, como veremos.

1. Normativa aplicable

En el ordenamiento jurídico español, las reglas o fueros (o foros) de determinación de la competencia territorial de los tribunales españoles frente a otros Estados, se recoge en los artículos 21 a 22 nomies de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), siguiendo los criterios de: fueros imperativos o exclusivos, fueros dispositivos,

fuero general (domicilio del demandado) y fuero de la autonomía de la voluntad (sumisión) (artículo 22.bis, párrafo 2 LOPJ).

En el marco Europeo, la regulación de los fueros de competencia internacional se encuentra recogidos en el Reglamento Bruselas I Bis (Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil), que sigue los criterios de: 1.º foros exclusivos; 2.º sumisión tácita; 3.º sumisión expresa; 4.º foro general; y 5.º foros especiales o por conexión procesal.

Ha de tenerse en cuenta el Reglamento Bruselas II bis sobre Resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental: competencia, reconocimiento y ejecución, el Reglamento 4/2009 sobre obligaciones alimenticias o el Reglamento 605/2012 sobre sucesiones que conceden un juego limitado a la autonomía de la voluntad y el Convenio de La Haya de 30 de junio de 2005 sobre cláusulas de elección de foro en operaciones comerciales internacionales, que entró en vigor en la UE el 1 de octubre de 2015, y que pretende consagrar la validez y eficacia de estas cláusulas a nivel mundial. El régimen de validez y eficacia de los acuerdos de elección de fuero es equiparable al del Reglamento Bruselas I bis, aunque más estricto en cuanto a las condiciones de forma. Las relaciones entre ambos textos están reguladas en el artículo 26 del Convenio. En principio, si los tribunales elegidos son los de un Estado miembro prevalece la aplicación del Reglamento Bruselas I bis, salvo que una parte tenga su domicilio en un Estado parte del Convenio, pero no miembro de la UE. Ahora bien, mientras no lo ratifiquen un elevado número de Estados, su aplicación es muy limitada.

En concreto, en el Derecho español, el régimen de sumisión tácita, como criterio de atribución de competencia judicial internacional a los tribunales españoles, está previsto en el artículo 26 del citado Reglamento Bruselas I bis, en el artículo 24 del Convenio de Lugano (Deci-

sión 2009/430/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2008 sobre la celebración del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L 147 de 10.6.2009, pp. 1-4), y en el artículo 22 bis de la citada LOPJ.

Aunque son normas de contenido coincidente, desde la perspectiva de los tribunales españoles, el Reglamento Bruselas I bis es formalmente aplicable si estamos en su ámbito de aplicación material (artículo 1) y el demandado tiene su domicilio en un Estado miembro.

En el caso del Convenio de Lugano, este se aplica cuando el domicilio del demandado se encuentre en Suiza, Noruega o Islandia (este Convenio lo elaboró la Unión Europea para que fuese aplicable en relación con estos tres países europeos que no forman parte de la UE).

Finalmente, la LOPJ será aplicable en los demás casos, aunque siempre deben tenerse en cuenta los posibles convenios bilaterales o multilaterales que contengan reglas aplicables en esta materia.

2. *Concepto y requisitos*

La figura de la sumisión se materializa de forma expresa o tácita.

Mientras que la sumisión expresa se produce cuando las partes pactan atribuir a unos tribunales determinados el conocimiento de ciertas o todas las controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual (artículo 25 RB I bis y 22 bis, párrafo 2 LOPJ), la sumisión tácita se considera que es una manifestación más de la autonomía de la voluntad en tanto que opera cuando se dan determinados comportamientos procesales en las partes de un proceso:

- a) En el caso del actor o demandante, por el mero hecho de la presentación de la demanda ante un tribunal de un Estado determinado, que revela su voluntad inequívoca de querer litigar ante él. Ahora bien, no equivale a sumisión tácita, por parte del demandante, la solicitud de medidas cautelares *ante causam*, ni el hecho de instar un expediente de jurisdicción voluntaria, ni la solicitud de práctica anticipada de prueba.
- b) En el caso del demandado, si comparece ante este tribunal sin impugnar la competencia judicial internacional de dicho tribunal. En cuya situación el órgano jurisdiccional ante el que se ha planteado la demanda debe declararse competente. Este criterio opera también para el actor en los supuestos de reconvencción o compensación (STJCE 7 marzo 1985, as. 48/84, Spitzley vs. Sommer, Reucel).

Por tanto, la sumisión tácita por parte del demandado se deriva de que se produzcan dos requisitos: su comparecencia y la no impugnación de la competencia judicial elegida por el demandante.

La comparecencia del demandado consiste en manifestar al tribunal su voluntad de tomar parte en el proceso y, salvo que contravengan al Reglamento, las condiciones procedimentales en las que el demandado puede y debe personarse en el proceso las determina el Derecho nacional. En este sentido, es preciso, por tanto, que la parte demandada comparezca y manifieste su voluntad de querer litigar ante el tribunal en cuestión (SAP Barcelona 27 enero 2016).

Y en relación con la no impugnación de la competencia judicial del tribunal elegido por el demandante, esto se produce por el hecho de que realice cualquier acto procesal que no sea utilizar los cauces procedimentales adecuados para manifestar que impugna la misma. Estos cauces procesales son marcados por el Derecho nacional y por una regla uniforme derivada del Reglamento.

El único límite al contenido del artículo 26 del Reglamento son las competencias exclusivas. Dice así: «Con independencia de los casos en los que su competencia resulte de otras disposiciones del presente Reglamento, será competente el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que comparezca el demandado. Esta regla no será de aplicación si la comparecencia tiene por objeto impugnar la competencia o si existe otra jurisdicción exclusivamente competente en virtud del artículo 24». Por tanto, la sumisión tácita prevalece sobre el resto de los criterios de atribución mencionados, tales como el domicilio del demandado, los foros de protección o la propia sumisión expresa anterior al proceso sea a favor de los tribunales de otro Estado miembro o de un tercer Estado (STJUE 17 marzo 2016, as. C-175/15, Taser International Inc. vs. SC Gate 4, Business SRL, Cristian Mircea Anastasiu; o STJUE 24 junio 1981, C-150/80).

De este modo, las partes, cualquiera que sea el Estado de su domicilio, e incluso aunque ninguna tenga su domicilio en un Estado miembro (STJCE 13 julio 2000, C-412/98, Group Josi), pueden «prorrogar» la competencia judicial internacional de órganos jurisdiccionales que, inicialmente, carecían de la misma porque ninguno de los demás foros del Reglamento se la atribuía (STJUE 7 marzo 2016, C-175/15, Taser International).

El Tribunal de Justicia de la UE ha señalado expresamente que no se entiende que haya sumisión tácita si el demandado impugna la competencia y, además, subsidiariamente, contesta el fondo del asunto, siempre que nos encontremos en el primer momento fijado por el Derecho procesal nacional para interponer la excepción (STJCE 24 junio 1981, as. 150/80, Elefanten Schuh vs. Jacquain, Recueil, 1981, pp.1671-1700).

Tampoco se entiende por sumisión tácita actos como: la petición de una prórroga de los plazos para contestar a la demanda, la impugnación de la competencia formulada en el primer acto de oposición posible, aunque con carácter subsidiario a otras excepciones procesales, por ejemplo,

una notificación defectuosa de la demanda (STJUE 13 de julio de 2017, as. C-433/16, Bayerische Motoren Werke AG vs. Acacia Srl.), o la oposición a las medidas cautelares *ante causam* solicitadas por el demandante, o la oposición al requerimiento europeo de pago planteada en un proceso monitorio, incluso aunque vaya acompañada de alegaciones sobre el fondo (STJUE 13 junio 2013, as. C-144/12, Goldbet Sportwetten GmbH vs. Massimo Sperindeo).

Y también el TJUE ha precisado que no equivale a sumisión tácita del demandado la comparecencia de un «representante por ausencia» designado conforme al Derecho nacional para un demandado al que no se ha notificado el escrito de demanda por carecer de lugar de residencia conocido, (STJUE 11 septiembre 2014, as. C-112/13, A vs. B y otros). Para que exista una comparecencia del demandado, es preciso que este tenga un conocimiento veraz del procedimiento judicial iniciado en su contra. Un «representante del demandado» nombrado por el tribunal y que, por tanto, no tiene poderes otorgados por dicho demandado, hace difícil entender que este ha tenido conocimiento del proceso y, por ello, no ha podido someterse voluntariamente al tribunal.

Por el contrario, si es sumisión tácita, manifestar dicha voluntad mediante allanamiento (A de la Audiencia Provincial de Huelva de 27 julio 2017, JUR 2017\239356).

En el Derecho procesal español, conforme a la LOPJ (artículo 22 bis) y a la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 63 a 65) (LEC), la impugnación de la competencia solo puede hacerse planteando un incidente de declinatoria en tiempo y forma. Si se contesta a la demanda se produce la sumisión tácita (Véase, por ejemplo, Juzgado de lo Mercantil n.º 6 de Madrid, Auto de 23 abril 2019, JUR 2019\136573). Es más, en principio, salvo materias indisponibles, este fuero de sumisión no encuentra limitaciones materiales, prevalece, incluso, sobre las competencias exclusivas de terceros Estados, siempre y cuando España no haya firmado un convenio o tratado en virtud del cual el asunto se encuentre atribuido

con carácter exclusivo a la jurisdicción de ese otro Estado y permita aplicar el artículo 36.2.2. LEC.

Debe quedar claro, que las partes otorgan, a través de la sumisión tácita, competencia Internacional a los órganos de un Estado determinado, pero no a un órgano judicial concreto de ese Estado. El artículo 26.1 del Reglamento es una norma «pura de competencia judicial internacional» y, por tanto, serán las normas internas de dicho Estado las que se apliquen para delimitar que concreto órgano judicial tiene la competencia territorial para ese caso.

Por otro lado, en los supuestos que recogen los fueros de protección (consumidor, asegurado o trabajador), si comparece como demandado ante el tribunal escogido por su contraparte y no impugna la competencia, ese tribunal se deberá declarar competente (véase, a modo de ejemplo, STJUE 20 mayo 2010, as. C-111/09, Vienna Insurance Group vs. Michal Bilas, que recoge un litigio sobre seguros y el auto de la Audiencia Provincial de Madrid, de 9 de junio de 2003 (JUR 2003\247093) en un supuesto de consumidores). Si bien, el 26.2 del Reglamento, que se introdujo como novedad en el Reglamento de Bruselas I bis, indica que en esos casos, se obliga al juez a una conducta: asegurarse que el demandado se ha informado de su derecho a impugnar la competencia del órgano jurisdiccional y de las consecuencias de comparecer o no. Dice así: «En las materias contempladas en las secciones 3, 4 o 5, si el demandado es el tomador del seguro, el asegurado, un beneficiario del contrato de seguro, la persona perjudicada, el consumidor o el trabajador, el órgano jurisdiccional se asegurará, antes de asumir la competencia en virtud del apartado 1, de que se ha informado al demandado de su derecho a impugnar la competencia del órgano jurisdiccional y de las consecuencias de comparecer o no». Por tanto hay una exigencia, que además recae sobre el juez cumplirla, de comprobar que el demandado que se somete tácitamente a una jurisdicción es consciente de las consecuencias de su actuación procesal.

Es más, la jurisprudencia aboga por dar siempre al demandado esta posibilidad. En el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 27 de junio de 2012 (JUR 2012\265467), se dice: «En efecto, conforme a las previsiones que hemos citado hasta el momento, debe procederse al emplazamiento de la parte demandada en un litigio quien, en el caso de que en la relación por ella habida con la parte actora en la litis hubieran convenido entre ellas la sumisión a un tribunal de otro Estado miembro, podrá bien personarse y contestar a la demanda, sometiéndose así tácitamente a la jurisdicción española, o bien puede que se persone en el procedimiento a los efectos de plantear la declinatoria de jurisdicción, en cuyo caso el tribunal español debe decidir sobre la misma y analizar si procede a la vista del pacto de sumisión que se le alegue, o bien puede que este demandado decida no personarse en el procedimiento siendo entonces declarado en rebeldía en cuyo caso, de oficio, el Juzgado o Tribunal debe analizar su competencia a los efectos previstos en el Art. 36.2.3».

*Autora: Marta Gisbert Pomata
(Profesora Propia Agregada de Derecho Procesal
Universidad Pontificia Comillas)*

SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES

Para dar una definición de lo que se conoce en terminología inglesa como *legal kidnapping*, se puede acudir a la normativa reguladora del secuestro internacional de menores que lo refieren como el traslado ilícito de un menor de un país a otro con infracción de la normativa legal aplicable. Las modalidades de sustracción son muy variadas, desde el traslado ilícito por parte del progenitor divorciado que goza del derecho de visita a un Estado donde pretende legalizar su secuestro a través de la solicitud de la custodia en el nuevo país, hasta el traslado ilícito realizado por el progenitor que tiene la custodia a otro Estado, donde se impide el ejercicio de la custodia o del régimen de visitas del otro progenitor. La normativa más eficaz para luchar contra este problema se encuentra en los instrumentos internacionales multilaterales, que son los siguientes:

1. El Reglamento 2019/1111, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida).
2. El Convenio Europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, hecho en Luxemburgo el 20 de mayo de 1980, que cuenta a día de hoy con 37 Estados miembros.
3. El Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980, y del que forman parte actualmente 103 Estados.

1. Convenio de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980

El Convenio de Luxemburgo persigue resolver la sustracción internacional de menores a través del reconocimiento y ejecución de las resoluciones relativas a la custodia. Por resolución relativa a la custodia debe entenderse, de conformidad con el artículo 1.c) del Convenio, cualquier resolución de una autoridad, en la medida en que se refiera al cuidado de la persona del menor (incluido el derecho de fijar su residencia), así como al derecho de visita. En cualquier caso, para que el Convenio de Luxemburgo se aplique serán necesarios los siguientes requisitos:

- Secuestro de un menor: que el sujeto secuestrado sea un menor, entendiéndose por tal, de conformidad con el artículo 1.a) del convenio, una persona, cualquiera que sea su nacionalidad, siempre que su edad sea inferior a los dieciséis años.
- Traslado ilícito: que se produzca un traslado ilícito. Esta expresión se define, según el artículo 1.d) del convenio, como el traslado de un menor a través de una frontera internacional, con in-

fracción de una resolución relativa a su custodia dictada en un Estado contratante y ejecutoria en dicho Estado.

El funcionamiento del convenio se organiza a través de distintos tipos de *exequatur*, que tratan de limitar los supuestos por los que puede denegarse el reconocimiento y ejecución de la resolución extranjera y, por lo tanto, el restablecimiento de la custodia de los menores. En concreto, se distinguen tres modalidades de restitución del menor, basadas en procedimientos de *exequatur* donde no se establecen causas de denegación o se contemplan pocas o algunas más, y que son las siguientes:

- Restitución inmediata: prevista en el artículo 8 del convenio, donde se contempla la restitución inmediata del menor, sin que se pueda oponer ninguno de los motivos de denegación previstos en el convenio, y siempre que se dé alguno de los siguientes casos:
 1. Cuando los padres y el menor tienen la nacionalidad del Estado de origen de la decisión y, además, el menor tiene en dicho Estado su residencia; todo ello unido a la necesidad de que la restitución sea solicitada dentro del plazo de seis meses a partir del traslado ilícito.
 2. Cuando exista un acuerdo entre un sujeto que ostente la custodia del menor y otra persona, por el que se concede a esta un derecho de visita y al expirar el período convenido no se produce la restitución a quien tiene la custodia, siempre que la solicitud de restitución se entable dentro de los seis meses a partir del traslado ilícito.
- Restitución abreviada: se contempla en el artículo 9 del convenio y permite denegar el reconocimiento y la ejecución por las causas tasadas en dicho precepto, siempre que se solicite la restitución

dentro de los seis meses a partir del traslado ilícito y se esté ante casos distintos de los previstos en el artículo 8.

- Restitución reforzada: se recoge en el artículo 10 del convenio, para los casos distintos de los mencionados en los artículos 8 y 9 del convenio. Lo que establece es la posibilidad de denegar el reconocimiento y ejecución, no solo por los motivos previstos en el artículo 9, sino también por las causas establecidas en el artículo 10.

2. *Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980*

El convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, hecho en La Haya el 25 de octubre de 1980, persigue dos objetivos, de conformidad con el artículo 1 del convenio:

1. Garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante.
2. Velar porque los derechos de custodia y de visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes.

La aplicación *ratione personae* del convenio, según el artículo 4, exige que el sujeto secuestrado sea un menor que haya tenido su residencia habitual en un Estado contratante inmediatamente antes de la infracción de los derechos de custodia o de visita. El convenio dejará de aplicarse cuando el menor alcance la edad de dieciséis años. Por lo tanto, si el menor se encontraba en un Estado que no era el de su residencia habitual y es trasladado ilícitamente al Estado de su residencia, el convenio no sería aplicable. El Convenio se basa en una acción directa de restitución internacional del menor, que puede ser interpuesta en dos supuestos diferentes, que se exponen a continuación:

- Traslado ilícito inferior a un año: el artículo 12.1 del convenio se refiere a este caso, que se resuelve con la restitución inmediata del menor. Ahora bien, el artículo 13 permite a la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido que paralice la restitución, si se demuestra la presencia de alguna de las siguientes causas de denegación:

1. Que la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no hubiera ejercido de modo efectivo el derecho de custodia en el momento de la retención o traslado ilícito, así como en el caso de haber consentido o posteriormente aceptado dicha situación.
2. Si la restitución pone al menor en un grave riesgo de daño físico o psíquico o en una situación intolerable.
3. También cuando el menor se oponga a su restitución, siempre que haya alcanzado una edad y un grado de madurez apropiados.

Por su parte, el artículo 20 del convenio añade otra causa de denegación de la restitución: cuando no lo permitan los principios fundamentales del Estado requerido en materia de protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

- Traslado ilícito superior a un año: el artículo 12.2 del convenio alude a la restitución del menor después de la expiración del plazo de un año, ordenando que se proceda a la devolución del menor, salvo que se aprecie la presencia de las causas de denegación expuestas anteriormente y recogidas en los artículos 13 y 20 del convenio, así como cuando quede demostrado que el menor ha quedado integrado en su nuevo medio.

3. *Reglamento 2019/1111 de 25 de junio de 2019 (RBII ter)*

El RBII *ter* regula el traslado o retención ilícitos de un menor, siempre que sea desplazado de un Estado miembro a otro Estado miembro distinto y se produzca con infracción de las siguientes medidas previstas en el artículo 2.11) del Reglamento: por un lado, que se haya producido con infracción de un derecho de custodia adquirido por resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, de conformidad con la legislación del Estado miembro en donde el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención. Por otro lado, que este derecho se estuviera ejerciendo, en el momento del traslado o de la retención, de forma efectiva, separado o conjuntamente, o se hubiera ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención.

El reglamento contempla diversos mecanismos para lograr la restitución de menor trasladado ilícitamente, que se basan en una acción directa o en el reconocimiento y ejecución y que están recogidos en los supuestos siguientes:

- Restitución inmediata del menor por aplicación modificada del Convenio de La Haya de 1980: se regula en los artículos 22 a 29 del reglamento y se basa en la utilización del Convenio de La Haya, que contempla una acción directa de restitución, pero con algunas modificaciones previstas en dichos preceptos.
- Litigación sobre la custodia y ejecución directa de la resolución: Se contempla en el artículo 29, párrafos 3 a 6 del reglamento y solo se puede activar tras haber intentado la restitución inmediata por aplicación modificada del Convenio de La Haya de 1980, pero sin que se haya conseguido el retorno del menor. Como consecuencia, se puede instar ante los Tribunales del Estado miembro en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado ilícito, la custodia sobre el mismo. En

el supuesto de conseguirla, se puede solicitar la ejecución directa de la resolución en el Estado miembro donde se encuentra el menor, de conformidad con el artículo 42.1.b) del Reglamento. Dicha resolución se ejecuta sin necesidad de *exequatur* en el Estado miembro en el que se encuentra el menor.

- Restitución basada en el reconocimiento y ejecución: en la sección 2.^a, del capítulo IV, del Reglamento, se regula el reconocimiento y ejecución de determinadas resoluciones privilegiadas. En concreto, el artículo 42.1.b) del Reglamento se refiere a las resoluciones que impliquen la restitución del menor. Para conseguirlas, se puede acudir de manera directa, sin necesidad de haber ejercitado la acción de restitución del Convenio de La Haya de 1980, a las autoridades del Estado miembro donde se encontraba la previa residencia del menor. A continuación, se puede obtener la custodia del menor o simplemente solicitar a dichas autoridades que ordenen el regreso del menor al Estado del que fue sustraído. En el caso de lograrse la custodia por el sujeto que tiene la facultad de trasladar al menor desde el Estado miembro donde se encuentra al Estado miembro donde tenía antes su residencia habitual o de ordenarse el regreso del menor, debe instarse la ejecución directa de la resolución sin necesidad de solicitar ningún *exequatur* (artículo 45.1 del RBII *ter*).

4. *Relaciones entre los instrumentos internacionales*

La pluralidad normativa producida por la existencia de diversos instrumentos jurídicos reguladores de la sustracción internacional de menores provoca la necesidad para el operador jurídico de determinar, en cada caso, la regulación aplicable al problema en cuestión. Para resolver las incertidumbres que esta situación provoca deben tenerse en cuenta los criterios siguientes de aplicación:

- Primacía del Reglamento 2019/1111: de conformidad con los artículos 95 y 96 del RBII ter, en las relaciones entre los Estados miembros primará el Reglamento, en las materias reguladas por el mismo, frente al Convenio europeo de 1980 y el de La Haya de 1980. Ahora bien, respecto a este último debe tenerse en cuenta que el propio reglamento recurre a él para conseguir la restitución inmediata del menor a través de la acción directa prevista en dicho convenio, mediante la modificación de sus disposiciones.
- Coexistencia de los convenios de 1980: de conformidad con el artículo 19 del Convenio europeo y con el artículo 34, párrafo segundo, del Convenio de La Haya, cuando ambos instrumentos puedan ser aplicables al mismo tiempo podrá recurrirse indistintamente a uno u otro, así como a los dos a la vez. El objetivo es lograr la restitución del menor trasladado ilícitamente con la norma más favorable para conseguirlo.

5. Convenios bilaterales

Ante la ausencia de un convenio universal que regule el problema de la sustracción internacional de menores, sobre todo para los casos que impliquen a Estados occidentales y de carácter islámico, se ha tratado de resolver esta situación con el recurso a convenios bilaterales. En concreto, el convenio entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de custodia y derecho de visita y devolución de menores, hecho en Madrid el 30 de mayo de 1997, persigue los siguientes objetivos, de conformidad con el artículo 1 del convenio:

1. Garantizar la devolución de los menores desplazados o retenidos, ilegalmente, a uno de los dos Estados contratantes.

2. Hacer que se reconozcan y ejecuten las resoluciones judiciales relativas a la custodia y al derecho de visita, dictadas en uno de los dos Estados contratantes en el territorio del otro Estado.
3. Favorecer el libre ejercicio del derecho de visita en el territorio de ambos Estados.

6. Menor residente en España y trasladado al extranjero

Los casos en los que no puedan aplicarse los instrumentos internacionales reguladores de la sustracción internacional de menores requerirán acudir a las normas de producción internas. Ahora bien, debe advertirse que la regulación interna de los Estados sobre esta cuestión ofrece soluciones poco eficaces, que pueden dejar sin efecto la restitución de un menor que haya sido trasladado o retenido ilícitamente. Cuando se constate que el menor residía en España y ha sido trasladado al extranjero, podrán ponerse en marcha varias estrategias jurídicas para lograr la restitución del niño, que son las siguientes:

- Reclamar en el país de situación del menor: aunque la eficacia de esta medida no podrá reputarse muy efectiva, por cuanto los tribunales extranjeros no suelen favorecer los derechos de los progenitores foráneos.
- Litigar en España y validar extraterritorialmente la resolución en el país donde se encuentre el menor: también en este caso podremos enfrentarnos a la ineficacia de la decisión española en el país extranjero, por cuanto este último supervisará el exequátur de conformidad con sus propias normas internas, lo que supondrá en la mayoría de las veces el recurso al orden público del foro para impedir la ejecutividad de la sentencia extranjera. Esta situación ocurrirá frecuentemente en los países musulmanes, cuando la madre que no profese la fe de Mahoma trate de hacer efectiva

una sentencia extranjera para llevarse a sus hijos a un Estado occidental.

- Accionar la vía penal: para obtener la condena del secuestrador, pero la eficacia de esta medida tampoco será muy efectiva, por cuanto no podrá ejecutarse en el país extranjero que corresponda y la extradición no podrá conseguirse, por el principio de no extradición de nacionales, generalmente admitido en las legislaciones que regulan esta figura.

Cuando todavía el menor no haya sido desplazado al extranjero, pero exista riesgo de sustracción internacional por alguno de los cónyuges o por terceras personas, podrá recurrirse a los artículos 103 y 158.3 del Código Civil, que contemplan la adopción de las siguientes medidas:

- Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.
- Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo, si ya se hubiere expedido.
- Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

7. Menor residente en el extranjero y trasladado a España

Cuando no se den los presupuestos necesarios para la aplicación de las normas internacionales sobre sustracción internacional de menores, habrá de estarse a la regulación de producción interna. Las posibilidades de que prosperen solicitudes de estas características son muy escasas, por cuanto el Derecho articula mecanismos que permiten impedir la eficacia de peticiones extranjeras en base a excepciones fundadas en conceptos amplios, como puede ser el orden público del foro. En cualquier caso, cuando se constata el traslado ilícito a España o la retención ilegal

de un menor que residía en el extranjero, se ponen a disposición de la persona que reclama la vuelta del menor a su anterior situación varias medidas, que se indican a continuación:

- *Exequatur* en España: el progenitor que tenga interés en lograr el retorno del menor a su anterior país de residencia, cuando haya sido trasladado a España, puede intentar obtener una resolución judicial favorable en el extranjero y, posteriormente, hacerla ejecutar en España. Para otorgar validez extraterritorial a la decisión extranjera habrá de estarse a los Convenios internacionales bilaterales firmados entre España y el país de origen del menor, o en su caso, a la normativa interna española que regula esta cuestión.

- Modificación de resoluciones extranjeras: cuando el solicitante del retorno del menor haya obtenido en el extranjero una sentencia favorable a sus intenciones, podrá instar en España un nuevo procedimiento para lograr la modificación de la misma, aportando la resolución judicial extranjera, que deberá haber obtenido previamente su reconocimiento por vía principal o incidental, tal y como señala el artículo 45 de la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil. Para ello los tribunales españoles deberán tener competencia judicial internacional para conocer del litigio y la ley aplicable al fondo de la cuestión será la que aplicó el juez de origen. Aunque en relación con el *ius*, hay otras aproximaciones jurídicas que plantean soluciones diferentes, como la que postula la aplicación de la ley designada por las normas de conflicto del Estado donde se va a modificar la sentencia extranjera o la que se inclina por el recurso sin más a la ley sustantiva española.

*Autora: Lidia Moreno Blesa
(Profesora de Derecho Internacional Privado,
Universidad Complutense de Madrid)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: AZCÁRRAGA MONZONÍS, Carmen y QUINZÁ REDONDO, Pablo. «Sustracción internacional de menores y Convenio de La Haya de 1980. Comentario de la Sentencia de la Audiencia Provincial de las Palmas (Sección 3.ª) n.º 377/2017, de 29 de junio», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2018, vol. 10, n.º 2, pp. 795-801; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. *Derecho internacional privado*, vol. II, 2.ª ed., Tirant lo Blanch, 2022; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier y CASTELLANOS RUIZ, Esperanza. *Derecho de familia internacional*, 3.ª ed., Colex, 2005; GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina. «El traslado lícito de menores: las denominadas *relocation disputes*», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXII, 2010, pp. 51-76; JIMÉNEZ BLANCO, Pilar. *Litigios sobre la custodia y sustracción internacional de menores*, Marcial Pons, Madrid, 2008; LORENTE MARTÍNEZ, Isabel. «Competencia judicial internacional de los tribunales españoles en los casos de sustracción de menores. El trato desigual en situaciones similares», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2019, vol. 11, n.º 1, pp. 825-833; MONGE FERNÁNDEZ, Antonia (dir.). *La sustracción internacional de menores desde una perspectiva multidisciplinar*, Editorial J.B. Bosch, 2019; SABIDO RODRÍGUEZ, Mercedes. «La sustracción de menores en Derecho internacional privado español: algunas novedades que introduce el Reglamento 2201/03», *Anuario de la Facultad de Derecho*, n.º 22, 2004, pp. 307-320.

VOCABLOS CONEXOS: *Legal kidnapping*. Sustracción internacional de menores.

T

TESTAMENTO PROFESIONAL INTERNACIONAL

El testamento profesional o la sucesión *mortis causa* profesional es una figura jurídica que no se ha planteado ni en los textos normativos nacionales ni en convenios y reglamentos internacionales. Existe un vacío normativo y una falta de resolución fáctica ante la muerte o la incapacidad sorpresiva de un profesional y la necesidad de proseguir con su actuación profesional inmediata o urgente para no menoscabar la salud, los derechos, bienes e intereses de sus clientes o pacientes. No es menos importante la falta de revisión en el destino de las informaciones contenidas en los expedientes, que no pocas veces se acaban extraviándose, mientras cuyo acceso puede devenir necesario de manera urgente en estos momentos.

Plantear la existencia de una regulación de testamento profesional acarrea la necesaria regulación jurídica nacional e internacional, desde la perspectiva del Derecho de sucesiones, contractual y fiscal. Y no es menos relevante la gestión administrativa y/o colegial en el caso de profesionales de colegiación obligatoria, puede dar eficacia y eficiencia a la sucesión en la responsabilidad y actuaciones de profesionales de forma urgente, como serían a través de los colegios de profesionales (de la abogacía, de la procuraduría donde exista, de médicos, de notarios, e incluso de economistas y otros profesionales) por medio de mecanismos que la tecnología de hoy hace posible (ver artículo «El testamento profesional» presentado por mí y ganador del Premio a las Nuevas ideas 2014 ante el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona).

1. *Definición*

Un testamento profesional sería el acto declarativo por el cual el testador manifiesta su última voluntad respecto al destino de cuantos bienes, derechos y obligaciones le correspondan en su cualidad de profesional, una vez fallecido. Ello implicaría necesariamente para su validez la sumisión a ciertos requisitos de forma y de fondo admitidos o exigidos por la Ley aplicable a la sucesión *mortis causa* y, en el caso de tener índole internacional, por los convenios y reglamentos internacionales que determinen la ley aplicable, y otras disposiciones normativas necesarias.

Así podríamos citar, a modo de ejemplo, del Derecho europeo, el Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo, o del Derecho internacional, el Convenio sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, hecho en La Haya el 5 de octubre del 1961, o el Convenio suprimiendo la exigencia de la legalización de los documentos públicos extranjeros, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961, entre otros.

2. *Problemática*

Plantear la regulación de un testamento profesional obliga a delimitar el objeto que englobarían los bienes, derechos y obligaciones del testador que sean susceptibles de ser heredados o legados, los sujetos del mismo, y entre ellos la condición de profesional del testador, su definición y delimitación, y finalmente los aspectos jurídicos nacionales e internacionales del este tipo de de sucesión *mortis causa*.

Con el término «testamento profesional» no hemos querido dejar de lado ninguna tipología de actos *mortis causa*, pues puede abarcar tanto la

donación *mortis causa*, el testamento, el contrato testamentario, o la combinación de varios tipos al determinar la voluntad del testador.

Si partimos del término «testamento profesional», sea nacional o internacional, estamos adentrándonos en un terreno que no tiene regulación propia y separada de lo que ya es el Derecho sucesorio civil y/o mercantil, ello acarea la exigencia de delimitar los dos aspectos esenciales, el sujeto y el objeto del mismo. Pero también un tercer sujeto interesado, el cliente o paciente.

3.1. *Los sujetos. El testador*

El profesional que trabaja en su propio nombre y sin estructura societaria se encuentra sometido a la ley del testamento de su ámbito nacional y del Derecho internacional privado. El sujeto profesional que trabaja dentro de una estructura societaria o cualquier entidad basada sobre unas regulaciones estatutarias estaría sometido tanto al Derecho sucesorio civil como al Derecho mercantil y al estatutario correspondiente a la entidad con la que se encuentra ligado el objeto del testamento profesional.

La estructura social compuesta por varios profesionales ya debería de plantear la cuestión de la sucesión de los bienes, derechos y deberes del profesional fallecido en sus estatutos, además de lo que la ley en materia de sucesión determine y de lo previsto en las normas de Derecho mercantil o de las entidades correspondientes.

En materia de sucesión *mortis causa*, ya se prevé dicha exclusión el propio Reglamento UE 650/2012, sobre Competencia, Ley aplicable, ejecuciones de sucesiones y certificados sucesorios europeos, en su artículo 1.2, al excluir expresamente en su punto h):

las cuestiones que se rijan por la normativa aplicable a las sociedades, asociaciones, y otras personas jurídicas, como las cláusulas contenidas en las escrituras fundacionales y en los estatutos de sociedades, asocia-

ciones y otras personas jurídicas, que especifican la suerte de las participaciones sociales a la muerte de sus miembros.

La razón es que existiendo normativa nacional y una delimitación de ley aplicable, no existe necesidad ni utilidad de pactos o normas internacionales más allá de lo ya existente. Pero incluso aquí lo es *a priori*, puesto que no descartemos pactos *a contrario sensu* de dichas regulaciones a los que pudieran llevar a cabo los socios en casos particulares.

Al contrario de cuanto antecede, el profesional que trabaja solo, sea por cuenta propia sea en el seno de una estructura jurídica que le habilite a ejercer su profesión, pero que asume por si solo la carga de trabajo y esta no pueda ser cedida a otros miembros de su entidad por razón de su especialidad, se encuentra ante la problemática que hemos expuesto con anterioridad y que puede ocasionar graves perjuicios a su clientela. Esté pues es el sujeto testador que interesa el presente trabajo.

Lo que pretende salvaguardar el «testamento profesional» es la situación de que, al fallecer el profesional que les asistía, dicha clientela se encontrase repentinamente en una situación de peligro (médico, psicólogo, otro especialista de la salud), se viera desprotegido de cara a actuaciones médicas, administrativas o fiscales (economista, contable), o vulnerados sus derechos e intereses ante un proceso de negociación urgente, una actuación judicial inminente (abogado, procurador), que le pudieran causar, en todos y cada uno de los casos, un perjuicio irreparable (y no incluyo en el concepto de perjuicio irreparable de este artículo la posible indemnización económica que derivaría de ello).

Por lo que entendemos que el sujeto activo de la sucesión *mortis causa* profesional será aquel precisamente que ejerce su oficio por si solo y cuyo fallecimiento pudiera ocasionar, por la falta de continuidad en un proceso inminente, por la pérdida de su expediente o por otra razón que emana de la profesión del testador, un perjuicio irreparable a su clientela.

3.2. *El heredero o legatario*

La figura del sujeto pasivo del testamento profesional ha de ser vista desde la especialidad del objeto y de las necesidades de la clientela. Así pues, el testador pretenderá designar legatario teniendo en cuenta su profesión, sus especialidades, y sus capacidades determinadas para llevar a cabo el encargo profesional.

Cuando el legatario o heredero coincide con la figura de un heredero forzoso, no causa mayores problemas que los ya planteados desde el Derecho romano hasta nuestros días en la materia.

La problemática surge cuando la persona del heredero o legatario de la sucesión *mortis causa* profesional entra en conflicto con los intereses de los herederos legales si se estudia desde un punto de vista estrictamente económico. Y esta primera problemática habrá de ser contemplada en la legislación nacional aplicable al caso.

Funciones del legatario profesional y alcance del legado: el legado deberá precisar las funciones de cada legatario designado, delimitando las funciones de cada uno, como sería la gestión de recobros, el legado de archivos documentales, o el de la gestión de las actuaciones pendientes de los expedientes, así como otras cuestiones particulares de cada caso. Deberá de regular si su gestión estará sometida a remuneración o gratuidad, si le corresponde los intereses, aunque en este último caso ya lo regula el Derecho español en el artículo 870 del Código Civil:

El legado de un crédito contra tercero, o el de perdón o liberación de una deuda del legatario, solo surtirá efecto en la parte del crédito o de la deuda subsistente al tiempo de morir el testador. En el primer caso, el heredero cumplirá con ceder al legatario todas las acciones que pudiera competirle contra el deudor. En el segundo, con dar al legatario carta de pago, si la pidiere. En ambos casos, el legado comprenderá los intereses que por el crédito o la deuda se debieren al morir el testador.

En dicho reparto, la libertad del testador debería de ser tan amplia como para poder abarcar las diversidades de situación de cada profesional y siempre que no contravenga la legítima u otros preceptos de la ley aplicable a la sucesión ordinaria.

La coexistencia de herederos y de legatario en la sucesión *mortis causa* profesional puede acarear complejidades y conflictos que la ley nacional ha de resolver. En efecto, un ejemplo sería el caso de un legatario que recibe, entre otros, créditos derivados del ejercicio de la profesión de su testador (gestión de liquidación de expediente y del recobro de honorarios), puede recibir en el legado parte de los frutos de los mismos en concepto de legado o en concepto de remuneración, o de forma mixta, siempre con el límite de las legítimas legales de su ley aplicable. Dichas precisiones serán necesarias en el caso de haberse planteado en el «testamento profesional». Pero rara vez habrá podido el testador delimitar con máxima precisión el alcance real de los honorarios que estima le correspondan al legado, y cuales a sus herederos. Será necesario ampliar y delimitar dichos alcances más allá de lo que las normas nacionales haya podido prever para una sucesión *mortis causa* estándar u ordinaria. Y, en su caso aplicarlo a la valoración fiscal a la hora de liquidar los impuestos correspondientes, si los hubiera.

Los reglamentos europeos y convenios internacionales deberán prever la resolución de complejidades a la hora de delimitar la ley aplicable o las leyes aplicables a la sucesión *mortis causa* estándar y la sucesión profesional a en los casos más complejos, pues no hemos de partir de la premisa de una unicidad de ley aplicable a ambas formas de suceder, ya que la norma nacional podría obligar a someter el «testamento profesional» a la ley del lugar del ejercicio de la profesión, en cuyo caso la sucesión *mortis causa* estándar u ordinaria podría verse aplicada una ley nacional y la profesional otra. En dichos casos, podría generar conflictos de leyes nacionales que habrá que resolver.

Por otra parte, con la aparición del «testamento profesional» se plantea una dinámica novedosa en la sucesión *mortis causa* que es la figura del cliente. En él versan dos objetos diferenciados: el del *legado profesional* que redirige su expediente a otro profesional para llevar a cabo actuaciones pendientes, el cual requerirá de un acto voluntario por parte del cliente, y el del *legado de crédito* que implica la mera gestión del recobro de honorarios, sea por vía extrajudicial o judicial. Dicho de otro modo, es necesario distinguir del objeto de la sucesión al propio cliente y sus intereses o su voluntad en ser atendido por un legatario profesional y acceder a su expediente, del estrictamente económico que implica el recobro de honorarios pendientes por actuaciones profesionales realizadas. Así, pues, determinar quién es el cliente, y cómo interactúa en esa especial relación jurídica no es baladí.

3.3. *El cliente. Parte interesada*

La clientela, bajo su derecho de contratar con el profesional que desee, no es un mero objeto inanimado de una herencia, sino un ser provisto de capacidad volitiva, lo cual añade complejidad a la cuestión del legado profesional.

En efecto, la clientela ha de estar avisada del fallecimiento del profesional, informada de quién posee su expediente, del deseo formulado de que le prosiguiera el heredero o legatario designado al efecto, y de la necesidad de actuación urgente en su caso. Fundamentalmente habrá que prever la gestión eficaz de aceptación del cambio de profesional o nuevo encargo, lo cual bien se puede haber notificado con anterioridad por medio de algún documento informativo, o bien una vez surgido el fallecimiento.

Una vez hecha dicha comunicación, se ha de informar al cliente de los medios, las formas y los plazos que dispone para aceptar o refutar el encargo, así como las consecuencias de cualquiera de ellas, pudiendo conllevar el pago de honorarios al heredero o legatario, una novación en

el contrato de profesional, entre otros aspectos. Lo que es relevante es la regulación previa de los aspectos generales, y una regulación sectorial por parte de los colegios profesionales tanto en la delimitación y alcance entre legatario y cliente, como en la gestión misma para su llevanza a cabo de forma efectiva y eficiente. Finalmente, en cuanto a la cuestión de la responsabilidad profesional del heredero o legatario, es menester regular y delimitar sus obligaciones y responsabilidades durante el plazo que tiene el cliente para decidir si acepta o refuta la parte que le corresponda de la sucesión *mortis causa* profesional.

3.4. *El encargado de informar del fallecimiento*

Sin entrar en demasía en la cuestión, deseo señalar que la ley nacional, así como en su caso la normativa internacional, tendrán que regular los organismos encargados de publicitar el fallecimiento del profesional en ejercicio de tal modo que se pueda asegurar la comunicación efectiva y en tiempo al cliente interesado, pero también a los organismos interesados tales como centros hospitalarios y de gestión de salud, juzgados y tribunales, etc., y de modo que se puedan paralizar actuaciones o plazos, o asegurar la continuidad en una prestación médica urgente (pensemos en el único cirujano de un pequeño hospital encargado de realizar un trasplante y la pendencia de llegada del órgano donado). Hemos pensado y planteado en un trabajo anterior, la posibilidad de protocolizar la publicidad del fallecimiento de cierto colectivo profesional directamente por parte del médico que acta el fallecimiento al colegio profesional respectivo (el médico u hospital notifica al colegio profesional del fallecimiento de este en el momento de informatizar su deceso). Y el colegio profesional sería pues el encargado de publicitar el fallecimiento a los órganos y personas físicas o jurídicas de interés, a modo de albacea, en las medidas y alcances que se puedan regular. *Para toda la tramitación, me refiero al trabajo que en su día presente.*

4.1. *El objeto*

El objeto del testamento profesional versa sobre un intangible, que es la cesión de una cartera de clientes, es decir más una cesión de relación profesional-cliente que de cartera física de documentos, aunque puede que también se incluya a consecuencia de la relación establecida entre el profesional y el cliente o como objetivo en sí, con los derechos económicos ligados a él, pero también con las obligaciones profesionales que derivan del expediente.

Es un bien que puede difícilmente ser valorado económicamente a efectos de la sucesión, y que difícilmente puede entrar en el objeto de una sucesión ordinaria al estar sometido por una parte a características del legatario que no especialmente tiene o ha de tener el heredero forzoso, como el título o la especialidad profesional, sino que además está sometido a la aceptación de un tercero interesado que es el cliente. Por lo que la figura del testamento profesional se puede entender como una figura mixta, por una parte reviste formas jurídicas de actos *mortis causa* tipificados, como la donación *mortis causa*, el testamento, o formas de contrato testamentario, y por otras no puede entrar en los tipos fiscales de la herencias al carecer de modalidad de cálculo preestablecido sobre su valoración y al requerir de la aceptación de un tercero, el cliente, por lo que la fiscalidad del testamento profesional revestiría la peculiaridad de la fiscalidad del profesional que actúa como autónomo o bajo forma de entidad jurídica (si se lo permite su ley nacional), Aquí, claro está, estamos pensando en las cuestiones no reguladas pues el mero legado destinado a liquidar una masa crediticia ya tiene su previsión normativa, por no ser una cuestión novedosa.

4.2. *El problema de la consideración de testamento a efectos de las normas de Derecho sucesorio y a la vez de Derecho contractual con un profesional*

El testamento profesional implicaría a nivel jurídico un pacto entre testador y heredero o legatario que vierta sobre los intereses de un tercero

o terceros. Se asemejaría pues a la figura de Derecho romano de *pacta de hereditate tertii* (que versa sobre bienes de terceros) en su versión confirmatoria de derecho (frente a la denegatoria de derechos que no entraría aquí), el cual fue definido y analizado en *De auctoritate pacti de hereditate tertii iniure Romano, Dissertatio quam consentiente illustrissimo iurisconsultum ordine in academia Ruperto-Carola*, de Georgius de Hahn Hasso-Homburgensis (HEIDELBERGE, 1822).

Si partimos de nuestro Derecho nacional español, el Código Civil español en su artículo 1.271, sobre contratos, especifica que:

pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras. Sobre herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.056 [...].

Y el artículo 1.056 del CC limita la libertad del testador mientras no perjudique la legítima de los herederos forzosos. Sin embargo, el artículo 635 del mismo CC español prohíbe la donación de bienes futuros, entendiendo estos por bienes de los que el donante no puede disponer al tiempo de la donación.

Con base en ello, siendo que los bienes que deriven del ejercicio de una profesión son sus ingresos, estos, de haberse pagados las facturas, son parte del caudal de la herencia y figuran lo más habitualmente en sus cuentas bancarias, si el testador no hubiese dispuesto de ellos en el momento de su fallecimiento. En el caso de actividades profesionales pendientes de pago, el cobro de los servicios se incorporaría igualmente al caudal hereditario ya regulado. Los bienes del caudal de la herencia no entrando en el testamento profesional, la limitación de la legítima de los herederos forzosos no causaría problema alguno.

En cuanto a las donaciones *mortis causa*, las cuales tienen la peculiaridad de requerir del donatario la aceptación de la donación antes del falleci-

miento, *podrían* parecer ser la óptima forma de «testamento profesional» por cuanto el donante sabe antes de fallecer que el donatario acepta heredar las funciones y responsabilidades del o los expedientes y hasta puede habilitarse los accesos telemáticos a los expedientes. Si dicho pacto post mortem se cierra concienzudamente, incluso podría incluir en el traspaso del contrato de servicio profesional en caso de fallecimiento o enfermedad incapacitante, siendo que el cliente ya lo acepta de antemano. En este caso, podríamos dudar de la utilidad de emitir una donación *mortis causa*, bastaría con citar al profesional legatario en el contrato de servicio con el cliente que, firmando, aceptase dicho traspaso. Pero si se plantea en la práctica testar los asuntos profesionales urgentes es porque la viabilidad de esta fórmula sencilla no es factible en el día a día de los profesionales que trabajan solos en sus despachos o que sean de su despacho los únicos especialistas en la materia. La problemática es triple. La primera y más habitual es que muchos profesionales aun a día de hoy no hacen firmar ningún contrato, es más habitual la firma de una solicitud de presupuesto de servicios, aceptación de actuación u otro documento habitual, y cuando los hay. La segunda es que si el profesional trabaja solo, no es viable incluir la firma del posible legatario cada vez que se firma un contrato, una hoja de presupuestos u otro documento. El tercer problema sería el que provenga del donatario, pues este podría premorir al donante o haberse retirado del oficio en el momento de fallecer el donante. Cualquier clausulado contractual quedaría en papel mojado y seguiría persistiendo la problemática que se pretendía resolver.

El testamento profesional planteado como un legado a uno o varios legatarios, en orden de capacidad para ser «heredero o legatario profesional», en razón de las materias ejercidas por el profesional testador, es la fórmula óptima que pretende salvaguardar los intereses de los clientes en temas delicados y urgentes. La problemática vierta más sobre su forma de llevarla a cabo que sobre su existencia jurídica. En efecto, la forma jurídica aceptada del testamento profesional será regida por la ley del lugar donde ejerce habitualmente el testador, y en el caso de ejercer

en varios Estados, lo lógico sería estarse a lo que determinen las normas internacionales al respecto.

Sin embargo la regulación del legado profesional por cuanto su contenido y alcance no está regulado en Derecho español, y a mi conocimiento por ningún Derecho de los Estados del *civil law* ni del *common law*.

En efecto, el *testamento profesional* ha de revestir forma de una disposición testamentaria válida, su contenido ha de plantear la aceptación o rechazo por parte del legatario, pero también el traspaso de expedientes de clientela y su regulación económica, revelando si es a título gratuito u oneroso. Por otra parte, se ha de regular la forma de aceptación o rechazo por parte del interesado, sea cliente o paciente, y en su caso el poder notarial especial que se confiere a cada legatario en caso de aceptarlo, y los organismos colegiados correspondientes tendrán que velar por acordar junto con las administraciones públicas o privadas de interés y colegios notariales los medios y las formas para llevar a cabo la sucesión de forma ágil y efectiva, de manera que se salvaguarde los intereses de los clientes o pacientes.

4.3. *Uso de la tecnología y colaboración entre organismos públicos y privados para su llevanza a cabo*

Si bien el Derecho español limitó los posibles abusos que podían derivar de apoderamientos privados por medio de actas fidedignas como lo es el poder notarial, el consular o el *Apud Acta* ante funcionario público, a día de hoy aun deja que desear su uso con medios telemáticos, aunque sea posibles. Ya es factible y segura la puesta en marcha de un acceso telemático al testamento profesional por parte de los interesados y de aceptación o rechazo del mismo, así como la información previa al legatario y al cliente de las consecuencias legales de cada posicionamiento legal. A nivel internacional, la cuestión de la dualidad de la figura jurídica podría facilitar la aceptación por parte del cliente si no se requiriera de fe notarial consecuente. En todo caso, una apreciación de uniformidad

de criterios sobre la materia no sería baladí en estos procesos. Es importante en cualquier caso que la burocracia que requiere el cumplimiento de los requisitos legales no deje en papel mojado un testamento profesional, y que el cliente tenga acceso rápido a ubicar su expediente, un profesional competente para sustituir al suyo, y un acceso a una facilidad de gestión de dicha sucesión.

La operación de sucesión testamentaria implicaría, desde el punto de vista de las administraciones y órganos colegiales, el de la gestión de comunicación casi inmediata del fallecimiento, y desde el punto de vista notarial, de la apertura testamentaria telemática facilitando el acceso total a herederos y legatarios, y parcial y posterior, al cliente o paciente, para que cada uno acepte o refute lo que le corresponda, siendo en todo caso informado plenamente de cuanto significa y se delimite su postura. Debe de regularse los plazos, tanto para notificar, como para posicionarse en la relación testamento-contractual, pero también ha de regularse los fallos que ocurrieran en dichos procesos. *A modo de ejemplo* entre muchos posibles, podríamos plantear lo que ocurre si un abogado legatario acepta el legado que le responsabiliza de una vista judicial sobre una cuestión que de posponerse desvirtuaría de forma gravosa los intereses del cliente, y este no se puede contactar o no responde en el plazo legal para ello.

4.4. *El problema de valoración económica y de la calificación fiscal del legado profesional*

La cesión de cartera de cliente podría plantearse desde el mero valor de cesión de clientela desde el punto económico mercantil existente, o realizando un cálculo pormenorizado del valor presupuestado de las actuaciones encargadas y pendientes de realizarse y cobrarse.

El primer postulado tiene mucho sentido, y con seguridad es que fiscalmente es más fácil de apreciar y justificar. Además el legatario asumirá

la misma suerte que en cualquier traspaso de negocio, en el cual la clientela puede decidir no seguir con dicho profesional.

La problemática de la fiscalidad del testamento profesional podría salvarse asimilándola a un traspaso mercantil y no a una sucesión, reafirmando la forma mixta sucesorio-contractualista del testamento profesional, pero se requiere un esclarecimiento de la fiscalidad aplicable en cada caso, con la evitación de la doble imposición basada en el objeto de la sucesión y en la actividad del profesional.

5. El testamento profesional desde el punto de vista del Derecho internacional privado actual

En el caso de ejercerse la profesión en un solo Estado, la ley aplicable a la relación contractual resultante, entre cliente y legatario profesional, sería la ley del lugar de situación de la sede del profesional, o donde este ejerce la profesión, esta es la ley nacional o interregional correspondiente. Sin embargo, en el caso de ejercicio profesional internacional, la ley aplicable al contrato se determinará por los convenios aplicables en cada caso, salvo que la ley aplicable al contrato se modificase bajo dichos criterios al pasar al legatario, en cuyo caso, en beneficio del cliente, la ley aplicable al contrato seguiría siendo la del contrato traspasado.

Desde un punto de vista del Derecho europeo, se podría ampliar el actual reglamento (UE) 650/2012, sobre Competencia, Ley aplicable, ejecuciones de sucesiones y certificados sucesorios europeos, a la figura del testamento profesional en la parte que le corresponde. Y completar, en su caso, su regulación en un complemento al 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), si se estimase necesario. Esto es, no es necesario una regulación completamente novedosa sino una adecuación de la figura del testamento profesional a preceptos internacionales existentes.

Es necesario evitar los previsibles conflictos de leyes, *forum shopping* y la doble imposición internacional en su caso, más en una cuestión que prevemos tiene una doble vertiente jurídica y en consecuencia fiscalmente entendible. Esto es la sucesión por una parte y la actividad profesional por otra.

*Autora: María Edwiges Pontigo Drabs
(Miembro del Ilustre Colegio de la Abogacía de Barcelona)*

TRANSPARENCIA EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

En el ámbito jurídico, «transparencia» implica información. La transparencia se ha ido adentrando en muchos de los sectores y actividades de la sociedad, cuya importancia ha ido creciendo paulatinamente en nuestros días. Tanto es así, que más que una palabra de «moda», se ha extendido a límites impensables en cuanto a su aplicación, al punto de que podría convertirse en una norma global. La sociedad no se conforma con que solo el Estado actúe de forma transparente, sino también el resto de las instituciones, los mercados, los procesos gubernamentales y de tomas de decisiones, e incluso, las propias relaciones existentes en la sociedad civil (KOIVISTO, p. 1).

Sin embargo, no existe un concepto de transparencia en el arbitraje internacional. Dicha ausencia conlleva a la existencia de una incoherencia normativa al respecto, por lo que se hace necesaria la existencia de normas o reglas que determinen no solo si el arbitraje internacional es transparente, sino hasta qué punto y qué forma debe adoptar dicha transparencia. La ausencia de transparencia puede, sin duda alguna, socavar la legitimidad y credibilidad del procedimiento arbitral.

Es por ello, que uno de los mayores desafíos en el arbitraje internacional en la última década, ha sido la demanda de mayor transparencia y la implementación de iniciativas gubernamentales, principalmente en el arbi-

traje inversor-Estado para hacer más transparente el procedimiento arbitral. La necesidad de una mayor transparencia en el procedimiento arbitral es tan imprescindible que resulta sorprendente el por qué ha tardado tanto tiempo el tratamiento de la cuestión (KINNEAR, p. 1). Sin embargo, existe gran confusión en cuanto al alcance y significado del término transparencia, quizás por la ausencia general de una definición conceptual de la misma (BIANCHI y PETERS, p. 2). Aunque la transparencia ha sido siempre vinculada a conceptos de buena gobernanza y al Estado de derecho sigue existiendo gran dificultad sobre su conceptualización y significado exacto en el arbitraje internacional, debido a que el propio concepto puede variar teniendo en cuenta el contexto en el que sea utilizado (BIANCHI, pp. 30-31).

A partir de las consideraciones anteriores, y cumpliendo con las premisas metodológicas establecida en la presente obra, consideramos, que en el contexto del arbitraje internacional, el principio de transparencia debe ser considerado como un elemento definitorio del criterio de trato justo y equitativo, que debe regir las acciones de las partes permitiéndoles cumplir con sus obligaciones.

1. La transparencia en el procedimiento arbitral: el acceso a la información durante el proceso

La información sobre los procedimientos arbitrales, en ocasiones, puede ser de dominio público a pesar de la ausencia de un requisito formal de transparencia, como puede suceder en el caso de la presentación del laudo a un tribunal nacional para llevar a cabo el reconocimiento y la ejecución del mismo, lo que permite el conocimiento judicial de los hechos acaecidos durante el procedimiento arbitral por el tribunal y, en ocasiones, el laudo puede convertirse en un documento público como cualquier otro documento presentado ante un procedimiento judicial nacional.

El acceso a la información también puede servir como medio para asegurar una mayor legitimidad del sistema de arbitraje. El arbitraje de inversiones, por su propia característica de descentralización del sistema, permite que la transparencia no se centre solo en cuestiones de acceso al procedimiento; más bien, la transparencia sirve como un medio para desafiar prácticas tan diversas que contribuyen involuntariamente a una falta de transparencia, como puede ser la persistencia en no publicar los laudos, la participación de las secretarías arbitrales en el proceso interno, la acumulación de la información confidencial o experiencia especializada de ciertas empresas que no se divulgan públicamente. A este respecto, la transparencia también puede servir como un reconocimiento pragmático de que la información es oscurecida al público por el secreto y la confidencialidad, y requiere una sistematización para ser comprensible.

La transparencia ayuda a exponer al público el funcionamiento interno del arbitraje. La aprobación del Reglamento de Transparencia de la CNUDMI sobre arbitraje inversor-Estado ha servido para implementar muchas de estas preocupaciones en un conjunto de directrices unificadas, las cuales contienen disposiciones sobre el ejercicio del poder discrecional por parte de un tribunal arbitral que opera bajo estas reglas, obligación de tener en cuenta el interés público en la transparencia, las obligaciones de publicación de documentos en diferentes etapas de los procedimientos arbitrales y la obligación de llevar a cabo audiencias en público.

Sin embargo, una cuestión relativa a la transparencia procesal en el arbitraje internacional merece ser analizada: el interés público en el arbitraje internacional, con especial énfasis en el arbitraje de inversiones. Con frecuencia suele encontrarse referencias al interés público en el arbitraje de inversiones como forma de posibilitar una mayor transparencia en el procedimiento arbitral, pero, aunque muchos conflictos de inversión tienen una implicación importante en temas que merecen la atención del público, el concepto de interés público sigue siendo indeterminado, im-

preciso, vago. Por lo que cabría preguntarse ¿qué constituye el interés público en el arbitraje internacional?

2. De intereses privados a interés público en el arbitraje internacional

La cuestión del interés público con respecto a la transparencia del arbitraje puede ser tratada desde dos vertientes distintas. La primera, es relacionada con el interés general del público en conocer y ser informado de aquellos asuntos que revisten importancia para la sociedad, así como el actuar de los tribunales de inversión respecto a la revisión de las acciones soberanas de los Estados partes en el procedimiento arbitral (MAGRAW, p. 339) . Este interés puede ser satisfecho con la difusión o publicación de la información respecto a las disputas en las que es parte el Estado. Esta difusión sistemática de la información relativa a los litigios sobre inversiones, que puede llevarse a cabo a través de un dominio público (internet), constituye esencialmente una transparencia en el sentido más básico. La segunda vertiente se corresponde con las cuestiones del interés público relacionadas con el procedimiento arbitral, con relación a si una tercera parte, además del Estado parte en el procedimiento, puede representar tal interés público en el arbitraje. Al respecto, el debate académico y la jurisprudencia sobre el tema, desde el punto de vista práctico, se han centrado, principalmente, en cuestiones relativas a la representación de los intereses públicos a través de las comunicaciones de *amicus curiae*.

Es evidente que el interés público es una de las principales peculiaridades de las controversias de inversión que las distingue de los conflictos que surgen del arbitraje comercial internacional entre partes privadas. Sin embargo, en el ámbito normativo, las disposiciones legales pertinentes carecen de una referencia directa al término y a la propia conceptualización del interés público. Esto ha propiciado que en la práctica el concepto de interés público se haya ido elaborando con el transcurso del tiempo por los propios tribunales arbitrales en una serie de disputas de inversiones importantes, las cuales han ido estableciendo ciertas pautas

o elementos que condicionan la propia existencia del concepto de interés público en este tipo de disputas. Tal y como sucedió en el caso *Methanex vs. Estados Unidos de América*, en el que se demuestra la existencia de un interés público determinable, identificable, múltiple, heterogéneo, en el arbitraje inversor-Estado en el marco de un tratado internacional. Dicho interés público no solo está presente en el arbitraje de inversiones, sino también en el arbitraje comercial internacional, fundamentalmente, cuando existe presencia de un Estado o entidades públicas, estatales, que pueden implicar asuntos esenciales de políticas públicas que tengan un impacto en los fondos públicos y elevar las obligaciones internacionales de un Estado (TEITELBAUM, p. 56).

Autor: Nayiber Febles Pozo
(Profesor de Derecho Internacional Privado,
UNED)

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA: KINNEAR, M. «Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement», *Symposium Co-Organised by ICSID, OECD and UNCTAD*, París, 2005, pp. 1-12; BIANCHI, A. y PETERS, A. *Transparency in International Law*, Cambridge University Press, 2013, pp. 2-607; BIANCHI, A. «On Power and Illusion: The Concept of Transparency in International Law», en BIANCHI, A. y PETERS, A. (eds.). *Transparency in International Law*, Cambridge University Press, 2013, pp. 30-31; KOIVISTO, I. *The Anatomy of Transparency: The Concept and its Multifarious Implications*, European University Institute, 2016, p. 1; MAGRAW, D. y AMERASINGHE, N. M. «Transparency and Public Participation in Investor-State Arbitration», *Journal of International and Comparative Law*, vol. 15, 2009, p. 339; TEITELBAUM, R. «A Look at The Public Interest in Investment Arbitration: Is it Unique? What Should We Do About It?», *Berkeley Journal of International Law Publicist*, vol. 5, 2010, p. 56.

VOCABLOS CONEXOS: Interés público. Transparencia procesal *Amicus curiae*.

TRANSPORTE DE CABOTAJE

Se entiende por transporte de cabotaje, con independencia del modo de transporte utilizado —aéreo, marítimo o terrestre—, aquel transporte de personas, mercancías o equipajes con lugar de origen y destino en el territorio de un mismo Estado y que es ejecutado por un transportista o porteador con residencia en un tercer Estado. Es decir, son transportes de cabotaje aquellos transportes nacionales por cuenta ajena llevados a cabo con carácter temporal en un Estado miembro de acogida (en el sentido de un Estado miembro en el que opera una entidad o empresa transportista), distinto del Estado miembro de establecimiento de la citada entidad o empresa transportista. En su aplicación actual, y para el Derecho de la Unión Europea, esta calificación genera o suscita mayores controversias jurídico-interpretativas en el ámbito o sector del transporte por carretera a la luz de lo previsto por los Reglamentos europeos (CE) 1072 y 1073 de 21 de octubre del año 2009 (DOUE L 300/72 de 14/11/2009 y DOUE L 300/88 de 14/11/2009 respetivamente).

Desde la perspectiva del Derecho internacional privado debe indicarse que en la actualidad no podemos clasificar el transporte de cabotaje como un transporte puramente internacional, es decir, aquel desplazamiento con carga o pasajeros de un vehículo cuando el punto de partida y el punto de destino se encuentren en dos Estados miembros distintos, con o sin tránsito por uno o más Estados miembros, o terceros países; o los desplazamientos con carga o viajeros de un vehículo con punto de partida en un Estado miembro y destino en un tercer país o viceversa, con o sin tránsito por uno o por más Estados miembros o terceros países; o los desplazamientos con carga o viajeros de un vehículo entre terceros países, que atraviesan en tránsito el territorio de uno o más Estados miembros; o incluso aquel desplazamiento de vacío (sin carga ni pasajeros) en relación con las dos primeras vertientes de los transportes anteriormente definidos. No obstante, tampoco cabe definirlos ni encuadrarlos como aquellos transportes puramente nacionales dedicados

al transporte de mercancías o viajeros interno y ejecutados por entidades o empresas transportistas autóctonas del lugar de ejecución.

1. Los motivos para el mantenimiento de la triple calificación de los transportes por carretera ejecutados en la UE (internacional, nacional y de cabotaje)

A pesar de que deviene coherente por parte de la UE reclamar mayores facultades en materia de transporte, existe una negativa de los Estados miembros a ceder mayor competencia en un sector clave que demanda una política común de transportes efectiva y definitiva. Fiel reflejo de las reticencias expuestas son las innumerables barreras jurídico-administrativas nacionales existentes en la actualidad que merman las garantías de libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales, discriminando por razón de la nacionalidad a aquellas empresas porteadoras o transportistas no nacionales pero sí residentes en un Estado miembro de la UE, y deben ser superadas para favorecer una libre prestación de servicios en el sector.

La pluralidad de intereses existentes entre los diferentes Estados de la UE en materia de libre prestación de servicios de transporte afloró decisivamente en los debates previos a la publicación de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 referente al mercado interior (conocida como la Directiva Bolkenstein - *DOUE* L 376/36 de 27/12/2006). El texto inicial propuesto, que difiere notablemente del proyecto que definitivamente fue publicado y entró en vigor, se inició con un objetivo manifiesto: estrechar la conexión y afinidad entre los distintos países y pueblos de Europa para garantizar el progreso social y económico. El plan comprendía un mercado interior sin fronteras que asegurase la libre circulación de servicios y la libertad de establecimiento, mediante la supresión de todas las barreras que obstaculizaban el libre ejercicio de las actividades de servicios entre Estados miembros como medio para garantizar la integración entre los pueblos europeos y favorecer un florecimiento económico y social progresivo, igualitario y sostenible, a la vez que un elevado

nivel de competitividad, calidad de vida, y solidaridad entre los países miembros.

Se pretendía expresamente potenciar la competitividad del mercado de servicios eliminando todos y cada uno de los obstáculos que en el mercado europeo imposibilitaban a las transportistas, particularmente a las pequeños y medianas porteadoras, ampliar sus operaciones más allá de las fronteras de sus respectivos Estados miembros. El resultado definitivo varió sustancialmente de un texto inicial que no excluía los transportes en general y los servicios de transporte internacional de mercancías y viajeros por carretera intracomunitarios en particular, mermando así la efectiva liberalización de un sector del transporte ninguneado tradicionalmente por las instituciones europeas y los Estados miembros de la UE.

Fiel reflejo de tal complejidad puede encontrarse en los Reglamentos (CE) 1072 y 1073 del año 2009, de 21 de octubre, que regulan los transportes internacionales, condiciona los transportes de cabotaje (aquellos transportes ejecutados por una empresa transportista no nacional de un Estado miembro y residente en otro Estado miembro), y limita el acceso al transporte nacional de una empresa transportista europea mediante el establecimiento de una serie de condiciones de admisión de transportistas no residentes en el mercado nacional de transporte de mercancías o viajeros por carretera de un Estado miembro.

2. Los Reglamentos (CE) 1072 y 1073 del año 2009 y los transportes de cabotaje por carretera

Los Reglamentos (CE) 1072 y 1073 del año 2009 proyectan sus normas más allá de la regulación de los transportes de cabotaje, y engloban también los transportes internacionales ejecutados en el seno de la UE al fijar mediante su ámbito de aplicación de forma amplia que regularán todos aquellos transportes internacionales por cuenta ajena para aquellos trayectos que se efectúen dentro de la UE.

Los reglamentos recogen sendos preceptos genéricos referentes al cabotaje en los cuales se especifican las condiciones para autorizar transportes de cabotaje en la UE. Condiciones entre las que se aprecian limitaciones cuantitativas y temporales, y que permiten plantearse y valorar el grado de libertad contractual existente para la contratación de un servicio de transporte en un mercado común sin obstáculos interiores. Las normas europeas hacen referencia a exigencias previas a la realización de un transporte de cabotaje (como la justificación de un previo transporte internacional, y la ejecución como máximo de tres transportes de cabotaje con el mismo vehículo que realizó el transporte internacional en un plazo de siete días a partir de la descarga de las mercancías de ese transporte previo o la tipología del transporte a realizar —discrecional—, regular de uso general o regular de uso especial) que actúan en forma de barrera al libre comercio internacional intracuropeo.

Las citadas normas 1072 y 1073 sobre transporte internacional de mercancías y viajeros/as por carretera disponen de preceptos generales dedicados al cabotaje, recogidos en sendos artículos 8 y 14 respectivamente, donde básicamente se especifican las condiciones para autorizar los transportes de cabotaje en el seno de la Unión Europea. Condiciones entre las cuales se pueden identificar ciertas limitaciones cuantitativas y temporales a tal ejecución de servicios de transporte por carretera, y ciertas limitaciones que tienen sus consecuencias también en la esfera privada internacional de los transportes puramente internacionales.

En efecto, cabe analizar los preceptos generales regulados en los cardinales 8 y 14 respectivamente de las citadas normas europeas resaltando con detenimiento dos detalles de suma importancia, no solo para el transporte denominado de cabotaje, sino que también para el transporte puramente internacional. Así, por un lado los epígrafes 2 y 3 del mencionado artículo 8 y el epígrafe único del artículo 14 —con remisión al artículo 15— entran de lleno a regular los condicionantes exigibles a una empresa transportista internacional para la realización, por un lado, de

un transporte de cabotaje, y por otro, de un transporte internacional de mercancías o viajeros por carretera.

En los mencionados epígrafes del artículo se observa que el legislador europeo se ha cuidado por indicación de los Estados miembros de la UE de condicionar la realización de un transporte de cabotaje de mercancías por carretera, a la existencia previa de un transporte internacional entrante de mercancías por carretera en el Estado parte de la UE donde se procederá posteriormente a ejecutar un transporte de cabotaje. De esta manera, queda reducida o limitada la libre circulación y la libre prestación de servicios garantizadas por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (artículos 28 a 66).

Es decir, el transportista de mercancías por carretera nacional e internacional que sea contratado por libre voluntad de las partes para la ejecución de un transporte de cabotaje en un Estado miembro en el cual no es residente deberá en primer lugar, haber realizado un transporte internacional de mercancías por carretera previo con punto de destino en el mismo Estado parte en el que inmediatamente después ejecutará un transporte de cabotaje por carretera. Y además, este segundo transporte (el de cabotaje) deberá ser ejecutado con el mismo vehículo que realizó el transporte internacional, y como máximo podrán realizarse tres transportes de cabotaje consecutivos al previo transporte internacional, en un plazo máximo de siete días a partir de la descarga de las mercancías realizadas en el curso del transporte internacional previo, como entrante en el Estado miembro de acogida para la ejecución de los servicios de cabotaje.

Consecuentemente con este primer epígrafe, el segundo a analizar (artículo 8.3), es el que se dedica en la práctica real a limitar la libertad formal consagrada en el Convenio de Ginebra de 1956 para reflejar el contrato de transporte internacional de mercancías. Así, dispone que los servicios de cabotaje de mercancías realizados en el Estado miembro de acogida por un transportista no residente deben considerarse conformes

a las disposiciones contenidas en el Reglamento sí queda acreditado de manera fehaciente el transporte internacional de mercancías por carretera realizado previamente. Y para ello se exige como prueba de tal ejecución de transporte internacional, que el transportista pueda acreditar haber realizado el transporte internacional mediante una serie de datos que también deberán consignarse para los transportes de cabotaje en un documento de control.

Por otro lado, y con relación al epígrafe único del artículo 14 —con remisión al artículo 15—, la norma para los transportes de viajeros viene a condicionar los diferentes tipos de servicios prestables al cumplimiento de determinados requisitos, así para los servicios regulares de uso especial se requiere la previa existencia de un contrato entre organizador y transportista, y para los servicios regulares de uso general se exige la existencia previa de un servicio de transporte internacional de entrada al Estado de acogida.

Consecuentemente con todo lo anterior el artículo 9 del Reglamento (CE) 1072/2009 y el artículo 16 del Reglamento (CE) 1073/2009 son los preceptos legales que contienen normas con orientación conflictual desde una perspectiva jurídica o dimensión *ad intra*, si tenemos en cuenta su ámbito de aplicación intraeuropeo.

En efecto, ambos preceptos para sus respectivos sectores recogen y establecen la aplicación imperativa del Derecho del Estado miembro de acogida a la regulación de las condiciones contractuales del transporte de cabotaje. El citado artículo 9 dispone:

la realización de los transportes de cabotaje estará sujeta, sin perjuicio de la aplicación de la normativa comunitaria, a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas vigentes en los Estados miembros de acogida en relación con [...] las condiciones que rigen el contrato de transporte [...].

Por su parte el artículo 16, en idénticos términos al anterior, recoge:

sin perjuicio de la aplicación de la normativa comunitaria, la realización de los transportes de cabotaje [...] estará sometida a las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas vigentes en el Estado miembro de acogida, en lo que se refiere a [...] las condiciones que rigen el contrato de transporte.

Este tipo de preceptos pueden considerarse como normas de Derecho internacional privado destinadas a regular una situación privada internacional. En esencia, debe apuntarse que estas reglas contienen una norma de conflicto de aplicación imperativa del Estado miembro de acogida del servicio de transporte internacional de mercancías o viajeros ejecutado por una empresa transportista no residente, nacional a su vez de otro Estado miembro de la UE. Una tesis que se sostiene mediante la aplicación de la teoría del elemento extranjero que considera que una situación privada manifiesta carácter internacional cuando presenta al menos un elemento extranjero, cualquiera que sea dicho elemento.

3. Transporte de cabotaje. Propuesta para la mejora de su regulación

La definición ofrecida se compone de ciertos elementos de internacionalidad que la identifican claramente del transporte puramente nacional, por lo que cabría plantearse su calificación como transporte internacional atendiendo a elementos ajenos al lugar de origen y destino del transporte a ejecutar. La múltiple casuística que puede acontecer en territorio europeo aconseja una calificación de este tipo de transportes según criterios de localización de las partes intervinientes en el contrato, permitiendo así al operador un libre desarrollo de su actividad en el comercio internacional

No obstante, las normas son claras en su propósito de mantener un control absoluto de los transportes y proteger la actividad nacional, sometiendo los transportes no internacionales puros a limitaciones temporales, requisitos de establecimiento y matriculación de vehículos.

En definitiva, el operador jurídico y el operador empresarial de transporte se encuentran en el seno de la UE ante un problema de calificación frente a normas como la contenida en el artículo 9 del R.1072/2009 y en el artículo 16 del R.1073/2009, donde cabe cuestionarse sobre los conceptos dogmáticos y doctrinales de nuestra disciplina de Derecho internacional privado al tenor de lo dispuesto en el artículo 12 del Código Civil, y así analizar si la respuesta que ofrece dicha norma resuelve esta cuestión o si, en cambio, debiera ser el Derecho de la UE el que proponga una solución definitiva al respecto.

Autor: Unai Belintxon Martín
(Profesor titular de Derecho Internacional Privado.
Universidad Pública de Navarra)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: AGOUÉS MENDIZABAL, Carmen. «El marco europeo de la tasa por infraestructura en el transporte de mercancías», *RDT*, 2018, n.º 22, pp. 13-40; ÁLVAREZ RUBIO, Juan José. «Transporte Marítimo Internacional de Mercancías: alcance material y conflictual de la Autonomía Contractual», en III Seminario internacional de Derecho Internacional Privado: Autorregulación y unificación del Derecho de los contratos internacionales, Universidad Complutense de Madrid, 2009, pp. 558-559; ÁLVAREZ RUBIO, Juan José. «La regla de especialidad como cauce para superar los conflictos normativos entre Derecho comunitario y los convenios internacionales en materias especiales», *La Ley*, 29 de octubre de 2010, pp. 1-6; BASEDOW, Jurgen. «Zulassung und Vertragsstatut der Kabotagentransporte. Zum Verhältnis von Marktoffnung und Wirtschaftkollisionrecht in der Europäischen Gemeinschaft», *ZHR*, vol. 156, 1992, pp. 413-442; BELINTXON MARTÍN, Unai. *Derecho europeo y transporte internacional por carretera*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, Cizur Menor, pp. 229-273; IRIARTE ANGEL, José Luis. *Propiedad y Derecho internacional. Los conflictos internos en el sistema español*, Fundación Registral - Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2007, pp. 133-163; LEGROS, Cecile. «Contrat de transport international par route de marchan-

dises et de voyageurs», *Juris.Clas.dr.int*, fasc. 571-66, 25 abril 2012, p. 13 y s.; LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, Carlos. «La ley aplicable al contrato de transporte internacional según el Reglamento Roma I», *Cuad.Der.Trans.*, 2009, vol. 1, n.º 2, pp. 160-178; TETLEY, William. *International Conflict of Laws: common, civil and maritime: the Rome Convention 1980*, Blais, 1994, p. 59 y ss.

VOCABLOS CONEXOS: Ley aplicable. Transporte internacional de mercaderías.

TRANSPORTE INTERNACIONAL DE MERCANCÍAS

Se entiende por transporte internacional de mercancías, con independencia del modo de transporte utilizado —aéreo, marítimo, terrestre o multimodal—, aquel transporte de mercancías con lugar de origen y destino en dos países distintos, y por lo tanto se trata en esencia, de manera documental o teórica, (pues es sabido, una variación de ordenes en ruta del lugar de destino es posible y probable, pudiendo establecerse como nuevo destino una localización distinta e incluso dentro del mismo país de carga de la mercancías) de un transporte transfronterizo.

El Derecho del transporte internacional de mercancías es una pieza esencial en el progreso del comercio internacional y en el desarrollo de la libertad de circulación en el actual sistema de mercado internacional, economía globalizada, comercial y trasnacional. Sin duda, el transporte mercancías es la operación económica más necesaria e imprescindible de todas dado que cualquier actividad humana requiere, antes o después, de un desplazamiento.

Un ámbito temático, el del transporte internacional de mercancías, que demuestra el enorme potencial de análisis de la disciplina *internacional-privatista* y la justificada inserción de este bloque temático dentro del juego de categorías reflexivas y de los problemas de aplicación de un

ordenamiento jurídico que presenta relaciones entre bloques normativos y una propensión hacia el juego de autonomía de la voluntad.

1. Transporte internacional de mercancías. Contextualización

El desarrollo del transporte nacional e internacional de mercancías viene marcado por numerosos avances tecnológicos y jurídicos que han permitido mejores vehículos, naves, y aeronaves, mayores infraestructuras y una progresiva e importante evolución normativa. Dichas mejoras han hecho realidad los desplazamientos de mercancías más allá de las fronteras de un Estado. El auge de este tipo de desplazamientos transfronterizos evidenció tempranamente la necesidad de regular de manera global una actividad de inherentes características internacionales, requiriendo una respuesta armonizada más allá de las leyes internas de cada Estado. Normas nacionales que en la actualidad requieren del Derecho europeo e internacional para gestionar supuestos en los que afloran elementos internacionales.

En efecto, el Derecho del transporte es por antonomasia un sector revestido de un claro carácter de internacionalidad y con una nítida propensión en dirección a la homogeneidad normativa internacional acotada hoy por la europeización del Derecho privado iniciada con el Tratado de Ámsterdam consolidada y reforzada tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, así como la proyección o dimensión externa de este proceso, que refleja inequívocamente una problemática específica en territorio europeo debido a la coexistencia en el sector del transporte de mercancías internacional de bloques normativos notoriamente diferenciados (interno, europeo e internacional).

Como se advierte, el marco jurídico aplicable al transporte internacional de mercancías en la UE presenta una obligada coexistencia de bloques normativos (Derecho europeo, Derecho nacional y convenios internacionales especiales) que pretenden garantizar mediante la uniformidad de tratamiento de una situación idéntica en el ámbito de varios ordena-

mientos jurídicos divergentes la seguridad jurídica, y un resultado suficientemente consolidado que cumpla con el objetivo de previsibilidad. Además, debe tenerse presente que un sistema óptimo del transporte permite vertebrar un país (o una sociedad de naciones) y su funcionamiento, potenciando la movilidad de personas y mercancías garantizando el desarrollo del modelo productivo, la ampliación de mercados y la consolidación de las estructuras territoriales.

2. El contrato de transporte internacional de mercancías: concepto y rasgos característicos

2.1. Concepto

Nuestro ordenamiento jurídico no contiene en puridad una definición del contrato de transporte internacional de mercancías. No obstante esto no ha supuesto un inconveniente en la práctica real pudiendo definirse el contrato de transporte internacional de mercancías como aquel por el cual la empresa porteadora/transportista se obliga frente a la cargadora a trasladar las mercancías de un lugar a otro, en un vehículo, nave o aeronave acondicionada al efecto, sin daño ni menoscabo de su valor y ponerlas a disposición de la persona que designe en el contrato, a cambio de un precio. A lo que cabrá añadir el elemento de internacionalidad que supone que el lugar de origen donde se inició el transporte y el lugar de destino se encuentren en dos países diferentes, y por lo tanto se trate en esencia, de manera documental o teórica (pues es sabido, una variación de ordenes en ruta del lugar de destino es posible y probable, pudiendo establecerse como nuevo destino una localización distinta e incluso dentro del mismo país de carga de la mercancía) de un transporte como dijimos transfronterizo.

En efecto, la porteadora/transportista asume dos tipos de obligaciones, una de medios y otra de resultado, es decir, que queda obligada no solo a transportar la mercancía del lugar de origen al lugar de destino poniendo a disposición del cliente un vehículo, nave o aeronave (camión,

barco, tren, avión) en óptimas condiciones, sino que además, quedaría obligada a realizar dicho transporte sin menoscabo del valor de la mercancía transportada por la activación del periodo de custodia.

Dicho esto, nuestra normativa interna nacional también ha carecido de una definición para el contrato de transporte de mercancías, cuestión resuelta parcialmente (pues solo se refiere al contrato de transporte de mercancías por carretera) con la promulgación de la Ley 15/2009 sobre el contrato de transporte de mercancías por carretera (BOE n.º 273, de 12/11/2009). El Código de Comercio no recogía en su articulado relativo al transporte ninguna definición en tal sentido (artículos 349 a 379). Sin embargo, el artículo 2 de la Ley 15/2009 ha supuesto una acertada novedad en este aspecto al estipular que el contrato de transporte de mercancías es aquel por el que la empresa porteadora se obliga frente a la empresa cargadora, a cambio de un precio, a trasladar mercancías de un lugar a otro y ponerlas a disposición de la persona designada en el contrato.

De la definición dada sobre contrato de transporte internacional de mercancías se excluye el denominado transporte internacional por cuenta propia, que sin duda alguna será un transporte internacional en esencia, pero ausente de onerosidad. En definitiva, la doctrina ha definido mayoritariamente el contrato de transporte como un contrato bilateral, sinalagmático, consensual, no formal, oneroso, y de resultado.

2.2. *Rasgos característicos: elemento de internacionalidad*

En definitiva, dos son los elementos esenciales que permiten identificar el contrato de transporte de mercancías como internacional. En primer lugar, la onerosidad, quedando excluidos en consecuencia los transportes internacionales por cuenta propia que tienen un carácter gratuito, a pesar de constituir en esencia un transporte internacional. Y en segundo lugar, es necesario que el lugar de partida y el lugar de destino estén ubicados en dos países distintos, o por lo menos que así conste en el

documento de transporte (carta de porte —aérea, ferroviaria, por carretera—, conocimiento de embarque etc.), o para el caso de que exista, en el propio contrato escrito. No obstante, debe advertirse que deberá descenderse a analizar el ámbito de aplicación de cada Convenio internacional unimodal para verificar los condicionantes exigidos con relación a la ubicación o localización de los lugares de carga y descarga de la mercancías en uno o varios Estados miembros del Convenio que corresponda.

Cabe así recordar que el Convenio de Ginebra de 1956 para la regulación del contrato de transporte internacional de mercancías por carretera expande su ámbito de aplicación permitiendo la aplicación de sus normas en aquellos casos en los que tan solo una de las localizaciones (el lugar de origen o el lugar de destino) esté ubicada en un Estado parte o miembro del Convenio (*BOE* n.º 109, de 7 de mayo de 1974). Una norma que se aleja de lo regulado por el Convenio de Montreal de 1999 sobre transporte aéreo internacional que viene a requerir en su ámbito de aplicación que tanto el Estado del lugar de origen así como el Estado del lugar de destino sean parte del Convenio internacional, o en su caso, que el lugar de origen y destino del transporte estén ubicados en un mismo Estado parte del Convenio internacional siempre y cuando haya prevista una escala en un tercer Estado con independencia de su pertenencia al Convenio (*BOE* n.º 122, de 20 de mayo de 2004). Las Reglas de La Haya-Visby sobre unificación de ciertas reglas en materia de conocimiento de embarque son de aplicación a los Estados parte (*Gaceta* n.º 212, de 31 de julio de 1930). Y por su parte las Reglas Uniformes CIM para la regulación del contrato de transporte internacional de mercancías por ferrocarril vienen a recoger en su ámbito de aplicación que sus normas son de aplicación a todo contrato de transporte ferroviario de mercancías a título oneroso, cuando el lugar de recepción de la mercancía y el lugar previsto de entrega estén situados en dos Estados miembros diferentes (Convenio de Berna (COTIF) de 9 de mayo de 1980. *BOE* n.º 16, de 18 de enero de 1986).

2.3. *Remuneración y porteador profesional*

Finalmente debe indicarse que la remuneración a cambio de la realización del transporte es una de las condiciones esenciales en un contrato mercantil de transporte de mercancías que participa de la naturaleza jurídica propia de los contratos de obra. El concepto de precio o remuneración a cambio de la realización del transporte, junto a la disposición por parte de la persona titular de la actividad de medios adecuados (vehículos, naves, conductores profesionales, pilotos, capitanes, marinos, acompañantes/cuidadores etc.), infraestructuras (nave o pabellón industrial, oficinas) y título habilitante que la clasifique como profesional para el desarrollo efectivo de la actividad de transportar, es precisamente lo que permite calificar y reconocer el carácter profesional y mercantil de este tipo de contratos. Sin duda, el cúmulo de estas condiciones y características permite distinguir el transporte civil del transporte mercantil y justifica el mantenimiento en nuestro ordenamiento jurídico de una regulación autónoma de cada tipo. En efecto, la profesionalidad del porteador/transportista es esencialmente lo que permite identificar y calificar al contrato de transporte como mercantil.

*Autor: Unai Belintxon Martín
(Profesor titular de Derecho Internacional Privado,
Universidad Pública de Navarra)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ÁLVAREZ RUBIO, Juan José. *Los foros de competencia judicial internacional en materia marítima: estudio de las relaciones entre los diversos bloques normativos*, Gobierno Vasco, 1993; ÁLVAREZ RUBIO, Juan José. *Derecho marítimo y Derecho internacional privado: algunos problemas básicos*, Gobierno Vasco, 2000; ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio. «Derecho marítimo español y convenios internacionales. Luces y sombras», *ADM*, vol.16, 1999, pp. 21-79; BELINTXON MARTÍN, Unai, *Derecho europeo y transporte internacional por carretera*, Thomson Reuters Aranzadi, 2015, Cizur Menor; CARBONE, Sergio María. *Contratto di trasporto marittimo di cose*, Tela Editoriale, Milán, 1988; EMPARANZA SOBE-

JANO, Alberto. «El contenido del contrato de fletamento», en EMPARANZA SOBEJANO, A. (dir.). *Estudio sistemático de la propuesta de Anteproyecto de Ley General de la Navegación Marítima*, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2006, p. 327 y ss.; HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Aurelia. «El contrato de transporte aéreo de pasajeros: algunas cuestiones sobre competencia judicial internacional y derecho aplicable», *Cuad.Der.Trans.*, vol. 3, n.º 1, marzo 2011, pp. 179-194; IRIARTE ANGEL, José Luis. *El contrato de embarque internacional*, Madrid, Beramar, 1993; PUETZ, Achim. *Derecho de vagones. Régimen jurídico-privado de la utilización de vagones de mercancías en tráfico ferroviario*, Marcial Pons, Madrid, 2012; SOLERNOU SANZ, Stella. *La ordenación jurídica del mercado de transportes de mercancías por carretera*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018; ZURUTUZA ARIGITA, Iñaki. *El practicante*, Marcial Pons, Madrid, 2013.

VOCABLOS CONEXOS: Transporte de cabotaje. Derecho internacional privado.

TRIBUNAL ARBITRAL

Se entiende por tribunal arbitral el órgano jurisdiccional integrado por jueces árbitros.

Puede ser unipersonal (integrado por un árbitro único) o colegiado (integrado por más de un árbitro). Su función es resolver la disputa sometida a arbitraje mediante aplicación de las normas de procedimiento y substantivas aplicables al caso.

En este diccionario, el tribunal arbitral unipersonal (árbitro único) se encuentra definido bajo la voz «árbitro». En consecuencia, bajo la voz «tribunal arbitral» se tratará al tribunal colegiado.

1. Selección, nombramiento, número y cualidades de los árbitros

La particularidad del arbitraje es que, por lo general, no existe un tribunal arbitral preexistente, sino que este debe ser constituido para cada arbitraje. Esto hace de la selección de los árbitros uno de los aspectos más característicos del proceso arbitral.

En el ámbito del arbitraje, se dice habitualmente que «un arbitraje será tan bueno como su tribunal arbitral». Con ello se destaca la importancia que tiene la selección de buenos árbitros para el buen arbitraje de las disputas sometidas a su decisión, lo cual redundará finalmente en la buena reputación del arbitraje como mecanismo para resolver disputas.

Lo habitual es que la selección y nombramiento de los árbitros no ocurra en la cláusula arbitral, sino que se deje para una etapa posterior, cuando se produzca la controversia.

No se considera óptimo designar árbitros *a priori*, antes de que la disputa haya surgido, pues no será posible definir de antemano el perfil de los árbitros adecuados para la disputa que en concreto pueda surgir, como tampoco se podrá saber si estos estarán disponibles o dispuestos a aceptar el nombramiento cuando se produzca la controversia.

Por otro lado, no es común indicar en la cláusula arbitral las cualidades que deban reunir los árbitros, lo que pudiera limitar a futuro la selección del tribunal arbitral más adecuado a la disputa que se presente. En algunos casos, sin embargo, se suelen precisar requisitos como el conocimiento de determinado idioma o de alguna especialidad.

Sin embargo, es común que las partes, teniendo en cuenta las características del contrato, acuerden en la cláusula arbitral el número de árbitros (uno o más árbitros) y el mecanismo de nombramiento. De no hacerlo, tendrán efecto las normas supletorias de acuerdo con la ley o el regla-

mento de arbitraje, según si las partes hayan elegido arbitraje ad hoc o arbitraje institucional.

La cuantía y complejidad del caso tienen incidencia en el número de árbitros. Los árbitros únicos son generalmente preferidos para casos menos complejos y de cuantía reducida. Para casos complejos y de alta cuantía, se considera que es más efectivo un tribunal colegiado, cuyo laudo, se estima, tendrá mayores probabilidades de ser aceptado por las partes.

Tratándose de un tribunal colegiado, el número de sus miembros es, por lo general, impar para facilitar la toma de decisiones; lo habitual es que esté compuesto por tres árbitros. Normalmente, cada parte tiene derecho a nombrar un árbitro (coárbitro), en tanto que el tercer árbitro (el presidente) es elegido ya sea por las partes, o por los árbitros nombrados por estas, o por la institución arbitral, o de alguna otra manera, dependiendo de la normativa aplicable.

Las partes deben considerar las condiciones y cualidades que deben reunir los árbitros para la eficaz resolución de la disputa. A la capacidad jurídica para ser árbitro que deben reunir todos los integrantes del tribunal, se suman criterios como el conocimiento especializado y experiencia en la materia sometida a su decisión, el dominio adecuado de la lengua del arbitraje, la nacionalidad, la experiencia práctica como árbitro, la diligencia, la integridad y también la disponibilidad de tiempo. En el caso de un tribunal colegiado, al menos uno de sus miembros (de preferencia el presidente) debe ser abogado o especialista en arbitraje.

Numerosas legislaciones e instituciones de arbitraje exigen que los árbitros cumplan con cualidades éticas. Además, establecen la exigencia fundamental de imparcialidad e independencia de los árbitros respecto de las partes desde su nombramiento hasta el término del arbitraje.

Asimismo, la nacionalidad de los cobitros puede influir en la selección del árbitro presidente. La mayoría de las instituciones arbitrales líderes buscan nombrar presidente del tribunal arbitral a una persona de una nacionalidad distinta a aquella de las partes y de los coárbitros, para reforzar la neutralidad.

Cada autoridad nominadora de árbitros (institución arbitral u otra) tiene su propio método de selección de árbitros. A las normas que se contienen en las legislaciones o reglamentos de arbitraje, se agregan las prácticas de cada institución. En el arbitraje institucional, algunas instituciones arbitrales usan sistemas de listas de árbitros, que son publicadas en sus páginas web. Otras instituciones no cuentan con listas preestablecidas de árbitros, sino que realizan la selección para cada caso en reunión de los miembros del consejo de la institución con base en su conocimiento de los mejores árbitros existentes.

2. Procedimiento ante el tribunal arbitral

El procedimiento ante el tribunal arbitral se sujeta a las normas y calendario procesal acordados entre las partes y el tribunal arbitral.

Tratándose del arbitraje institucional, el procedimiento debe someterse además a la normativa contenida en el reglamento de arbitraje, así como guías e instrucciones que haya dictado la respectiva institución arbitral. Todo ello con debida sujeción a las normas imperativas y de orden público de la sede del arbitraje y disposiciones contenidas en acuerdos internacionales aplicables al arbitraje.

3. Las deliberaciones y votaciones en el tribunal arbitral

El valor de tener un tribunal colegiado es el de que exista un diálogo entre sus miembros. Al presidente del tribunal arbitral le incumbe el importante rol de dirigir las deliberaciones, así como también todas las reuniones y audiencias. También a él le concierne la labor de mantener

la correspondencia con las partes, redactar las órdenes del tribunal, y, en muchos casos, redactar el laudo arbitral.

Las deliberaciones del tribunal arbitral pueden realizarse por diversos medios, lo cual incluye el uso de correos electrónicos, conferencias telefónicas y videoconferencias. Su contenido no debe ser revelado a las partes.

En sus deliberaciones, el tribunal arbitral tendrá por meta arribar a una decisión unánime y, de no lograrse, a una decisión por mayoría.

La gran mayoría de las leyes y reglamentos de arbitraje modernos permiten que las decisiones se tomen por mayoría de votos, salvo acuerdo en contrario.

Así, por ejemplo, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1985, con enmiendas adoptadas en 2006 dispone:

Artículo 29. Adopción de decisiones cuando hay más de un árbitro

En las actuaciones arbitrales en que haya más de un árbitro, toda decisión del tribunal arbitral se adoptará, salvo acuerdo en contrario de las partes, por mayoría de votos de todos los miembros. Sin embargo, el árbitro presidente podrá decidir cuestiones de procedimiento, si así lo autorizan las partes o todos los miembros del tribunal.

Pudiera darse el caso de que todos los árbitros tuvieran diferentes opiniones sobre la decisión apropiada de una disputa, en cuyo caso no habría mayoría. En tales situaciones, algunas legislaciones y reglamentos de arbitraje permiten que la opinión del presidente sea la decisiva, autorizando al presidente del tribunal para redactar el laudo solo.

En este sentido, el Reglamento de Arbitraje de la CCI dispone:

Artículo 32

Pronunciamiento del laudo

1. Cuando el tribunal arbitral esté compuesto por más de un árbitro, el laudo se dictará por mayoría. A falta de mayoría, el presidente del tribunal arbitral dictará el laudo él solo.
2. [...].

Tratándose de legislaciones y reglamentos de arbitraje que exigen una mayoría, las deliberaciones deberán continuar hasta lograr una mayoría.

Algunos reglamentos de arbitraje exigen que el laudo sea firmado por todos los árbitros. Otros prescriben que, habiendo más de un árbitro, si uno de ellos no firmara, el laudo debe contener la razón de la ausencia de la firma.

Así, por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Finlandia (FAI) señala:

43.2. El laudo deberá ser firmado por los árbitros, y precisar la sede del arbitraje y la fecha de dictación del laudo. Cuando hubiera más de un árbitro y uno de ellos no firmara, el laudo deberá contener la razón de la ausencia de la firma.

Es así como, en las legislaciones arbitrales modernas, en el caso de existir opiniones distintas, el árbitro disidente puede optar por no firmar el laudo arbitral, lo cual no impedirá la finalidad del laudo.

En el voto disidente, el árbitro suele explicar las razones de su disidencia en la forma de una opinión disidente que puede ser anexada al laudo arbitral con el consentimiento de los demás árbitros, o bien, enviada a las partes en forma separada. La opinión disidente no forma parte del

laudo arbitral, ni constituye un laudo separado, sino que es una opinión carente de las consecuencias legales de un laudo. La opinión disidente debe ser emitida respetando la confidencialidad de las deliberaciones arbitrales, la colegialidad del tribunal arbitral, así como los deberes de imparcialidad y diligencia del árbitro.

4. Honorarios del tribunal arbitral y reembolso de gastos

Lo habitual es que la función prestada por el tribunal arbitral sea remunerada. Las partes se obligan a pagar los honorarios al tribunal arbitral por el servicio prestado y a reembolsar los gastos del tribunal incurridos como consecuencia del arbitraje.

En el arbitraje *ad hoc*, las partes acuerdan los honorarios y el reembolso de los gastos con el tribunal arbitral. El tribunal arbitral fija sus honorarios profesionales.

En el arbitraje institucional, los honorarios y gastos del tribunal arbitral son normalmente fijados de manera exclusiva por la institución arbitral al final del procedimiento arbitral.

En cuanto a los honorarios, los reglamentos de arbitraje contienen sistemas de fijación de honorarios por hora o día, o de acuerdo con tablas preestablecidas que se publican en la página web de la institución arbitral para conocimiento de los usuarios. Estas tablas se basan en la cuantía de la disputa, tienen un valor referencial y aproximado, indicando los honorarios totales del tribunal arbitral en su valor mínimo, medio y máximo. Cuando el tribunal es colegiado, es habitual que se fijen los honorarios del presidente entre un 40 a 50 % y que los honorarios para cada uno de los árbitros nombrados por las partes se fijen en un 25 a 30 %, salvo que los árbitros acuerden una distribución diferente del total de sus honorarios o que la institución arbitral aplique una distribución distinta.

La institución arbitral también fija los gastos razonables por concepto de viajes, desplazamiento, hotel, comidas, correo privado o de alquiler de locales para desarrollar las audiencias, entre otros posibles gastos del tribunal. Estos gastos son pagados una vez concluido el procedimiento arbitral o a medida en que va desarrollando el arbitraje mediante la provisión de fondos pagada por las partes.

5. El uso de secretarios arbitrales

Es habitual que los tribunales arbitrales designen secretarios arbitrales para asistirlos en tareas administrativas. Su designación y uso adecuado se encuentran regulados por la mayoría de las instituciones arbitrales de prestigio.

Entre otros aspectos regulados, su uso debe contar con el consentimiento o conocimiento de las partes, por lo general no debe incrementar los costos del arbitraje, y su función no debe extenderse más allá de tareas meramente administrativas y organizativas del arbitraje.

Todo lo anterior con el objeto de que el uso de secretarios arbitrales sea un aporte a la eficiencia del trabajo del tribunal arbitral, garantizándose a la vez la legitimidad e integridad del procedimiento arbitral.

Autor: Adriana Aravena-Jokelainen

(Abogada de Chile. Administradora de casos en el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Finlandia, Helsinki)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: REDFERN, Alan, HUNTER, Martín, BLACKABY, Nigel y PARTASIDES, Constantine. «The Establishment and Organisation of an Arbitral Tribunal» y «The Award», *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Sweet & Maxwell, 2004, pp. 177-232 y pp. 351-392; BORN, Gary B. «Chapter 11 Selection, Challenge and Replacement of Arbitrators in International Arbitration», *International Commercial Arbitration*, vol. I, Kluwer Law International, 2009, pp. 1349-

1592 y «Chapter 22: Form and Contents of International Arbitral Awards», *International Commercial Arbitration*, vol. II, Kluwer Law International, 2009, pp. 2459-2470; PICAND ALBÓNICO, Eduardo. «III. La Constitución del Tribunal Arbitral Internacional», *Arbitraje Comercial Internacional*, tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 2005, pp. 22-55.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje. Arbitraje *ad hoc*. Arbitraje institucional. Árbitro. Laudo arbitral. Reglamento de arbitraje.

TRIBUNALES MERCANTILES INTERNACIONALES

Los tribunales mercantiles internacionales (en adelante, «TMI») son aquellos órganos jurisdiccionales estatales cuyas materias de enjuiciamiento revisten un carácter internacional. No se trata de tribunales internacionales en el sentido de que, en su composición, hay miembros de distintos países.

A nivel europeo, las únicas jurisdicciones que contemplan, a día de hoy, los TMI dentro de su organigrama judicial son UK, Francia, Países Bajos y Bélgica, lo que explica la existencia de tribunales mercantiles internacionales en Londres, París, Ámsterdam y Bruselas.

Tienen la consideración de litigio internacional todo aquel litigio que cumple con las siguientes características:

- a) Las partes están domiciliadas en Estados distintos.
- b) El lugar de ejecución o de cumplimiento de la obligación principal es distinto al del domicilio de las mismas.
- c) El litigio trasciende a más de un Estado.

- d) Los elementos para la resolución del litigio forman parte de un Derecho extranjero.

Las materias que se resuelven en los TMI tienen, casi siempre, una naturaleza económica y comercial internacional, como pueden ser los litigios relacionados con la contratación internacional, el transporte o la competencia desleal.

Por lo demás, un conflicto que implique a una pluralidad de ordenamientos y una multiplicidad de jurisdicciones convierte en necesaria la instauración de órganos especializados con un amplio y profundo conocimiento de la materia, motivo por el cual numerosos Estados europeos están apostando por su creación, muy particularmente desde el Brexit.

Los TMI se caracterizan, principalmente, por los siguientes elementos:

1. Alta especialización de los jueces, sumada a una sólida experiencia en contratación internacional.
2. La regulación de su funcionamiento se canaliza mediante un Reglamento o Protocolo específico, a menos que las leyes procedimentales nacionales contemplen la posibilidad de introducir en el sistema judicial unos órganos de naturaleza internacional.
3. Existencia de dos instancias que permiten la interposición de un recurso de apelación en la misma jurisdicción internacional, evitando así la pérdida de especialización en caso de tener que acudir a la vía ordinaria.
4. El Derecho sustancial que regula el litigio es el nacional del Estado en el que se halla el TMI.

5. La lengua vehicular usada en los litigios internacionales es, normalmente, la oficial de la propia jurisdicción donde se ubica el TMI, así como la lengua inglesa.
6. El calendario procesal viene fijado por el juez, siempre dentro de los límites establecidos en el Reglamento de funcionamiento del TMI para evitar dilaciones indebidas.
7. Posibilidad de recurrir a peritos en aquellos casos en que sea necesario.
8. Los TMI acostumbran a ser tribunales colegiados cuyos miembros son elegidos según la materia litigiosa y la experiencia que tengan en la misma.
9. La gran mayoría de los costes del proceso son asumidos por el propio Estado, como herramienta para fomentar la plaza litigadora.
10. La interposición de un litigio ante un TMI viene determinada por una cláusula de sumisión expresa a los mismos (salvo para aquellas materias reservadas a los tribunales ordinarios).
11. Su procedimiento se caracteriza por la oralidad así como por un mayor protagonismo de la práctica de la prueba.

*Autora: Claudia Cañas Mata
(Abogada, Barcelona)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Convenios de los TMI de las ciudades nombradas anteriormente.

TRUST

1. Introducción

El *trust* es una institución jurídica desarrollada por los tribunales de equidad en los países de *common law* en virtud de la cual una persona, el constituyente o fundador (*settlor*), por un acto unilateral, ya sea *inter vivos* o *mortis causa*, transfiere todos los derechos sobre uno o varios bienes de cualquier naturaleza a otra persona (*trustee*) para que este los cuide y administre en beneficio de una tercera persona (*beneficiary*) al que se debe permitir la posesión y disfrute de esa propiedad hasta que llegue el momento de transmitirle la misma. De todo lo anterior puede concluirse que en la figura del *trust* existe una división del derecho de propiedad o, dicho de otro modo, una propiedad compartida o un doble derecho de propiedad sobre los bienes objeto del *trust*. De una parte, el *trustee* a quien se le transfiere la propiedad será el *legal ownership* y, de otra, el beneficiario a favor del cual se constituye el *trust* será el *equity ownership*.

Esta institución resulta desconocida para los juristas de tradición civilista y, por supuesto, en el ordenamiento jurídico español donde la propiedad no es un concepto abstracto. Por este motivo esta institución resulta de difícil encaje en los países de *civil law* a pesar de los reiterados intentos de asimilarla a otras figuras jurídicas como la fiducia. Por otra parte, una de las principales preocupaciones sobre la introducción de esta figura en los sistemas de Derecho civil es su falta de formalidad pero, sobre todo, la posibilidad de utilizar esta figura para la evasión de impuestos.

Pues bien, a pesar de su escasa utilización en nuestro país, la doctrina española ha analizado y estudiado a fondo esta materia si bien resulta más limitada cuando se trata de examinar las relaciones entre el *trust* y el Derecho internacional privado. Más complicado resulta, sin embargo, encontrar referencias a esta figura en la jurisprudencia de nuestros tribunales que permita aportar luz al estudio y análisis de esta cuestión. Baste citar, *ad ex.*, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2008,

donde la Sala tuvo ocasión de definir el *trust* como «una figura por la que se establece una relación fiduciaria en la que una persona es el titular del derecho de propiedad sujeto a una obligación de equidad de mantener o usar la propiedad en beneficio de otra», añadiendo que «se puede constituir el *trust* tanto por acto inter vivos como *mortis causa*».

2. Clasificación de los trusts

Existen diversos tipos de *trust*, y en lo que a su clasificación se refiere no existe unanimidad ya que puede llevarse a cabo atendiendo a diferentes criterios, bien sea:

- a) Por su forma de constitución —*express trusts, implied trusts, resulting trusts, constructive trusts* o *statutory trusts*—.
- b) Por los tipos de beneficiarios de los mismos —*private and public trusts (charitable trusts)*—.
- c) Por el carácter del interés que trata de regular —*fixed o discretionary trusts*—.
- d) Por la naturaleza de los deberes que impone —*simple and special trusts*—.

En la actualidad, cabe agrupar los distintos *trusts* en tres grandes grupos, a saber: *express private trusts, resulting trusts and constructive trusts*.

Para la constitución de un *trusts* deben concurrir las denominadas tres certezas (*certainties*): a) *certainty of intention*, es decir, que el *settlor* tuviese intención expresa (cuando se trate de un *express trusts*) o tácita (cuando nos encontremos ante un *implied trust* o *resulting trust*) de crear un *trust*; b) *certainty of subject matter*, que implica la identificación de los bienes que son objeto del *trust*; y, c) *certainty of object*, que permite identificar a los beneficiarios del *trust*.

3. *Características del trust*

Tal y como se detalla en el Convenio de La Haya de 1985 sobre la ley aplicable al *trust* y a su reconocimiento, *el trust* posee las siguientes características:

- a) los bienes del *trust* constituyen un fondo separado y no forman parte del patrimonio del *trustee*;
- b) el título sobre los bienes del *trust* se establece en nombre del *trustee* o de otra persona por cuenta del *trustee*;
- c) el *trustee* tiene la facultad y la obligación, de las que debe rendir cuenta, de administrar, gestionar o disponer de los bienes según las condiciones del *trust* y las obligaciones particulares que la ley le imponga.

4. *El trust y las normas de Derecho internacional privado*

El desconocimiento de esta figura jurídica, y su prácticamente nula utilización en nuestro ordenamiento jurídico, no impide, sin embargo, su extraordinaria transcendencia en los sistemas de *common law* donde es una de las instituciones más utilizadas debido a su flexibilidad, informalidad y facilidad de uso. Este hecho tiene su reflejo en la existencia del Convenio de La Haya sobre la ley aplicable al *trust* y a su reconocimiento. De acuerdo con su redacción el término *trust* se refiere:

a las relaciones jurídicas creadas —por acto *inter vivos* o *mortis causa*— por una persona, el constituyente, mediante la colocación de bienes bajo el control de un *trustee* en interés de un beneficiario o con un fin determinado.

Este Convenio, que tiene por objeto establecer disposiciones comunes sobre la ley aplicable al *trust* y resolver los problemas más importantes relativos a su reconocimiento, entró en vigor en enero de 1992 pero España aún no lo ha firmado. Sin embargo, en el ámbito de la Unión Europea, algunos países de tradición civilista como Chipre, Italia, Malta,

Luxemburgo y Países Bajos ya lo han ratificado mientras que Francia lo ha firmado a falta de ratificación.

Además del mencionado texto, existen otras iniciativas en Europa encaminadas a facilitar la comprensión de la figura del *trust* y fomentar y permitir su incorporación y desarrollo en los países de tradición civilista, como los denominados *Principles of European Trust Law*, o el proyecto de *Common Core of European Private Law* que intentan demostrar la existencia de una interrelación entre las diferentes leyes nacionales y el concepto de *trust* y proponen un modelo de Derecho europeo sobre el *trust*. Igualmente, el *Draft Common Frame of Reference (DCFR)* (disponible en http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf), que contiene un conjunto de principios, definiciones y leyes modelo para el Derecho privado europeo (*Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*) incluye disposiciones referidas a los *trusts*. Este documento incorpora en su libro X una propuesta de *trust* europeo y define el mismo de la siguiente manera:

A trust is a legal relationship in which a trustee is obliged to administer or dispose of one or more assets (the trust fund) in accordance with the terms governing the relationship (trust terms) to benefit a beneficiary or advance public benefit purposes.

5. *Problemas que plantea su reconocimiento en Derecho español*

Pues bien, la figura del *trust* ha planteado problemas a nuestros tribunales a la hora de determinar su competencia y la norma de conflicto de aplicación para identificar la ley aplicable al fondo del asunto. Dificultades lógicas por tratarse de una institución que se encuentra huérfana de regulación en nuestro ordenamiento jurídico pues tanto los instrumentos de la Unión Europea en materia de competencia judicial internacional —Reglamento Bruselas I *bis* y Reglamento sobre sucesiones internacionales—, cuanto nuestro régimen interno regulado en la LOPJ excluyen, total o parcialmente, esta figura jurídica de su regulación.

El mismo esquema se reproduce a la hora de determinar la ley aplicable, puesto que el Reglamento Roma I, el Reglamento Roma II y el Reglamento sobre sucesiones internacionales, salvo excepciones puntuales, excluyen esta institución de sus respectivos ámbitos de aplicación, mientras que el Código Civil tampoco prevé una norma de conflicto en esta materia.

Finalmente, a nivel convencional, el Convenio de La Haya de 1985 aún no ha sido firmado por España por lo que tampoco puede aportar soluciones efectivas en esta materia.

6. Posibles soluciones

Esto significa que en el momento actual las normas de Derecho internacional privado español no aportan soluciones satisfactorias para aquellos supuestos que se planteen ante nuestros tribunales en los que inter venga la figura del *trust*. Sin duda alguna, el Convenio de La Haya de 1985 está llamado a ser un instrumento que facilite el acuerdo sobre esta institución entre los diferentes sistemas jurídicos y el reconocimiento de las normas de conflicto aplicables al *trust*, y podría constituir el paso previo a la aceptación de esta institución en las legislaciones nacionales de los países de *civil law*. Por todo ello, en ausencia de una regulación específica en el seno de la Unión Europea, la aplicación de este Convenio podría aportar elementos eficaces en nuestro ordenamiento jurídico desde la perspectiva del Derecho internacional privado.

Es cierto que no faltan argumentos razonables y razonados en contra de esta propuesta si tenemos en cuenta: a) que se trata de una institución propia de los sistemas de *common law* totalmente ajena a los sistemas de Derecho civil; b) que su reconocimiento y uso podría contribuir a la salida de capitales de nuestro país e incluso a la evasión de impuestos; c) que esta institución reconoce la división del derecho de propiedad contrariamente al derecho de unidad consagrado en nuestro sistema jurídico; y d) que puede plantear problemas de aplicación por su concepción

antagónica con el sistema de legítimas previsto en nuestro ordenamiento jurídico.

No obstante, todos estos argumentos se pueden refutar y el ejemplo de algunos países de nuestro entorno que ya han ratificado el Convenio puede ser ilustrativo. En cualquier caso, se trata de utilizar esta figura jurídica para fines que no contravengan las normas en vigor impidiendo su aplicación en fraude de ley, por ejemplo, para la evasión de impuestos o el blanqueo de capitales, cuestión que podría lograrse con una adecuada regulación de esta institución.

Frente a estos argumentos, cabe señalar que las ventajas que puede aportar la ratificación del Convenio de La Haya son múltiples y variadas; en primer lugar, la introducción del concepto de esta institución en la práctica jurídica española; en segundo lugar, la unificación de las normas de conflicto y de Derecho material aplicable al *trust* que reduciría la problemática que se le plantea a nuestros tribunales a la hora de determinar la norma de conflicto aplicable a esta institución y contribuiría a alcanzar soluciones más satisfactorias que las logradas hasta la fecha; en tercer lugar, el reconocimiento de los *trusts* constituidos con arreglo a la ley de otro Estado determinada con arreglo al Convenio; en fin, teniendo en cuenta que ninguna institución en nuestro Derecho puede llevar a cabo todas las funciones que el *trust* desarrolla —gestión de la propiedad, protección del patrimonio, aspectos fiscales— la flexibilidad que podría aportar esta institución puede ser otro argumento importante a favor de la ratificación del Convenio.

Autor: Raúl Lafuente Sánchez
(Profesor titular de Derecho Internacional Privado,
Universidad de Alicante)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: ARROYO AMAYUELAS, E. (coord.). *El trust en el Derecho civil*, Barcelona, Bosh, 2007; ASÍN CABRERA, M. A. «La ley aplicable al *trust* en el sistema de Derecho inter-

nacional privado español», *Revista General de Derecho*, n.º 547, 1990, pp. 2089-2120; BARRIÈRE, F. *La reception du trust au travers de la fiducie*, Lexis-Nexis, 2004; BRAUN, A. «Trusts in the Draft Common Frame of Reference. The “Best Solution” for Europe?», *The Cambridge Law Journal*, n.º 70, 2011, pp. 327-352; CÁMARA LAPUENTE, S. «El *trust* y la fiducia: posibilidades para una armonización europea», en CÁMARA LAPUENTE, S. (coord.). *Derecho privado europeo*, Madrid, Colex, 2003, pp. 1099-1172; CHECA MARTÍNEZ, M. *El «trust» angloamericano en el Derecho español*, Madrid, McGraw Hill, 1998; DE ARESPACOHAGA, J. *El trust, la fiducia y figuras afines*, Madrid, Marcial Pons, 2000; GONZÁLEZ BEILFUSS, C. *El trust: la institución angloamericana y el Derecho internacional privado español*, Barcelona, Bosh, 1997; HARRIS, J. *The Hague Trusts Convention*, Oxford, Hart Publishing, 2002; HAYTON, D. «The uses of *trusts* in the commercial context», en HAYTON, D. (ed.). *Modern international development in Trust law*, London, Kluwer Law International, 1999, pp. 145-168; HAYTON, D. J., KORTMANN, S. C. J. J. y VERHAGEN, H. L. E. *Principles Of European Trust Law*, Kluwer Law International, 1999; LAFUENTE SÁNCHEZ, R. «Cuestiones actuales sobre los *trusts* testamentarios y el Derecho internacional privado», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, tomo XIV-XV, 2014-2015, pp. 523-561; PETTIT, P. H. *Equity and the Law of Trusts*, 10.^a ed., Oxford, Oxford University Press, 2006; VIRGÓS SORIANO, M. *El trust y el Derecho español*, Navarra, Thomson Civitas, 2006.

U

UNIÓN DE HECHO

Se entiende por unión de hecho a la relación análoga a la conyugal, la cual consiste en un compromiso de vida en común entre dos personas del mismo sexo o de sexo diferente. Esta definición se ha extraído del artículo 1 del Convenio relativo al reconocimiento de uniones de hecho

inscritas, hecho en Múnich el 5 de septiembre de 2007, que si bien no está en vigor, por la falta de ratificaciones necesarias para ello, España es Estado signatario del instrumento internacional desde el año 2009. Ahora bien, en la definición que ofrece el Convenio se alude expresamente a la unión de hecho inscrita, por lo que al concepto inicial se le añade la necesidad de la inscripción registral efectuada ante una autoridad pública, con excepción del matrimonio. Por lo tanto, parece inferirse de lo anterior que pueden encontrarse distintas denominaciones para referirse a esta forma no matrimonial de organizar las relaciones humanas.

En efecto, entre los términos más empleados destacan los de concubinato, matrimonio de hecho, convivencia *more uxorio*, uniones extramatrimoniales o uniones de hecho, familia de hecho, unión o pareja paramatrimonial. Por su parte, una referencia al Derecho comparado permite constatar que actualmente en Francia la doctrina emplea los términos de *concubinage* o *unión libre* indiferentemente, para aludir a las relaciones fuera del matrimonio que presentan cierta duración y estabilidad. En el caso de Italia, la expresión «concubinato» se rechaza por considerarla peyorativa, por lo que se utilizan otras palabras como *convivencia more uxorio*, *familia di fatto*, *familia non fondata sul matrimonio*, *istituzione ombra*. En relación con los países del *common law*, se recurre con frecuencia a *marriage like unions*, *free unions*, *cohabitation*, *de facto relationship*, *new marriages*, *paramarriages*. En definitiva, se comprueba la ausencia de una terminología común y la existencia de una variedad de vocablos para referirse a la pareja de hecho dentro de un mismo país y entre países diferentes, lo que se corresponde con la diversidad de regulaciones materiales en los distintos Derechos estatales.

Algunos Derechos desconocen la existencia de las uniones de hecho, al considerar que pertenecen al mundo de los hechos y no al de lo jurídico. Por esta razón no les atribuyen eficacia, aunque alguna consecuencia sí se deriva de este pretendido desconocimiento. Otros Derechos son hostiles a esta figura y, por lo tanto, atribuyen una eficacia jurídica negativa

a las uniones. Un tercer grupo se corresponde con el de los ordenamientos que les otorgan efectos positivos y les reconocen una serie de consecuencias que pueden asimilarse a las del matrimonio o a las de instituciones del Derecho común. En este último bloque podemos encuadrar a países como Francia, Bélgica, Suecia, Dinamarca, Holanda, Finlandia, Alemania o Portugal, entre otros, que cuentan con una regulación jurídica de las parejas de hecho, aunque con notables diferencias entre unos y otros por lo que respecta a la existencia y constitución, a los efectos legales y a la disolución de estas uniones.

Por lo que refiere al ordenamiento jurídico español, tampoco es ajeno a esta figura, aunque no exista una ley de uniones de hecho a nivel estatal, sino que cada Comunidad Autónoma ha elaborado su propia legislación de parejas registradas, lo que ha dado lugar a diferencias entre ellas relativas a los requisitos para su constitución y, en concreto, respecto al carácter constitutivo o meramente declarativo de la inscripción registral de estas parejas. En este sentido, se pueden distinguir dos grandes bloques, uno primero, el de carácter jurídico-público o administrativo, en el que se equipara a las parejas de hecho con los matrimonios en sus relaciones con las administraciones públicas de la Comunidad Autónoma correspondiente y que serían los casos de Aragón, Asturias o Canarias, entre otras. El segundo bloque sería el de carácter jurídico-privado o sustantivo, que se ocupa del régimen económico y personal derivado de la convivencia o de su cese. Así, por ejemplo, las leyes de Valencia, Madrid o Asturias prevén pactos económicos entre la pareja o la atribución de derechos sucesorios distintos a los estatales.

La existencia de regulación, aunque sea autonómica y no estatal, sobre una realidad fáctica puede considerarse positiva, por cuanto aporta seguridad jurídica y certeza a los miembros de una pareja registrada, lo que podría representar la faceta más loable de esta situación. Pero, al mismo tiempo, la normativa en cuestión presenta otro lado más negativo, por cuanto algunas de estas normas se han elaborado sin competencia legislativa para ello y, por ende, su inconstitucionalidad es más que evidente.

Así lo pone de manifiesto, entre otras, la Sentencia del Tribunal Constitucional 81/2013 de 11 de abril, por la que se declaran inconstitucionales y nulos los artículos 4 y 5 de la Ley de la Asamblea de Madrid 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho, por entender que dichos preceptos regulan los pactos de contenido económico y patrimonial que pueden celebrar los integrantes de una unión de hecho para ordenar su convivencia.

Como quiera que la regulación descrita se inserta de lleno en el ámbito de las relaciones personales y patrimoniales de los integrantes de la unión de hecho, se considera que tiene una naturaleza propia de la materia regulada por el Derecho civil. En dicha materia el Estado ostenta, conforme al primer inciso del artículo 149.1.8 CE, la competencia exclusiva sobre «legislación civil; sin perjuicio de la conservación, modificación o desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan». Como esta última circunstancia, la previa existencia de un Derecho civil foral o especial, no concurre en el caso de la Comunidad de Madrid, cuyo Estatuto de Autonomía no recoge mención alguna a competencias autonómicas en este ámbito, es por lo que dichos preceptos de la ley autonómica en cuestión fueron catalogados de contrarios al texto constitucional y, por ende, desprovistos de la correspondiente operatividad. Aunque no es el único caso de inconstitucionalidad de leyes autonómicas, también han corrido una suerte parecida, por ejemplo, algunos preceptos de la Ley Foral Navarra 6/2000 de 3 de julio para la igualdad jurídica de las parejas estables o de la Ley Valenciana de uniones de hecho de 15 de octubre de 2012. De tal forma que parece recomendable abogar por una uniformidad en el tratamiento jurídico de las parejas registradas, que acabe con la discriminación existente cuando se produce la movilidad de este colectivo dentro del territorio español o de la Unión Europea.

Con todo, se trata de un nuevo modelo de familia, que irrumpe con fuerza en la realidad social de nuestros días y que está adquiriendo un mayor peso como fórmula de convivencia frente al tradicional modelo

del matrimonio. De los más de 500 millones de habitantes que tiene la Unión Europea, según los datos estadísticos que pueden consultarse en eurostat, se cifran en 16 millones las parejas con elemento extranjero residentes en los Estados miembros. Aunque en 2011 casi las tres cuartas partes de todas las familias en la Europa de los veintiocho estaban compuestas por parejas casadas (71,2 %), las uniones registradas, las consensuales y las familias monoparentales representaron algo más de la cuarta parte de todos los núcleos familiares (28,8 %). Por lo tanto, a pesar del importante protagonismo que sigue teniendo el matrimonio, las demás estructuras sociales han ido ganando cada vez más terreno en el continente europeo. Ante esta situación, se comprende que el Derecho internacional privado de familia en la Unión Europea haya ido ampliando su dimensión, con la aprobación de nuevos textos jurídicos que han venido a regular aspectos hasta entonces carentes de normativa.

Desde el comienzo del siglo XXI, se han ido adoptando diferentes reglamentos encaminados a dar respuesta a los litigios entre particulares con elemento extranjero que tienen una dimensión intracomunitaria. Así, en primer lugar, podemos hacer referencia al Reglamento (CE) número 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, también llamado Bruselas II y que ha sido sustituido por el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019, que se aplicará a partir del 1 de agosto de 2022. A continuación, destaca el Reglamento (UE) número 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, conocido con el nombre de Roma III. En tercer lugar, es posible aludir al Reglamento (CE) 4/2009 del Consejo de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación que, junto al Protocolo de La Haya de 2007, cubre la materia de las obligaciones de alimentos. También debe tenerse en cuenta el Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de

2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo.

A los anteriores, habría que sumar otros dos que han venido a completar la regulación del Derecho de familia en la Unión Europea, desde la perspectiva de los conflictos de leyes y de jurisdicciones. Nos estamos refiriendo al Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales y al Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas. En concreto, este último es el que más nos interesa, por cuanto supone una unificación de las normas de Derecho internacional privado entre los Estados parte y evita, así, el *forum shopping* de los convivientes que se podría producir, en caso de conflicto sobre los efectos patrimoniales derivados de su unión, al acudir al tribunal cuya ley aplicable más les pudiera beneficiar. Con la existencia del Reglamento sobre los efectos patrimoniales de las uniones registradas, todos los países en los que se aplique tendrán la misma solución para resolver los problemas de tráfico jurídico externo, aunque siga existiendo una fraccionamiento jurídico en el Derecho material o sustantivo.

Otro aspecto importante, antes de entrar de lleno en los distintos problemas transfronterizos que se derivan de la convivencia de una pareja de hecho, viene determinado por los requisitos que el ordenamiento puede exigir para considerar que la unión de dos sujetos puede producir determinados efectos jurídicos. No encontramos en la jurisprudencia la necesidad de cumplir ciertas formalidades para considerar existente una unión de hecho, pero sí se han dado ciertas pautas en la Sentencia del

Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 18 de mayo de 1992 (RJA 4907), según la cual: «La convivencia «more uxorio», ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunal vida amplia, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar». En definitiva, se trata de que haya una convivencia estable y duradera en el tiempo, así como de que la pareja contribuya y participe en el desarrollo y funcionamiento de la familia.

1. Existencia y constitución de la unión de hecho

Uno de los primeros problemas que plantea la unión de hecho desde la perspectiva del Derecho internacional privado español es la ausencia de norma que determine la ley aplicable al establecimiento de una pareja estable y, por ende, a su constitución. La doctrina no se muestra unívoca sobre las posibles soluciones al respecto, de tal forma que en algunos casos se ha recurrido a las normas de Derecho internacional privado sobre el matrimonio y en otros a las de los contratos. Pero existe una tercera posibilidad, que pasa por acudir al carácter familiar de la unión de hecho, como calificación jurídica de la relación internacional, al amparo del artículo 12, párrafo primero, del Código Civil, tal y como se establece en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 10 de mayo de 2017 (BOE n.º 127, de 29 de mayo de 2017). En consecuencia, sería aplicable a las parejas no casadas el artículo 9.1 del Código Civil, que señala la ley aplicable a los derechos y deberes de familia de conformidad con la ley nacional de las personas físicas, lo que permitiría integrar la laguna existente en el Derecho internacional privado español. Por su parte, las parejas de hecho inscritas en Registros Públicos de otros Estados deben sujetarse a la ley del país donde se ha llevado a cabo por primera vez la inscripción de dicha unión, lo que está en consonancia con el artículo 21 del TFUE de permitir que todo ciudadano de la Unión tenga derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros y, por ende, se conculcaría lo anterior

si el Estado donde se encuentra la pareja no la reconoce a pesar de haberse registrado en otro Estado miembros, donde existe y es perfectamente válida.

2. Efectos jurídicos derivados de la unión de hecho

En función del efecto jurídico que se derive de la unión, habrá que estar a la correspondiente norma de Derecho internacional privado europeo o español que lo regule. Así, los derechos sucesorios de los convivientes, se regularán por el Reglamento sucesorio europeo 650/2012; los alimentos y pensiones después de la ruptura de la pareja, se regirán por el Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007; los efectos personales no se contemplan en ninguna norma de Derecho internacional privado española ni europea, por lo que se podrá acudir al principio general de la vinculación más estrecha; la filiación de los hijos comunes, se someterá a la ley designada por el artículo 9.4 del Código Civil; la custodia de los menores y las relaciones paterno filiales, así como los derechos de visita y demás aspectos de la responsabilidad parental sobre los menores, se sujetarán al Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996; para la adopción de la pareja de hecho habrá que estar a lo que establezca la ley de adopción internacional y, por último, el régimen económico de la pareja de hecho cuenta con un Reglamento específico para resolverlo, que es el 2016/1104, de 24 de junio de 2016, en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas.

3. Especial referencia a los efectos patrimoniales de las uniones registradas

A pesar de la laguna legal existente en el Derecho internacional privado español para resolver los litigios de tráfico jurídico externo relativos a la existencia y constitución de las uniones de hecho, no ocurre lo mismo para resolver los efectos patrimoniales de las uniones registradas. En efecto, la entrada en vigor, el 28 de julio de 2016, del Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, y su aplicación efectiva a partir de los treinta meses de su entrada en vigor, es decir, el 29 de

enero de 2019, ha venido a resolver la falta de regulación sobre la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas. Por lo tanto, a día de hoy los conflictos de leyes y de jurisdicción en el ordenamiento jurídico español y en el de dieciocho Estados miembros más están cubiertos por la norma de Derecho derivado que se acaba de mencionar. No se aplica a todos los Estados miembros de la Unión Europea, ya que la falta de la unanimidad requerida obligó a tener que recurrir a la cooperación reforzada, prevista en el artículo 20 del Tratado de la Unión Europea. En consecuencia, el Reglamento se aplica en Bélgica, Bulgaria, República Checa, Grecia, Alemania, España, Francia, Croacia, Italia, Luxemburgo, Malta, los Países Bajos, Austria, Portugal, Eslovenia, Finlandia y Suecia. Chipre se unió más tarde, tal y como se indica en el considerando número 11 del propio Reglamento y Estonia ha manifestado su voluntad de adherirse.

Respecto al ámbito de aplicación material, el artículo 1.1 del Reglamento establece que se aplicará a los efectos patrimoniales de las uniones registradas. Para saber qué se entiende por unión registrada, el propio Reglamento proporciona una definición autónoma, esto es, que solo es válida a los efectos de la aplicación de la norma europea. En concreto, el artículo 3.1.a) del Reglamento es el que ofrece la noción de unión registrada, entendiéndola por ella el régimen de vida en común de dos personas regulado por ley, cuyo registro es obligatorio conforme a dicha ley y que cumple las formalidades jurídicas exigidas por dicha ley para su creación. Además, en el considerando número 18 del mismo Reglamento se aclara el ámbito de aplicación, cuando se indica que debe incluir todos los aspectos del Derecho civil de los efectos patrimoniales de las uniones registradas, relacionados tanto con la administración cotidiana del patrimonio de los miembros de la unión registrada como con su liquidación, en particular como consecuencia de la separación de la pareja o del fallecimiento de uno de sus miembros. No será aplicable el Reglamento a las cuestiones fiscales, aduaneras y administrativas, tal y como se señala en el artículo 1.1 *in fine* de la norma en cuestión. Pero no acaban aquí las

materias que se excluyen de la aplicación del Reglamento, ya que en el artículo 1.2 del mismo se dejan fuera las siguientes: a) la capacidad jurídica de los miembros de la unión registrada; b) la existencia, validez y reconocimiento de la unión registrada; c) las obligaciones de alimentos; d) la sucesión por causa de muerte de uno de los miembros de la unión registrada; e) la seguridad social; f) el derecho de transmisión o ajuste entre los miembros de la unión registrada, en caso de disolución o anulación de la misma, de los derechos de pensión de jubilación o de invalidez devengados durante la vigencia de la unión registrada y que no hayan dado lugar a ingresos en forma de pensión durante la vigencia de esta; g) la naturaleza de los derechos reales sobre un bien; y, h) cualquier inscripción en un registro de derechos sobre bienes muebles o inmuebles, incluidos los requisitos legales para llevarla a cabo, y los efectos de la inscripción o de la omisión de la inscripción de tales derechos en un registro.

3.1. *Competencia judicial internacional*

La primera regla que contiene el Reglamento para determinar el tribunal competente en los litigios de tráfico jurídico externo relacionados con los efectos patrimoniales de las uniones registradas, se basa en la acumulación de competentes, de conformidad con los artículos 4 y 5 del Reglamento. Según el artículo 4, el tribunal de un Estado miembro que esté conociendo de la sucesión de un miembro de la unión registrada, será también competente para resolver sobre los efectos patrimoniales de dicha unión. Por su parte, el artículo 5 permite que el tribunal de un Estado miembro que se encuentre conociendo de la disolución o anulación de una unión registrada, sea también competente para conocer sobre los efectos patrimoniales de la unión, siempre y cuando, eso sí, estén de acuerdo los miembros de la pareja. Cuando no se den ninguna de las circunstancias anteriores, entran en juego los foros de la sumisión, que irán aplicándose en función de que se produzca el acuerdo expreso o tácito de las partes. De entrada, se podría atribuir la competencia con base en el foro de la sumisión expresa del artículo 7 del Reglamento,

siempre que se trate del tribunal cuya ley sea aplicable de conformidad con el artículo 22 o el artículo 26.1, así como si resulta ser el órgano jurisdiccional conforme a cuya ley se creó la correspondiente unión.

A falta de acuerdo expreso de las partes, habrá que estar a la posible sumisión tácita del artículo 8 del Reglamento. En este caso, se otorga el conocimiento del asunto al tribunal de un Estado miembro ante el que comparezca el demandado sin impugnar la competencia y siempre que se trate del órgano jurisdiccional cuya ley sea aplicable de conformidad con el artículo 22 o el artículo 26.1, por lo que se produce un *fórum ius*. Por último, hay unos foros generales en el artículo 6, que otorgan la competencia según un criterio jerárquico, cuando los miembros de la unión no hayan acordado expresa o tácitamente el tribunal competente.

Se otorga la competencia, cuando acontece la situación anterior, a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro:

- a) En cuyo territorio tengan los miembros de la unión registrada su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda; o en su defecto.
- b) En cuyo territorio hayan tenido los miembros de la unión registrada su última residencia habitual, cuando uno de ellos siga residiendo allí en el momento de la interposición de la demanda; o en su defecto.
- c) En cuyo territorio tenga el demandado su residencia habitual, en el momento de la interposición de la demanda; o en su defecto
- d) De la nacionalidad común en el momento de la interposición de la demanda; o en su defecto.
- e) Conforme a cuya ley se haya creado la unión registrada.

3.2. *Ley aplicable*

Para determinar el Derecho aplicable a los efectos patrimoniales de la unión registrada, el Reglamento parte del carácter universal de la ley que se determine aplicable, en el sentido de que se podrá acudir a cualquier ley, aunque no sea la de un Estado miembro. Dicho esto, el Reglamento resuelve los conflictos internacionales de leyes en esta materia a través de dos vías, una primera que se basa en la elección de la ley aplicable o una segunda en defecto de acuerdo entre las partes. La elección de la ley se regula en el artículo 22 del Reglamento y permite a los miembros o futuros miembros de una unión registrada designar o cambiar de común acuerdo la ley aplicable, siempre que se trate de una de las siguientes:

- a) La ley del Estado en el que los miembros o futuros miembros de la unión registrada, o uno de ellos, tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del acuerdo.
- b) La ley del Estado de la nacionalidad de cualquiera de los miembros o futuros miembros de la unión registrada en el momento en que se celebre el acuerdo.
- c) La ley del Estado conforme a cuya ley se haya creado la unión registrada.

En defecto de un acuerdo sobre la elección de la ley aplicable habrá que estar al artículo 26 del Reglamento que soluciona este asunto de acuerdo con la ley del Estado conforme a cuyo ordenamiento se haya creado la unión registrada. Ahora bien, se puede dar una excepción a instancia de cualquiera de los miembros de la unión registrada, cuando la autoridad judicial que tenga competencia para resolver en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas decida que la ley de un Estado distinto sea aplicable. Para ello, el demandante debe demostrar, por un lado, que los miembros de la unión registrada mantuvieron su última residencia habitual común en dicho Estado durante un período de tiempo significativamente largo y, por otro, que ambos miembros de la unión re-

gistrada se basaron en la ley de dicho Estado distinto para organizar o planificar sus relaciones patrimoniales.

3.3. *Reconocimiento, fuerza ejecutiva y ejecución*

La eficacia extraterritorial de las resoluciones se regula en el capítulo IV del Reglamento y abarca los artículos 36 a 57. Ahora bien, mientras la ejecución final de la resolución no se regula en la norma europea por cuanto depende de la legislación procesal de cada Estado, el reconocimiento y la fuerza ejecutiva sí cuentan con preceptos dedicados a ellas. Por lo que se refiere al reconocimiento, se otorga de manera automática, esto es, sin necesidad de procedimiento alguno, tal y como se establece en el artículo 36.1 del Reglamento. Aunque cualquier parte interesada puede invocar el reconocimiento de una resolución a título principal, lo que exigirá aplicar el procedimiento previsto en los artículos 44 a 57 del Reglamento. En cualquier caso, puede denegarse el reconocimiento de una resolución, de conformidad con el artículo 37 del Reglamento, en los siguientes casos:

- a) Si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público (*ordre public*) del Estado miembro en que se solicita.
- b) Cuando la resolución se haya dictado en rebeldía del demandado, si no se le hubiere notificado la demanda o documento equivalente con tiempo suficiente y de forma tal que le permitiera preparar su defensa, salvo que el demandado no hubiera recurrido contra dicha resolución cuando hubiera podido hacerlo.
- c) Si la resolución fuere inconciliable con una resolución dictada en un procedimiento entre las mismas partes en el Estado miembro en el que se solicita el reconocimiento.
- d) Si la resolución fuere inconciliable con una resolución dictada con anterioridad en un litigio, en otro Estado miembro o en un tercer Estado, entre las mismas partes con el mismo objeto, cuando esta última resolución reúna las condiciones necesarias para su recono-

cimiento en el Estado miembro en el que se solicita el reconocimiento.

Por su parte, la fuerza ejecutiva es objeto de atención en el artículo 42 del Reglamento, según el cual las resoluciones dictadas en un Estado miembro y que sean ejecutorias en dicho Estado se ejecutarán en otro Estado miembro a instancia de cualquier parte interesada. Para ello se precisa que se haya declarado que dicha resolución posee fuerza ejecutiva en el Estado de origen, de conformidad con el procedimiento previsto en los artículos 44 a 57 del Reglamento. En el artículo 44 se prevé la competencia territorial para efectuar la declaración de fuerza ejecutiva, en los artículos 45 y 46 se especifican los trámites que han de seguirse al respecto, el artículo 47 se refiere a la declaración de fuerza ejecutiva que ha de dictar la autoridad competente y el artículo 48 alude a la notificación de la resolución sobre la solicitud de declaración de fuerza ejecutiva, que podrá ser recurrida de conformidad con los artículos 49 a 52. Se puede instar la adopción de medidas provisionales y cautelares, tal y como establece el artículo 53, así como también es posible otorgar la fuerza ejecutiva parcial, de acuerdo con el artículo 54, cuando la resolución se pronuncie sobre varias pretensiones y no se pueda declarar la fuerza ejecutiva de todas ellas. Por último, el Reglamento se refiere, en los artículos 55 a 57, a la posibilidad de que el solicitante disfrute de la asistencia jurídica gratuita y a la prohibición de exigir garantía, fianza o depósito alguno, así como también se impide la percepción de impuestos, derechos o tasas de cualquier tipo.

*Autora: Lidia Moreno Blesa
(Profesora de Derecho Internacional Privado,
Universidad Complutense de Madrid)*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: CALVO CARAVACA, ALFONSO LUIS Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER. *Derecho internacional privado*, vol. I, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, 2022; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier. «Nuevos modelos de familia y Derecho internacional privado en el siglo

XXI», *Anales de Derecho*, Universidad de Murcia, n.º 21, 2003, pp. 109-143; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina. *Uniones de hecho. Una nueva visión después de la publicación de las leyes sobre parejas estables*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002; Eurostat: https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=People_in_the_EU_-_statistics_on_household_and_family_structures#Families; LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel. «Las uniones de hecho en el mundo: pluralidad de la respuesta jurídica. Aproximación a un estudio de Derecho comparado y de Derecho internacional privado», en la obra colectiva: *Las uniones de hecho. Una aproximación plural*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1999; MESA MARRERO, Carolina. *Las uniones de hecho. Análisis de las relaciones económicas y sus efectos*, Thomson-Aranzadi, 3.ª ed., 2006; PALAO MORENO, Guillermo. «La determinación de la ley aplicable en los Reglamentos en materia de régimen económico matrimonial y efectos patrimoniales de las uniones registradas 2016/1103 y 2016/1104», *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 71, 2019, pp. 89-117; PEITEADO MARISCAL, Pilar. «Competencia internacional por conexión en materia de régimen económico matrimonial y de efectos patrimoniales de uniones registradas. Relación entre los Reglamentos UE 2201/2003, 650/2012, 1103/2016 y 1104/2016», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, n.º 1, marzo 2017, pp. 300-326; QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana. «Problemas generales de Derecho internacional privado en los nuevos reglamentos europeos en materia de regímenes matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas», *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, n.º 1, 2018, pp. 245-335; RODRÍGUEZ BENOT, Andrés. «Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, n.º 1, marzo 2019, pp. 8-50; SERRANO CHAMORRO, M.ª Eugenia. *Las parejas de hecho y su marco legal*, Editorial Reus, Madrid, 2014; SOTO MOYA, Mercedes. «El Reglamento (UE) 2016/1104 sobre régimen patrimonial de las parejas registradas: algunas cuestiones controvertidas de su puesta en funcionamiento en el sistema español de Derecho internacional privado», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 35, junio 2018, pp. 1-32.

VOCABLOS CONEXOS: Parejas de hecho. Uniones registradas.

USOS DEL COMERCIO Y *LEX CONTRACTUS* (EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL)

1. *Introducción*

De acuerdo con el principio de autonomía de la voluntad, las partes de un contrato internacional tienen la libertad de pactar la ley o las reglas legales que deseen, pudiendo incluso, dependiendo de la legislación aplicable, elegir una ley que no tiene ninguna vinculación con ellas mismas ni con el lugar de ejecución de dicho acuerdo. Este principio ha sido recogido en el artículo 28(1) de la Ley Modelo CNUDMI, así como por una numerosa cantidad de legislaciones nacionales (por ejemplo: Brasil, Reino Unido, Francia, Alemania, India, Suiza y Perú), convenciones internacionales y reglamentos arbitrales (por ejemplo: CIADI, CCI, ICDR, LCIA y CCL).

Esto nos lleva a pensar que una vez que las partes han pactado una ley aplicable al fondo, el tribunal debe resolver sin excepciones de acuerdo a dicha ley. Sin embargo, existe otra regla, que usualmente acompaña al principio de autonomía de la voluntad, la cual, según un sector de la jurisprudencia y la doctrina, podría introducir excepciones a la aplicación de la ley sustantiva elegida por las partes, dando incluso como resultado que el tribunal termine inaplicando algunas disposiciones de dicha ley.

Esta regla, recogida por múltiples instrumentos legales de fuente nacional e internacional, dispone que los tribunales arbitrales tendrán en cuenta los usos del comercio a la hora de aplicar la ley sustantiva elegida por las partes. Por ejemplo, la Ley Modelo CNUDMI señala en su artículo 28(4) que «[e]n todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso». Este lenguaje además es replicado por diver-

sas leyes de arbitraje nacionales (por ejemplo: Francia, Alemania, India y Perú) y diversos reglamentos internacionales (CNUDMI, CCI, ICDR y CCL). La Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (ver artículo 9) y los Principios UNIDROIT de 2017 (ver artículo 1.9) son aún más detallados con respecto a la aplicación de los usos del comercio.

Como se puede apreciar, la aplicación de los usos del comercio junto con la ley sustantiva elegida por las partes es una regla ampliamente reconocida a nivel internacional que obliga a los tribunales arbitrales a tomarlos en cuenta a la hora de decidir la controversia.

2. *¿Cuál es el vínculo entre los usos del comercio y la lex mercatoria?*

Para entender el concepto de usos del comercio es importante, primero, comprender la noción de *lex mercatoria*. La doctrina y la jurisprudencia la definen de distintas maneras. La doctrina suele agrupar las diferentes nociones en tres grupos:

| AMPLIA | INTERMEDIA | RESTRICTIVA |
|--|---|--|
| «[U]n orden legal autónomo, creado de forma espontánea por las partes que participan en relaciones comerciales internacionales y que existe en forma independiente de los órdenes legales» (PARK, p. 183). | «[U]n cuerpo de reglas sustantivas vinculadas con el comercio internacional, incorporadas a los sistemas legales nacionales de una manera más o menos similar a la de los usos del comercio, y sin pretender constituir una categoría autónoma de | «[U]n complemento a la ley aplicable, visto solo como una consolidación gradual de usos y expectativas en el comercio internacional» (PARK, p. 183). |

| | | |
|--|--|--|
| | Derecho internacional» (PARK, p. 183). | |
|--|--|--|

En cuanto a las fuentes de la *lex mercatoria*, existe consenso respecto de que estas son plurales y diversas, pero el consenso desaparece cuando se trata de identificarlas y determinar cuáles son sus fuentes. Sin embargo, todas las visiones consideran los usos del comercio como una fuente indubitable de *lex mercatoria*.

3. ¿Cuál debe ser el contenido del concepto de usos del comercio?

Existen fuertes discrepancias entre aquellos que abogan por un contenido restrictivo del concepto bajo análisis y aquellos que defienden un contenido más extensivo (FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN, p. 844; JOLIVET, MARCHISIO y GÉLINAS, pp. 185-186).

| CONTENIDO RESTRICTIVO O LIMITATIVO DE USOS DEL COMERCIO | CONTENIDO EXTENSIVO O AMPLIO DE USOS DEL COMERCIO |
|---|--|
| Los usos del comercio no deben ser confundidos con los principios generales del Derecho o de los contratos internacionales. Así, la regla que dispone la aplicación de los usos del comercio «solo dispone que [el tribunal] tome en consideración las prácticas, expectativas y contenido económico de un tipo particular de | En el caso de aquellos que apoyan un contenido extensivo o amplio de usos del comercio, se entiende que este concepto no solo incluye las prácticas usuales de un sector o negocio, sino que comprende también reglas de Derecho que se derivan del Derecho comparado y otras fuentes internacionales. |

| | |
|---|--|
| <p>transacciones empresariales» (AYOGLU, p. 32.)</p> <p>Por lo anterior, el concepto de usos de comercio debe ser entendido como uno limitado, incluyendo solo: «(a) prácticas conocidas y seguidas por costumbre en un negocio, industria o ámbito profesional particular; y, (b) prácticas que surgen de los negocios entre las mismas partes [del contrato]» (Caso CCI 13954, p. 234).</p> | <p>Por ello, «la <i>lex mercatoria</i> [...] se vería como un refinamiento del concepto de uso [del comercio], para la aplicación específica a los contratos de carácter internacional» (PAULSSON, p. 71).</p> |
|---|--|

Considero que los tribunales arbitrales deberían adoptar una visión extensiva o amplia de los usos del comercio, pudiendo incluir principios generales que en muchos casos serán más fáciles de identificar y sustentar, además de que contarán con mayor legitimidad de cara a cualquier proceso de anulación o ejecución del laudo. De esta forma se podrá darle una solución a la controversia que se ajuste mejor a la voluntad y común intención de las partes. Esto no quiere decir que en todos los casos este concepto deberá ser asimilado a los principios generales, sino que los árbitros deberían estar en la capacidad de poder incluirlos cuando lo consideren pertinente y apropiado.

4. ¿Cuál debe ser la función del concepto de usos del comercio?

Además de no existir consenso sobre cuál debe ser el contenido de los «usos del comercio», tampoco lo hay en lo que concierne a cuál debe ser la función de este concepto. Así, un sector de la doctrina y la jurisprudencia consideran que los usos del comercio solo deben servir para interpretar las cláusulas contractuales y la ley sustantiva aplicable elegida por las partes, mientras que otro sector considera que son parte inte-

grante del contrato, por lo que pueden incluso aplicarse en reemplazo de la ley sustantiva pactada. Veamos cuáles son las principales diferencias entre esas posiciones.

4.1. *Los usos del comercio como herramienta de interpretación del contrato y de la ley sustantiva aplicable*

Aquellos que consideran que los «usos del comercio» deben servir solo como una herramienta interpretativa, parten de la premisa de que «los árbitros tienen el deber de [aplicar] las normas de la ley elegida por las partes y de aplicar los usos [del comercio] solo de forma subsidiaria» (GAILLARD, p. 210).

Eso explica por qué para ellos este concepto sirve solo «para llenar vacíos y clarificar ambigüedades en el contrato» (JOLIVET, MARCHISIO y GÉLINAS, p. 186). Lo mismo consideró el árbitro único en el Caso CCI 13954 del 2007 al determinar que los «usos del comercio deben ser empleados solo para “la interpretación y aplicación de contratos internacionales”».

Es importante tener en cuenta que el hecho de que tengan que ser considerados por los tribunales arbitrales «no permite ignorar la ley [sustantiva] aplicable», por lo que los usos del comercio «no pueden tener prioridad sobre [ella]» (Caso CCI 13954). Como explica Born, los usos del comercio «no reemplazan las normas legales nacionales o internacionales aplicables, sino que en cambio informan cómo se deben aplicar en un caso en particular» (BORN, p. 2667).

Esta posición fue adoptada, por ejemplo, en el Caso CCI 13139 del 2006, en el que se señaló que el artículo 17(2) del Reglamento CCI (ahora artículo 21 [2]) no permite que los usos del comercio «anul[en] la aplicación de alguna cláusula pactada por las partes» (JOLIVET, MARCHISIO y GÉLINAS, p. 186).

4.2. *Los usos del comercio como una herramienta de determinación de la voluntad de las partes*

A su vez, aquellos que consideran que los usos del comercio son una herramienta de determinación de la voluntad de las partes se apoyan en la premisa de que los usos del comercio son «condiciones implícitas [...] que forman parte del contrato» (GÉLINAS, p. 216) que «constituyen parte natural/estipulaciones no escritas del contrato» (AYOGLU, p. 32) y que se entienden incorporados por la elección de una *lex arbitri* o reglamento arbitral que así lo disponga. Esta posición se sustenta en la teoría de la incorporación de los usos del comercio al contrato: «[L]os usos del comercio establecidos en algunas ramas de negocios que son conocidos o deberían ser conocidos por las partes deberían ser considerados como parte de un contrato, sin importar el no haber sido incorporados de forma expresa» (AYOGLU, p. 32).

Esto es reconocido por varias jurisdicciones. Así, por ejemplo, «los códigos civiles de Francia e Italia [...] (en sus artículos 1135 y 1374 respectivamente) reconocen [...] que los contratos incluirán obligaciones «que surgen de fuentes externas a la voluntad de las partes (i. e. la ley, equidad, y los usos [del comercio])» (GÉLINAS, p. 219).

En consecuencia, los usos del comercio, como condiciones contractuales implícitas «desplazarán naturalmente, en la mayoría de los casos, a las normas relevantes de la ley [sustantiva] aplicable [...]. Las condiciones contractuales, incluyendo [las] implícitas, generalmente [se aplican por encima] de las normas default del Derecho contractual» (GÉLINAS, p. 216)

En otras palabras, «los usos del comercio, en tanto puedan ser caracterizados como condiciones contractuales implícitas, desplazarán a la ley [sustantiva] aplicable» (GÉLINAS, p. 216) en tanto no exista una norma de orden público en dicha ley que impida su aplicación.

Ahora bien: este efecto es más fácil de asimilar cuando la ley sustantiva ha sido elegida por el tribunal en defecto de pacto o elección de las partes a través de alguna de las cuatro distintas metodologías utilizadas por los instrumentos internacionales o nacionales para que el tribunal efectúe esta elección. Distinta es la situación en la que las partes sí han elegido una ley sustantiva aplicable al contrato. Esta es la circunstancia en la que la aplicación de los usos del comercio como herramienta para la determinación de la voluntad de las partes se ve más amenazante (GÉLINAS, p. 218).

Sin embargo, existen diversos casos en los que reconocidos árbitros han preferido los «usos del comercio» por encima de la ley nacional elegida por las partes (ver, por ejemplo: el Caso CCI 2090, el Caso CMI International, Inc. v. Ministry of Roads and Transportation; el Caso CCI 12957; el Caso CCI 13400; el Caso CCI 14831; Caso CCI 3903). En estos casos, los tribunales arbitrales entendieron que los usos del comercio comprenden los principios generales de la contratación internacional y que estos principios se deben entender incorporados a los contratos entre las partes, permitiéndoles inaplicar las disposiciones sobre intereses incluidas en las leyes sustantivas elegidas por los contratantes y aplicar porcentajes que según ellos se encuentren más alineados con la práctica comercial internacional.

4.3. *¿Qué función deben cumplir los usos del comercio en un arbitraje internacional?*

Como explica ASKEN, más allá de las discusiones teóricas sobre la función de los «usos del comercio», no queda ninguna duda de que en la práctica arbitral:

1. Los «usos del comercio» son usualmente tomados en cuenta por los tribunales arbitrales, cuando sean aplicables, sea que el contrato o las reglas lo provean o no. [...]

2. Cuando el contrato o las reglas arbitrales disponen la aplicación de los «usos de comercio», los tribunales arbitrales los siguen. [...]

3. Los «usos del comercio» establecidos entre las partes son comúnmente aceptados como [...] vinculantes para las partes [...] [y si quieren] evitar su impacto deben expresamente excluir su aplicación del contrato. (ASKEN, pp. 474-475)

Sin embargo, en la mayoría de los casos en los que un tribunal aplica sin dudarlos los usos del comercio, lo hace como una herramienta para «confirmar, influenciar o incluso controlar la aplicación de la ley nacional elegida por las partes» (GÉLINAS, p. 218). Por lo anterior, los árbitros tienden a demostrar que su decisión no solo se ajusta a la ley sustantiva elegida por las partes, sino también a otras fuentes de la *lex mercatoria*, dentro de las cuales se encuentran los usos del comercio (ver el Caso CCI 14020).

Este ejercicio también es efectuado en aquellos casos en los que el tribunal se encuentra con vacíos o con normas poco claras. La referencia a los usos del comercio y otras fuentes de *lex mercatoria* en estos casos «no suele ser particularmente controversial» (GÉLINAS, p. 218).

Sin embargo, hay otros casos bastante más excepcionales, en los que «la aplicación de una norma oscura o parroquial de la ley sustantiva elegida por las partes podría ser totalmente inesperada o claramente injusta» (GÉLINAS, p. 218). Por ello, al inaplicar una o varias disposiciones de la ley sustantiva, el tribunal se estará asegurando de que su laudo contenga un resultado que se ajuste a la intención o las legítimas expectativas de las partes a la hora de contratar.

Por lo anterior, consideramos que los usos del comercio deberían ser utilizados como una herramienta para determinar cuál es la voluntad de las partes en tanto deben ser entendidos como condiciones implícitas de sus contratos. Esto no quiere decir que siempre se tendrán que utilizar para inaplicar disposiciones de la ley sustantiva. Esta posición sería ex-

cesivamente simplista y desconocería no solo la naturaleza del arbitraje internacional sino también principios básicos de interpretación contractual que disponen: (i) que se deben excluir aquellas interpretaciones que hagan que una cláusula contractual sea inaplicable; y, (ii) que las diversas cláusulas deben interpretarse de forma sistemática, encontrándoles el sentido que resulte del conjunto de todas.

Todo lo contrario. Esto quiere decir que el tribunal deberá contar con la mayor cantidad de opciones para poder darle a la controversia una solución que se ajuste a la voluntad de las partes, inaplicando alguna norma de la ley sustantiva elegida por las partes solo cuando esta sea totalmente irreconciliable con la finalidad del contrato.

5. *Conclusión*

Como se ha podido apreciar, los usos del comercio pueden ser una herramienta bastante útil para «garantizar el más alto respeto por la intención y las expectativas razonables de las partes, sobre las cuales depende la integridad del arbitraje internacional» (GÉLINAS, p. 219). Sin embargo, para que esta herramienta alcance su máximo potencial en las manos de los tribunales arbitrales debe contar con ciertas características que han sido analizadas en el presente artículo:

- a) Debe tener un contenido amplio que permita asimilarlo a los principios generales y deje libre el camino a los tribunales para que puedan tener a su disposición la mayor cantidad de fuentes de la *lex mercatoria*.
- b) Debe tener como función la determinación de la voluntad de las partes, debiendo ser utilizada no solo como herramienta interpretativa de la ley sustantiva sino como una condición contractual implícita que permita entender las expectativas de las partes detrás del contrato.

Todo lo anterior dejará en libertad a los tribunales arbitrales de determinar, en cada caso concreto, y con el apoyo de las partes a través de la presentación de evidencia documental, testimonial y de expertos, cómo deben aplicarse los usos del comercio para que se ajusten a lo que las partes entendieron o debieron entender a la hora que iniciaron su relación contractual internacional.

Adicionalmente, será importante que las partes tomen en cuenta una serie de precauciones para asegurarse de que los usos del comercio sean aplicados correctamente a una controversia derivada de su relación contractual, entre las cuales sugerimos:

| MATERIA | SUGERENCIA |
|---------------------------------------|---|
| Cláusula arbitral | Que se pacte de forma cuidadosa su cláusula arbitral, eligiendo una <i>lex arbitri</i> y un reglamento arbitral que contenga una disposición expresa que permita la aplicación de los usos del comercio y una ley sustantiva aplicable al fondo del contrato, que no contenga normas irrazonables o parroquiales que fuercen a los tribunales a encontrar alguna vía para no aplicarlas a la hora de decidir. |
| Cláusula de elección de ley aplicable | Que se incorpore de forma expresa la mención de cualquier instrumento internacional de <i>soft law</i> que contenga los principios generales del Derecho y/o usos del comercio que las partes estimen deban ser obligatoriamente aplicables a la hora de resolver cualquier controversia derivada de su contrato. |
| Tribunal arbitral | Que se elija de forma muy cuidadosa a los árbitros, revisando bien la experiencia con la que cuenta cada candidato y cualquier documento jurídico que hubieran producido, ya sea publicación o laudo. |

Autor: Milan Pejnovic Delgado
(Asociado sénior de BFE+ y
Profesor de Derecho Internacional Privado,
Pontificia Universidad Católica del Perú)

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS: ASKEN, G. «The law applicable in international arbitration - Relevance of reference to trade usages», en *Planning efficient arbitration proceedings: the law applicable in international arbitration* (editado por J. VAN DEN BERG), Kluwer Law International, 1996; AYOGLU, T. «Some reflections on the sources of lex mercatoria, en International Commercial Arbitration and The New Lex Mercatoria», (editado por YILDIRIM Y ESKIYORUK), 2014; BORN, G. *International commercial arbitration*. Kluwer Law International, 2014; CRAIG, L., PARK, W. y PAULSSON, J. (1990). *International Chamber of Commerce Arbitration*, 3.^a ed., Oxford University Press, 2000; DELVOLLE, J. L., ROUCHE, J. y POINTON, G. *French arbitration law and practice: a dynamic civil law approach to international arbitration*, Kluwer Law International, 2009; DERAIS, Y. «Le statut des usages du commerce international devant les juridictions arbitrales», *Revue de L'arbitrage*, 1973; FOUCHARD, P., GAILLARD, E. y GOLDMAN, B. *On international commercial arbitration*, Kluwer Law International, 1999; GAILLARD, E. «La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international», *Etudes offertés a Pierre Bellet*, 1991; GAILLARD, E. «Transnational law: a legal system or a method of decision-making?», *Arbitration International*, 2001; GÉLINAS, F. «Trade usages as transnational law», en *Trade usages and implied terms in the age of arbitration* (editado por F. GÉLINAS), Oxford University Press, 2016; GOLDMAN, B. «La lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux», *Journal du Droit International*, 1979; GOTANDA, J. «Awarding Interest in International Arbitration», *American Journal of International Law*, 1996; HAYWARD, B. *Conflict of laws and arbitral discretion: the closest connection test*, Oxford University Press, 2017; JOLIVET, E., MARCHISIO, G. y GÉLINAS, F. «Trade usages in ICC Arbitration», en *Trade usages and implied terms in the age of arbitration* (editado por F. GÉLINAS), Oxford University Press, 2016; LEWISON, K. *The interpretation of contracts*, Sweet/Max-

well, 2011; LOQUIN, E. «La réalité des usages du commerce international», *RIDéco*, 1989; MARELLA, F. «Choice of law in third-millennium arbitrations: the relevance of the UNIDROIT principles of international commercial contracts», *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2003; MAYER, P. «La loi de l'arbitre. Le droit privé français à la fin du XXème siècle: études offertes à Pierre Catala», *Litéc*, 2001; PARK, W. «Lex mercatoria». *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*, 2010; PAULSSON, J. «La *lex mercatoria* dans l'arbitrage CCI», *Revue de l'Arbitrage*, 1990; PEJNOVIC, M. «La intención sí es lo que cuenta: Los “usos del comercio” como mecanismo adicional a la *lex contractus* para determinar la voluntad de las partes en un arbitraje internacional», en *Cambios y transformaciones en el Derecho internacional en el siglo XXI*, Fondo Editorial PUCP, 2019; PROSSER, W. «Interstate publication», *Michigan Law Review*, 1953; RACINE, J. B. «Les usages dans l'arbitrage commercial international: une place à géométrie variable», *Journal Des Societes*, 2011; REISMAN, M., CRAIG, L., PARK, W., PAULSSON, J. *International commercial arbitration*, The Foundation Press Inc, 1997; SÁNCHEZ LORENZO, S. «Derecho aplicable al fondo de la controversia en el arbitraje comercial internacional», *Revista Española de Derecho Internacional*, LXI-1, 2009.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES: Caso CCI n.º 13954, Commodity trader (The Netherlands) v. Service Company (France), *Yearbook Commercial Arbitration* xxx, 2010; Caso CCI n.º 14020, Seller (British Virgin Islands) v. Buyer (Bahamas), *Yearbook Commercial Arbitration* xxxvi, 2011; Caso CCI n.º 2090, *VI Yearbook*, 1981; Caso CCI n.º 3493, SPP (Middle East) Ltd. Southern Pacific Properties Ltd. v. Arab Republic of Egypt, The Egyptian General Company for Tourism and Hotels, *IX Year Book Commercial Arbitration*, 1984; Caso CCI n.º 7375, *11 International Commercial Arbitration Bulletin*, 2001; Caso CCI n.º 8502, *ICC Bulletin*, 1999.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje. Arbitraje Internacional. *Lex mercatoria*.

V

VECINDAD CIVIL

En el ordenamiento jurídico español, la vecindad civil constituye el punto de conexión determinante de la ley personal del causante (artículo 16 CC). La ley personal regirá la capacidad, el estado civil y los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte.

La vecindad civil, además, es el vínculo utilizado por el ordenamiento español para determinar la sujeción de las personas a alguno de los ordenamientos civiles coexistentes en España (artículo 14 CC). El concepto de vecindad civil aparece en el artículo 15 de la primera redacción del Código Civil con unas funciones que originariamente se atribuían a la vecindad administrativa. La diferencia entre vecindad civil y vecindad administrativa se ponen de manifiesto años más tarde con la reforma del Título Preliminar del Código Civil de 1974 en el que la vecindad civil se convierte en el único criterio que como punto de conexión determina la ley aplicable al estatuto personal (Exposición de motivos del Decreto Legislativo 1836/1974, de 31 de mayo, *BOE* n.º 163, de 9 de julio) aproximándose al concepto de nacionalidad y distanciándose del de vecindad (administrativa) contemplado en el Ley de Régimen local. En este momento la vecindad administrativa se aproxima al concepto de «condición política» acuñada por la Constitución española de 1978 y asimilada por las comunidades autónomas en sus respectivos estatutos de autonomía. La condición política vincula a las personas con la Comunidad Autónoma y se adquiere mediante la vecindad administrativa. Tanto a la condición política como a la vecindad administrativa se accede por residencia e inscripción en el padrón de habitantes de los ayuntamientos, se ganan y se pierden con las modificaciones de domicilio y se rigen por normas de Derecho público. La vecindad administrativa marca nuestra

relación con la administración pública del lugar en que estamos domiciliados y es causa de derechos (sufragio activo y pasivo) y obligaciones (por ejemplo, pago de los impuestos locales).

El modo de adquisición de la vecindad civil marca de manera definitiva su distanciamiento con la vecindad administrativa. La vecindad civil podrá adquirirse por filiación, por opción (bien por intervención del hijo o por matrimonio) o por residencia. La vecindad civil se obtiene por la residencia continuada de dos años en un territorio y voluntad expresa del interesado. Transcurridos diez años de residencia en un territorio distinto el cambio de vecindad civil se produce *ipso iure* salvo declaración en contra (artículo 225 del Registro Civil). La dificultad se halla en probar la vecindad civil cuando no se ha realizado (ni inscrito en el Registro Civil) ninguna declaración de voluntad en ninguno de los sentidos dado que la adquisición y pérdida de la vecindad civil opera automáticamente sin necesidad de inscripción registral ni requisito alguno salvo el transcurrir del tiempo.

Para determinar la vecindad civil lo relevante a efectos civiles es la residencia habitual continuada durante un determinado periodo de tiempo.

Ello nos recuerda que debemos subrayar las diferencias existentes en el ordenamiento español entre residencia y domicilio basadas en los baremos para determinar uno y otro concepto. La residencia habitual se deduce de la vinculación de una persona con el lugar donde desarrolla su comportamiento social en torno a un baremo flexible de carácter fáctico, real y efectivo, en definitiva, donde se encuentra su centro de intereses principales. Por otro lado, el domicilio se determina sobre la base de una calificación técnico-jurídica y unos índices que se extraen del ordenamiento positivo.

Conforme al artículo 16 del CC los conflictos de leyes internos se resolverán por las normas de Derecho internacional privado contenidas en el capítulo IV del Título Preliminar del Código Civil con algunas particula-

ridades, entre ellas, que la ley personal de los españoles será determinada por su vecindad civil. De manera que la vecindad civil sustituye a la nacionalidad para determinar la ley personal en aquellos supuestos potencialmente vinculados a más de un Derecho civil o especial de los coexistentes en el territorio español.

*Autora: Nerea Magallón
(Profesora de Derecho Internacional Privado,
Universidad del País Vasco)*

