

# CRÓNICA DE ACTUALIDAD DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

**Coordinadora: Pilar Jiménez Blanco\***

**Colaboran en este número:**

**M. Álvarez Torné, M. J. Elvira Benayas, R. Espinosa Calabuig, I. Iruretagoiena Agirrezalaga, B. Lasa Beloso, N. Magallón Elósegui, C. Nieto Delgado, M. Vinaixa Miquel**

## *Sumario*

I. FAMILIA Y SUCESIONES

II. DERECHOS REALES

III. OBLIGACIONES EXTRA CONTRACTUALES

IV. ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

V. NACIONALIDAD Y EXTRANJERÍA

VI. TRABAJOS REALIZADOS EN EL SENO DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DIPR Y EL GEDIP

## **I. FAMILIA Y SUCESIONES\***

La presente Crónica abarca el periodo comprendido entre octubre de 2007 y abril de 2008. En ella caben destacar dos datos: el importante número de trabajos que se conectan con el que podríamos denominar “Derecho europeo de familia”, desde los Reglamentos relativos a competencia (1347/2000 y 2201/2003) a futuras regulaciones materiales.

El segundo dato incide en una tendencia ya mencionada en Crónicas anteriores: el aumento de los supuestos y del análisis de problemas conectados con las sociedades multiculturales. Especialmente destacables son las cuestiones que plantean la tradición islámica y su acogimiento en las culturas occidentales.

En primer lugar, deben destacarse los trabajos que abordan cuestiones generales del Derecho del derecho de familia. Así, M. MELI, “Il dialogo tra ordinamenti nazionali e ordinamento comunitario: gli sviluppi più recenti in materia di diritto di familia”,

---

\* Profesora Titular de Derecho internacional privado. Universidad de Oviedo.

© Pilar Jiménez Blanco. Todos los derechos reservados.

\* M.J.Elvira Benayas. Universidad Autónoma de Madrid.

*Europa e diritto privato*, 2007-2, pp. 447-478; o N. BOUZA I VIDAL, “Los problemas que plantea el Derecho de familia y sucesiones en el Derecho internacional privado”, *La Notaria*, 2007-1, pp. 11-40.

Por otra parte, debemos destacar el importante número de publicaciones que tienen por objeto aspectos generales o particulares de normas comunitarias. Así, en primer lugar, en materia matrimonial cabe mencionar: AA.VV., *Brussels II bis. Its Impact and Application in the Member States*, K. BOELE-WOELKI, C. GONZÁLEZ BEILFUSS (EDS.), ed. Intersentia, 2007; N. LOWE, “The Current Experiences and Difficulties of Applying Brussels II Revised”, *International Family Law*, nov. 2007, pp. 183-197; A. SCHULZ, “The State of development of uniform law in the field of European and international family and child law”, *European Legal Forum*, 2007-6, pp. 278-288; C. CLARKSON/E. COOKE, “Matrimonial Property: Harmony in Europe?”, *Family Law*, 2007, pp. 920-923. C. VAQUERO LÓPEZ, “Los regímenes matrimoniales en un espacio de libertad, seguridad y justicia: apuntes sobre la codificación comunitaria de las normas sobre competencia judicial internacional, conflicto de leyes y reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales”, *AEDIPr*, vol. VI, 2006, pp. 195-208; AA.VV., *Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities* K. Boele-Woelki, F. Ferrand, C. González Beilfuss, M. Jänterä-Jareborg, N. Lowe, D. Martiny, W. Pintens, vol. 16, 2007; J.A. TOMÁS ORTÍZ DE LA TORRE, “Hacia un Derecho internacional privado uniforme de la Unión Europea sobre separación y divorcio”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 2043/44, 2007 pp.3313-3332.

De igual modo son destacables algunas resoluciones en las que se han aplicado los Reglamentos 1347/2000 y 2201/2003. Sirvan de muestra la sentencia TJCE, 29 noviembre 2007, asunto C-68/07, Sundelind López c. López Lizazo, <http://curia.europa.eu>, en la que se planteaba la determinación de la competencia judicial internacional en una cuestión de divorcio en la que el demandado tiene nacionalidad y residencia de un 3er Estado y donde la última residencia habitual común se encontraba en Francia; o las Sentencias AP Barcelona, Secc. 12ª, 26 julio 2007 [www.westlaw.es](http://www.westlaw.es) (JUR\2007\276054), en la que había que determinar la competencia sobre una demanda de divorcio cuando en España se encontraba la residencia habitual del demandante fijada en un plazo superior a seis meses antes presentación y con nacionalidad española y en Suecia se localizaba la última residencia habitual común, donde seguía residiendo el otro cónyuge; o la sentencia AP Valencia, Secc. 10ª, 17 octubre 2007, [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com), o la sentencia Cour cassation Iere Ch civ., 28 noviembre 2007, núm. 06-16443 ([www.courdecassation.fr](http://www.courdecassation.fr)) en la que se determina la competencia de los tribunales franceses para conocer de una demanda de nulidad matrimonial planteada por dos nacionales argelinos cuando tuvieron la residencia habitual común en territorio francés ya que uno de los cónyuges permanece en él.

Por último, debemos citar dos resoluciones en las que se aplican los anteriores textos y el Reglamento 44/2001 ya que también se plantean cuestiones en materia de alimentos. Así, la sentencia del Tribunal supremo polaco, de 16 de noviembre de 2006, en el

asunto Sawicky c. Sawicka, *ILP*, 2008-1; y la sentencia de la Irish High Cour, en el asunto DT c. FL, de 22 de febrero de 2006, *ILP*, 2007-11, pp. 763-803).

También relacionados con la materia de alimentos, pero fuera del ámbito comunitario, muy destacable es la conclusión, el 23 de noviembre de 2007, en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, del Convenio sobre cobro internacional de alimentos para niños y otros miembros de la familia, así como del Protocolo que lo acompaña. Este texto puede consultarse (en español) en : [www.hcch.net](http://www.hcch.net) .

También deben mencionarse los trabajos relativos a los problemas que plantean las parejas de hecho, las parejas registradas o los matrimonios entre personas del mismo sexo.

Por lo que respecta a las dos primeras destacaremos, en primer lugar, la reciente conclusión del Convenio CIEC relativo al reconocimiento de parejas registradas, hecho en Munich 5 de septiembre de 2007 ( [www.ciecl.org](http://www.ciecl.org)). Asimismo, mencionar los trabajos de A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Uniones conyugales o de pareja: formación, reconocimiento y eficacia internacional: actos públicos y hechos (o actos jurídicos) en derecho internacional privado*, ed. Atelier, Barcelona, 2007; o G. GOLDSTEIN, “La cohabitation hors mariage en droit international privé”, *R. des C.*, T. 320, 2006.

Y, por lo que se refiere a la segunda, citar los trabajos de C. VAQUERO LÓPEZ, “A propósito de la Resolución de la DGRN de 29 de julio de 2005 sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo”, *AEDIPr*, vol. VI, 2006, pp. 611-631; y G-R GROTT, “Private international law aspects relating to homosexual couples”, vol. 11.3, diciembre 2007, [www.ejcl.org](http://www.ejcl.org) .

Las cuestiones relativas a la custodia de menores o a la sustracción internacional de los mismos ha sido objeto de artículos doctrinales (M. REQUEJO ISIDRO, “Secuestro de menores y violencia doméstica en la Unión Europea”, *AEDIPr*, vol. VI, 2006, pp. 179-194) y de resoluciones judiciales (STJCE 27 noviembre 2007, Asunto C-435/06, C, reconocimiento y ejecución de una resolución administrativa confirmada por una resolución judicial, relativa a la guardia y custodia de un menor fuera del domicilio de su familia biológica. Normas de derecho público aplicable a menores. Y en el mismo sentido, destacaremos la petición de decisión prejudicial, 23 noviembre 2007, Asunto C-523/07, A. Ambas pueden consultarse en: <http://curia.europa.eu>).

La adopción internacional ha sido objeto de un especial interés toda vez que recientemente el legislador español ha elaborado un texto relativo a la misma: Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de adopción internacional (*BOE* 29 diciembre).

Su promulgación ha ido acompañada de trabajos ya aparecidos en el segundo semestre de 2007: S. ADROHER BIOSCA, “Capacidad, idoneidad y elección de los adoptantes en la adopción internacional: un reto para el ordenamiento jurídico español”, *Revista Crítica del Derecho inmobiliario*, 2007, pp. 949-1004; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “El

Proyecto de ley sobre adopción internacional: una crítica para sobrevivir a su explicación docente”, *Actualidad Civil*, 2007, nº 22.

El segundo gran grupo de aportaciones se centran en aspectos diversos del Derecho de la familia y la multiculturalidad. Así, podemos destacar los trabajos de A. ALDEEB ABU-SAHLIEH, “Droit musulman de la famille et des successions en Suisse”, *Revue Critique DIPr*, 2007-3, pp. 491-538. Otros se centran en algunas cuestiones específicas como la *kafala*, como el de G. PIZZOLANTE, “La *kafala* islámica e il suo riconoscimento nell’ordinamento italiano”, *Riv.int.priv.e proc*, 2007-4, pp. 947-968.

En el ámbito de las sucesiones, podemos diferenciar entre aquellos trabajos que se centran en cuestiones generales de las mismas (A.L. CALVO CARAVACA/J.CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Sucesión internacional y reenvío”, *Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto*, 2007-2, pp. 59-121; G. PERONI, “Patti sucesori, patto di famiglia e ambito di applicazione delle norme di diritto internazionale private”, *Diritto Commerciale Internazionale*, 2007-3, pp. 611-640; o y aquéllas que se centran en la futura regulación comunitaria en esta materia (J. HARRIS, “Reflections on the Proposed EU Regulation on Succession and Wills”, [www.conflictsoflaws.net](http://www.conflictsoflaws.net); P. TERNER, “Perspectives of a European Law of Successions”, *Maastricht Journal of European and Comparative law*, vol. 14-2, 2007, pp. 147-178.)

## II. DERECHOS REALES\*

En lo relativo al objeto de esta crónica hemos de mencionar, en primer lugar los trabajos en torno a la Convención de Naciones Unidas sobre operaciones garantizadas. En primer lugar, la Guía de la CNUDMI legislativa sobre las operaciones garantizadas, concluida a comienzos de 2008 ([www.uncitral.org](http://www.uncitral.org)). Y, en segundo lugar, los trabajos AA.VV., *Réforme des sûretés mobilières. Les enseignements du Guide législatif de la CNUDCI = Reforming secured transactions. The UNCITRAL Legislative Guide as an inspiration*, Schulthess, Ginebra, 2007; S. BAZINAS, “Harmonization and modernization of secured transactions law: the UNCITRAL draft Legislative Guide on Secured Transactions”, *DeCITA; derecho del comercio internacional, temas y actualidades* (Buenos Aires), núm. 7-8, 2007, pp. 98-132; C.W. MOONEY, “Introductory Note on the law applicable to certain Rights in respect of Securities held with an intermediary”, *ILM*, julio 2007, pp. 645 y ss; H.C. SIGMAN/E.M. KIENINGER, *Cross-Border Secutity over Tangibles*, ed. Sellier, 2007; K. DEVENPORT/ D. TURING, “Reducing risk and costs in cross-border securities transactions: Are Hague and UNIDROIT missing pieces in the puzzle?”, *Journal of Securities operations & Custody*, octubre 2007, pp. 104-112.

---

\* M.J. Elvira Benayas. Universidad Autónoma de Madrid.

En este mismo entorno debemos hacer referencia a los trabajos que se desarrollan en la Comisión sobre la Utilización del Espacio Ultraterrestre con Fines Pacíficos, Subcomisión de Asuntos Jurídicos, en la que recientemente (31 marzo a 11 de abril de 2007) se han tratado las novedades relacionadas con el proyecto de protocolo sobre cuestiones específicas de los bienes espaciales del Convenio relativo a las garantías reales internacionales sobre bienes de equipo móvil ([www.unoosa.org](http://www.unoosa.org)).

Asimismo, es destacable el artículo de L. THÉVENOZ, “Intermediated Securities, Legal Risk, and the International Harmonisation of Commercial Law”, *Duke Law School Legal Studies Paper No. 170* que puede consultarse en: <http://ssrn.com/abstract=1008859>.

### **III. OBLIGACIONES EXTRA CONTRACTUALES\***

#### **1. Normativa**

1. El segundo semestre del 2007 se caracteriza, como ya se avanzaba en crónicas anteriores, por la relevancia y repercusiones que está teniendo la aprobación -el 11 de julio de 2007- del Reglamento 864/2007, conocido como Reglamento “ROMA II” sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (DO L 199/40, 31 de julio de 2007). Está previsto que entre en vigor el 11 de enero de 2009, excepto por lo que respecta al art. 29 que se aplicará a partir del 11 de julio de 2008. Su aprobación ha despertado un enorme interés dadas las materias implicadas y su ambicioso objetivo unificador en el sector de las obligaciones extracontractuales. Al mismo tiempo se están evidenciando las primeras críticas derivadas de las lagunas y carencias que el texto comunitario presenta en algunas cuestiones temáticas que, bien han quedado excluidas de su ámbito material, bien han quedado escasamente reguladas. Precisamente tales carencias o exclusiones parece que justificarán una posterior modificación del ámbito aplicativo del Reglamento, al haberse excluido materias de la trascendencia práctica como los derechos de la personalidad y la difamación.

El texto aprobado recoge, en concreto, una norma general (art. 4), y una serie de reglas específicas en materias como la “Responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos” (artículo 5), “Competencia desleal y actos que restrinjan la libre competencia” (artículo 6), “Daños contra el medio ambiente” (artículo 7), “Daños a los derechos de propiedad intelectual” (artículo 8), o la “Acción colectiva” (artículo 9).

La entrada en vigor del Reglamento deberá enfrentarse, entre otros, a la necesidad de convivir en la práctica con una serie de Directivas que, bien incluyen soluciones que pueden afectar al juego de las normas de conflicto estatales (por ejemplo, la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales), bien establecen normas que delimitan su ámbito de aplicación espacial, incidiendo en las respuestas sobre la ley

---

\* R. Espinosa Calabuig. Universidad de Valencia.

aplicable (así, la Directiva 1999/93, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica; la Directiva 2000/31/CE, sobre el comercio electrónico; la Directiva 2002/58, sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas y la Directiva 95/46/CE, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos).

2. Por otra parte, alguno de los objetivos marcados por la Comisión europea para “a más tardar en diciembre de 2008” (ver declaraciones finales del Reglamento) siguen, por el momento, pendientes de una discusión y elaboración del análisis pertinente. Por ejemplo, en materia de accidentes de circulación la Comisión había anunciado la realización de un estudio sobre cuestiones relativas a los problemas específicos de indemnización que afrontan las víctimas de tales accidentes (<http://www.futureofeuropa.parlament.gv.at/news>) que, sin embargo, todavía no se ha realizado. Algo parecido ha ocurrido con la materia de la difamación, dejada para un momento posterior por falta de una posición común por parte de los Estados miembros, y sobre la que tampoco se ha elaborado hasta la fecha el estudio previsto con vistas a una regulación futura de la misma.

3. En materia de medio ambiente la Agencia Europea de Medio Ambiente (AEMA) hizo público en octubre de 2007 el informe sobre “El Medio ambiente en Europa: cuarta evaluación”, presentado en Belgrado (Serbia) durante la sesión inaugural de la sexta conferencia ministerial, en el marco del proceso “Medio ambiente para Europa” celebrada bajo los auspicios de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (CEPE-ONU) (sobre éste y otros trabajos ver <http://www.eea.europa.eu>).

4. En relación con una de las materias reguladas por el Reglamento Roma II como es la competencia desleal cabe recordar que para finales de 2007 estaba previsto que los Estados miembros procedieran a la transposición de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica las Directivas 84/450/CEE, 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE, y el Reglamento (CE) n° 2006/2004 (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales). En concreto, se habían marcado dos fechas: el 12 de junio de 2007 para proceder a la transposición y el 12 de diciembre del mismo año como plazo límite para su aplicación en toda la Unión europea. Sin embargo, a fecha de hoy es dudoso que todos los Estados miembros hayan procedido a transponer la directiva (sobre las medidas nacionales de transposición ver [http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/index_en.htm)).

La entrada en vigor del Reglamento Roma II y la consagración que en éste se hace de la regla del mercado afectado para la materia de la competencia desleal (art. 6) obligará a una coordinación con la regla del mercado interior incorporada por dicha Directiva (art. 4). En definitiva, emerge la problemática clásica de la coordinación del principio de la ley de destino, proclamado en este caso por el Reglamento Roma II, y el principio de la ley de origen a que conduce la cláusula del mercado interior de la Directiva 2005/29/CE.

Será interesante comprobar el efecto de la “armonización completa” pretendida por la citada Directiva cuyo éxito dependerá del nivel final de transposición del texto comunitario llevado a cabo por los Estados miembros. Precisamente, ya en junio de 2007, expertos en materia de competencia desleal se habían reunido en Madrid -bajo los auspicios de la *Asociación Española para la Defensa de la Competencia*- para analizar los 15 años de aplicación de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal y reflexionar sobre su presente y futuro tras la entrada en vigor de la Directiva comunitaria de Prácticas Comerciales Desleales y en atención a la reforma de los Estatutos de Autonomía. En dicha ocasión ya se advirtió sobre el riesgo de que una transposición inadecuada de la Directiva podía poner en peligro el sistema actual de represión de la competencia desleal. En particular, propugnaron una armonización de la Directiva con las leyes existentes, lo que implicaría una práctica desaparición de la Ley General de Publicidad (tradicionalmente solapada con la Ley de Competencia Desleal) y la corrección de la normativa nacional y autonómica en materia de consumo y comercio interior para eliminar la prohibición de las prácticas que no pueden ser prohibidas conforme a la Directiva. El sistema seguiría descansando en la Ley de Competencia Desleal, que sufriría las modificaciones mínimas exigidas por la Directiva. Así se puso de manifiesto por los asistentes, con ponencias de especialistas como Alberto Bercovitz, José Massaguer, Anxo Tato, Ricardo Alonso-Soto, Antonio Castán, Fernando Gómez Pomar y Francisco Marcos. Por último, no debe olvidarse, en relación con este tema, el Reglamento 2006/2004 del Parlamento europeo y del Consejo, de 27 de octubre, relativo a la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación en materia de protección de los consumidores (DO L 364, de 9.12.2004). Para una mayor información sobre la directiva ver [http://europa.eu.int/comm/consumers/cons\\_int/safe\\_shop/fair\\_bus\\_pract/index\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/index_en.htm).

## 2. Jurisprudencia

5. Un repaso por la jurisprudencia nos ofrece alguna que otra sentencia relacionada, en mayor o menor medida, con la responsabilidad extracontractual. A este respecto, cabe mencionar diversas decisiones del TJCE en materia de medio ambiente y consumidores, competencia o responsabilidad de la Comunidad. Así, por ejemplo, cabe señalar el asunto C-440/07 P, en relación con el recurso de casación interpuesto el 24 de septiembre de 2007 por la Comisión de las Comunidades Europeas contra la sentencia del Tribunal de Primera Instancia dictada el 11 de julio de 2007 en el asunto T-351/03, *Schneider Electric SA/Comisión*. En él, tras recordar que son necesarios tres requisitos acumulativos para que se genere la responsabilidad extracontractual de la Comunidad (existencia de una falta, de un perjuicio real y cierto y de una relación de causalidad directa entre la falta y el perjuicio, respectivamente), la recurrente formula siete motivos en apoyo de su recurso de casación. En este sentido, la Comisión alega, entre otros extremos, que el Tribunal de Primera Instancia calificó los hechos de forma errónea, cometió un error de Derecho e incumplió su obligación de motivación al declarar que el error de procedimiento apreciado por la sentencia de 22 de octubre de 2002, *Schneider Electric/Comisión* (T-310/01) constituye una violación "suficientemente caracterizada" de una norma jurídica que tiene por objeto conferir derechos a los particulares.

6. En relación con la propiedad intelectual y las prácticas desleales es interesante el asunto C-487/07 en relación con una petición de decisión prejudicial planteada por la *Court of Appeal* (Civil Division) (Reino Unido) el 5 de noviembre de 2007 (*L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie SNC, Laboratoire Garnier & Cie/Bellure NV, Malaika Investments Ltd*, bajo el nombre comercial de "*Honey post cosmetic & Perfumery Sales*", *Starion International ltd*). En ella se cuestiona si una empresa que, en la publicidad de sus propios productos o servicios, utiliza una marca registrada propiedad de un competidor al objeto de comparar las características (y en particular el olor) de los productos que comercializa con las características de los productos comercializados por el competidor con tal marca, y la usa de tal forma que no causa confusión ni menoscaba en modo alguno la función esencial de la marca, como indicación de origen, ¿puede dicho uso incluirse en el ámbito de aplicación del artículo 5, apartado 1, letras a) o b), de la Directiva 89/104?. Asimismo, en el contexto del artículo 3 bis, apartado 1, letra g), de la Directiva 84/450 sobre publicidad engañosa, en su versión modificada por la Directiva 97/55 sobre publicidad comparativa, ¿cuál es el significado de "sacar indebidamente ventaja"?, y en particular, cuando una empresa, mediante una lista de comparación, compara su producto con un producto de marca de gran renombre, ¿está obteniendo una ventaja desleal de la reputación de la marca de gran renombre? ¿supone ese uso obtener "una ventaja desleal" del renombre de la marca registrada en el sentido del artículo 5, apartado 2, de la Directiva sobre marcas?

7. En materia de medioambiente cabe mencionar asuntos como el C-188/07 (*Commune de Mesquer contra Total France SA y Total International Ltd.*) sobre la petición de una decisión prejudicial planteada por la *Cour de Cassation* (Francia). Se debate en torno a la Directiva 75/442/CEE, relativa a los residuos, el principio de que "quien contamina paga" y el Convenio Internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación por hidrocarburos. Igualmente, el Asunto C-308/06 (*The International Association of Independent Tanker Owners y otros*) sobre otra petición de decisión prejudicial planteada por la *High Court of Justice* (England & Wales), Queen's Bench Division (*Administrative Court*) (Reino Unido), en relación con la Directiva 2005/35/CE y la Contaminación procedente de buques, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar y el Convenio internacional para prevenir la contaminación por los buques (*Marpol*).

8. Por último, cabe hacer referencia a asuntos variados como el C-100/07 P, relativo al Auto del Tribunal de Justicia de 4 de octubre de 2007 (*É.R. y otros / Consejo de la Unión Europea, Comisión de las Comunidades Europeas*), donde se plantea el recurso de casación en relación con la responsabilidad extracontractual de la Comunidad y no adopción de medidas adecuadas por el Consejo y por la Comisión para evitar la propagación de la enfermedad "Encefalopatía espongiiforme bovina" (Recurso de casación manifiestamente infundado). En materia de competencia y responsabilidad extracontractual, el asunto T-186/05, en relación con el Auto del Tribunal de Primera Instancia de 29 de agosto de 2007 (*SELEX Sistemi Integrati/Comisión*), sobre la Decisión de la Comisión por la que se desestima una denuncia basada en el artículo 82 CE (Recurso en parte manifiestamente inadmisibles y en parte manifiestamente carente



de fundamento jurídico alguno). Finalmente, el asunto T-198/05, con Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 22 de mayo de 2007 (*Mebrom/Comisión*), sobre la importación de bromuro de metilo en la Unión Europea y el establecimiento extemporáneo del sitio de Internet que hace posible la solicitud y concesión de licencias y de cuotas de importación (artículos 6 y 7 del Reglamento (CEE) nº 2037/2000). La demandante pretendía la reparación del perjuicio supuestamente sufrido por el hecho de no haber establecido la Comisión un sistema que le autorizara a importar en la Unión Europea -en enero y en febrero de 2005- bromuro de metilo para usos críticos. El recurso fue desestimado. Todas ellas en <http://www.curia.europa.eu>.

### 3. Estudios doctrinales

9. Entre las obras doctrinales –españolas y extranjeras- publicadas en relación con las obligaciones extracontractuales, en general, y con el Reglamento Roma II, en particular, cabe destacar una abundante producción científica. Baste señalar, entre otros:

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. Y GARCÍA RUBIO, M.P. (coords.), *La responsabilidad por los daños causados por el hundimiento del Prestige*, Madrid, Iustel, 2007; ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. Y REQUEJO ISIDRO, M., “Litigación internacional sobre patentes en Europa: el sistema de competencia judicial internacional interpretado por el TJCE (reflexiones tras las sentencias del TJCE de 13 de julio de 2006 en los casos GAT y Roche)”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 27, 2006-2007, pp. 661-678; BALLARINO, T., “L'art. 6 del regolamento Roma II e il diritto "antitrust" comunitario: conflitto di leggi e principio territorialistico”, *Rivista di diritto internazionale*, nº 1, 2008, pp. 65-78; CEDÓ, M., “Roma II: la culminación de la armonización en obligaciones extracontractuales”, *Economist & Jurist*, nº. 113, 2007, pp. 84-86; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “La unificación del derecho conflictual en Europa: el reglamento sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (RomaII)”, *Diario La Ley*, nº 6811, 2007; MICHINEL ÁLVAREZ, M. A., “La regulación del derecho de autor internacional en España ante el proyecto de reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales: (“Roma II”)”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 27, 2006-2007, pp. 275-308; AMARILLA MATEU, N., “La UE contra la publicidad engañosa y las prácticas de venta agresivas”, *Revista de Derecho Alimentario*, nº 30, 2008, pp. 14-16; BERNITZ, U. y WEATHERILL, S., “The Regulation of Unfair Commercial Practices under EC Directive 2005/29: New Rules and New Techniques”. Hart, Oxford, 2007; BOUSSIS, P., La protección de los consumidores ante las prácticas comerciales desleales, *Unión Europea Aranzadi*, Vol. 34, Nº 4, 2007, pp. 13-20; DE GROOTE, B. y DE VULDER, K., “European Framework for Unfair Commercial Practices: Analysis of Directive 2005/29”. *The Journal of Business Law*, nº 1, 2007, pp. 16-42; FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO y LEMA DEVESA, C., “Prácticas publicitarias engañosas”. *Autocontrol*, nº 120, 2007, pp. 12-18; GRASSIE, G., “Commercial Practices Directive: draft UK regulations published”. *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, Vol. 2 nº 11 (2007) 724-725; LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., y IRÁKULIS ARREGI, N., “La publicidad ilícita y el estudio de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas

comerciales desleales”, *Aranzadi civil*, nº 2, 2007, pp. 2433-2463; MUNARI, F., “L’incidenza delle norme comunitarie antitrust sull’autonomia delle imprese”, *Diritto del commercio internazionale*, Vol. 21, nº. 3, 2007, pp. 593-610; PACE, L.F., “Responsabilità dello Stato nel Diritto comunitario”, en CLARICH, M. Y FONDERICO, G., (Coords.), *Dizionario di diritto amministrativo*, Milano, Il Sole 24 ore editore, 2007, pp. 633-637; PUIG I FERRI, L., “Concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual”, en MORENO MARTÍNEZ, J.A. (Coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, 2007, pp. 885-910; REQUEJO ISIDRO, M., “Transnational Human Rights Claims y acceso a la jurisdicción civil en Europa”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, nº 27, 2007, pp. 511-548; REQUEJO ISIDRO, M., “Las instituciones comunitarias ante las reclamaciones civiles por violaciones graves de derechos humanos frente al Estado”, *Revista española de derecho internacional*, Vol. 59, nº 1, 2007, pp. 153-174; SHEARS, P., “Overviewing the EU Unfair Commercial Practices Directive: Concentric Circles”. *European Business Law Review*, Vol. 18 nº 4, 2007, pp. 781-796; TATO PLAZA, A., “Una primera aproximación al régimen jurídico de las prácticas agresivas en la directiva sobre prácticas desleales con los consumidores”, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, Tomo 27, 2006-2007, pp. 425-446; así como “La Directiva Comunitaria sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en su relaciones con los consumidores”. *Autocontrol*, nº 125, 2007, pp. 21-30; VICENTE DOMINGO, E., “Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas de la aprobación del Reglamento Comunitario Roma II”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, nº. 59, 2008, pp. 5-12.

#### 4. Varios

10. La próxima entrada en vigor del Reglamento 864/2007 ha motivado la celebración de seminarios varios sobre el mismo como los celebrados, entre otros, en Sevilla, en octubre de 2007, en Lisboa en noviembre de 2007 o en Viena, en marzo de 2008, la *Annual Conference on European Tort Law* organizada por el *European Center of Tort and Insurance Law (ECTIL)*. Merece asimismo destacar el seminario que, bajo el título “La nueva regulación de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales”, se celebró en Madrid los días 21 y 22 de febrero de 2008 en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense con ponencias y comunicaciones varias –que serán publicadas próximamente- a cargo de especialistas en diversos sectores temáticos, tanto excluidos como abordados, por el Reglamento Roma II.

En particular, IGLESIAS BUHIGES, J.L., “El largo camino hacia la unificación de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales en Europa”; GIL NIEVAS, R., “El proceso negociador del Reglamento Roma II: obstáculos y resultados”; VILA COSTA, B., “Técnica legislativa y globalización: una reflexión con ocasión del Reglamento Roma II”; LEIBLE, S., “Alcance de la autonomía de la voluntad en la determinación de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales”; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “La norma general sobre determinación de la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales”; AMORES CONRADÍ, M. y TORRALBA MENDIOLA, E., “Difamación y Reglamento Roma II”; MARI, L., “La surrogazione nel Regolamento

864/2007”; HEREDIA CERVANTES, I., “Subrogación y responsabilidad múltiple en el Reglamento Roma II”; JIMÉNEZ BLANCO, P., “El régimen de las acciones directas en el Reglamento Roma II”; ARENAS GARCÍA, R., “La regulación de la responsabilidad precontractual en el Reglamento Roma II”; FUENTES MAÑAS, J.B., “Normas localizadoras especiales y flexibilización de la *lex loci delicti* en el Reglamento Roma II”; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., “Ley aplicable a la responsabilidad del árbitro y de las instituciones arbitrales”; SANCHO VILLA, D., “La exclusión de la responsabilidad del Estado por actos *iure imperii* en el Reglamento Roma II”; BOSCHIERO, N., “Ley aplicable a la infracción de derechos de propiedad intelectual”; BALLARINO, T., “Actos de competencia desleal en el Reglamento Roma II”; PEREANIETO, L., “El régimen de la responsabilidad extracontractual en México en materia de competencia y propiedad industrial”; RODRÍGUEZ PINEAU, E., “Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales derivadas de *actos anticompetitivos*”; UBERTAZZI, B., “La aplicación del Reglamento comunitario sobre prueba en el ámbito de la propiedad intelectual”; DE MIGUEL ASENSIO, P., “¿Alternativas y límites a la *lex loci protectionis*?”; CARBALLO PIÑEIRO, L., “La ley aplicable a los intereses colectivos de los consumidores: el art. 6 del Reglamento Roma II”; BONOMI, A., “El reglamento Roma II y las relaciones con terceros Estados”; BOUTIN, G., “En torno a las obligaciones que se contraen sin convenio en el Derecho internacional privado panameño y el Código Bustamante”; DAHL, H., “Política legislativa en materia de indemnizaciones por cuasidelitos internacionales. La globalización del Derecho como respuesta a la globalización económica”; ESPINAR VICENTE, J.M., “Responsabilidad transfronteriza derivada de los productos”; GARAU JUANEDA, L., “La conveniencia de una denuncia por parte de España del Convenio de La Haya de 1971 sobre responsabilidad civil derivada de los accidentes de circulación”; ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., “Accidentes de circulación por carretera: del Convenio de La Haya de 1971 al Reglamento 864/2007”; ZAMBRANA TÉVAR, N., “La aplicabilidad del Derecho internacional a la responsabilidad extracontractual: la *Alien Tort Claims Act*”; ANCEL, B., “El Reglamento Roma II: Valoración de conjunto”.

#### IV. ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL\*

##### 1. Normativa convencional

En el marco del *Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965*, varias novedades han de ser destacadas:

1) Se han aprobado nuevos cargos administrativos. Una vez iniciado el procedimiento arbitral y cada año sucesivo las partes deberán abonar la cantidad de

---

\* N. Magallón Elósegui, I. Iruretagoiena Agirrezalaga y B. Lasa Belloso. Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea.

20.000 US\$ en concepto de cargos administrativos, en lugar de los 10.000 US\$ exigidos hasta ahora. Esta nueva tarifa es de aplicación a partir del 1 de enero de 2008 para los nuevos casos arbitrales y a partir del 1 de enero de 2009 para los procedimientos anteriormente iniciados. Además, se reintroduce el cargo de 1.500 US\$ para sufragar los gastos del Secretario de la Comisión, Tribunal o Comité, cuando las reuniones se celebren fuera de la sede del Centro.

2) Sobre la base del art. 25(4) del Convenio de Washington, Ecuador ha emitido una notificación señalando el tipo de controversias que no admitirá en el futuro someter a la jurisdicción del CIADI. Según la notificación no someterá al CIADI las disputas “que surjan en materias relativas al tratamiento de una inversión, que se deriven de actividades económicas relativas al aprovechamiento de recursos naturales como petróleo, gas, minerales u otros”. Pero además, Ecuador, advierte que “todo instrumento contentivo de la voluntad previamente expresada por la República del Ecuador en someter esta clase de diferencias a la jurisdicción del Centro, que no se haya perfeccionado mediante el expreso y explícito consentimiento de la otra parte previa la fecha de presentación de esta notificación, es retirado por la República del Ecuador, con eficacia inmediata a partir de esta fecha”. Las notificaciones efectuadas en el marco del art. 25(4) del Convenio del CIADI tienen un valor meramente informativo. Por ello, la eficacia real de esta última afirmación de Ecuador resulta francamente dudosa, especialmente si con ello se pretende hacer referencia a los supuestos de ofertas unilaterales de arbitraje incluidos en leyes estatales o Tratados internacionales de inversión. Para la retirada del consentimiento unilateral, en cada caso, parece lógico pensar que deberá estarse a los medios propios de las reformas legislativas y la modificación o denuncia de los Tratados.

3) El Consejo Administrativo del Centro, en su reunión anual celebrada el 22 de octubre de 2007, eligió por unanimidad como Secretario General del Centro para los próximos seis años a Nassib G. Ziadé, en sustitución del hasta ahora Secretario General Antonio R. Parra.

4) Por último, tal y como adelantábamos en la anterior crónica de la presente revista, la denuncia del Convenio del CIADI por parte de Bolivia (2 de mayo de 2007) es efectiva a partir del 3 de noviembre de 2007, conforme al art. 71 del Convenio. Siendo la primera denuncia en los más de cuarenta años de vigencia del Convenio, habrá de estarse muy atento a acontecimientos futuros, ya que las críticas de las que es objeto en la actualidad el CIADI, puede llevar a otros Estados (especialmente algunos de América Latina) a seguir el ejemplo de Bolivia.

Otra novedad en la práctica convencional y atinente también en este caso al arbitraje de inversión, lo encontramos en el *Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI) celebrado entre España y Colombia* (BOE, 12 de septiembre de 2007). El último de los APPRI de la amplia red de Tratados bilaterales de inversión suscritos por España incorpora aspectos de verdadero interés en comparación con el contenido habitual de la disposición relativa a la solución de diferencias entre Estados e

inversores que prevén otros APPRI. De forma breve, señalaremos aquellas que despiertan mayor interés:

1) En el origen de la violación de las obligaciones impuestas por el Tratado puede encontrarse un acto administrativo. Por ello el apartado 1 del art. 10 (controversias entre una Parte Contratante e inversionistas de la otra Parte Contratante) dispone que “tratándose de actos administrativos, para someter una reclamación al foro interno o al arbitraje previsto en esta Sección será indispensable agotar previamente la vía gubernativa cuando la legislación de la Parte así lo exija”. Este apartado se refiere a los recursos administrativos previos a la vía contencioso-administrativa, que deberán ser agotados tanto para acudir a los tribunales internos como al arbitraje de inversión.

2) El apartado 2 y 4 del art. 10 parecen indicar que la disposición de arreglo de diferencias sólo alcanza a reclamaciones cuya base esencial se encuentre en la violación de alguna disposición convencional. Esto es, las reclamaciones puramente contractuales que pudieran surgir entre uno de los Estados Contratantes y los inversores de la otra Parte Contratante, en ausencia de un acuerdo en tal sentido, no se encuentran cubiertas por esta disposición.

3) El Acuerdo se refiere expresamente a la naturaleza del consentimiento de los dos Estados a favor del arbitraje como “anticipado e irrevocable”. Esta previsión, no obstante, tiene mero valor aclarativo, ya que ha de entenderse en todo caso que el consentimiento previsto en un Tratado internacional tiene un carácter anticipado y, en principio, irrevocable.

4) Uno de los aspectos más notables del APPRI los encontramos en el apartado séptimo del art. 10. En los últimos tiempos, una de las cuestiones más espinosas del arbitraje de inversión se refiere a la relación entre el poder regulatorio del Estado y el trato debido al inversor extranjero conforme a las normas convencionales. Como respuesta, parcial, a esta preocupación el Acuerdo dispone que “dentro de los 30 días siguientes a la presentación de una reclamación a arbitraje por un inversionista de una de las Partes Contratantes, la otra Parte Contratante podrá solicitar a las autoridades financieras de las Partes Contratantes que se consulten mutuamente si el origen de la controversia es una medida prudencial equitativa, no discriminatoria y de buena fe sobre el sector financiero. (...) Si las autoridades de ambas Partes Contratantes consideran que el origen de la controversia es una medida prudencial equitativa, no discriminatoria y de buena fe, se excluirá la responsabilidad de la Parte Contratante que sea parte en la controversia (...)”. Esta disposición exige un análisis más detenido que el que le corresponde en la presente crónica. Sin embargo, se observa que el objetivo de la misma es evitar que la protección prevista en el Acuerdo limite la facultad regulatoria legítima del Estado en materia financiera.

5) Por último, el apartado 12 del art. 10, incorpora una previsión nada habitual en los APPRI españoles mediante el que los Estados Contratantes limitan su derecho a ejercer la protección diplomática cuando se trate asuntos relacionados con controversias entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante sometidas a

proceso judicial o arbitraje conforme a lo dispuesto en este artículo. Los canales diplomáticos sólo podrán ser utilizados “en el caso en que una de las partes en la controversia no haya dado cumplimiento a la sentencia judicial o al laudo del tribunal de arbitraje, en los términos establecidos en la respectiva sentencia o laudo arbitral”.

## **2. Decisiones judiciales**

En la práctica jurisprudencial arbitral destaca la Sentencia del Tribunal Supremo 776/2007, de 9 de julio, caso de los Transportistas Abulenses Unidos y donde encontramos el tema de la arbitrabilidad en el derecho societario.

La demandada se fundamentaba en la excepción de la disposición final de los estatutos de la Sociedad demandada en la redacción aprobada por la Junta General de Socios de 21 de septiembre de 1998. En la redacción de los Estatutos anterior existía una disposición final en la que se hacía constar la sumisión al arbitraje. Concretamente se establecía que todas las cuestiones que surgiesen por la interpretación o aplicación de los Estatutos en las relaciones entre la sociedad y los socios, y entre éstos por su condición de tales, se someterían necesariamente a un arbitraje de equidad. Se exceptuaba la impugnación de acuerdos sociales conforme a lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley, pero esta última excepción no estaba recogida en los nuevos estatutos aprobados en la Junta General, cuyos acuerdos han sido impugnados. Por lo tanto, el problema estribaba en determinar si existía o no sumisión a arbitraje, vinculante o no, de acuerdo a la nueva redacción de los Estatutos, ya que como se trataba de una impugnación de acuerdos sociales, aplicando los estatutos anteriores, dicha materia debería estar excluida del arbitraje.

La Ley de Arbitraje vigente cuando se redactó la cláusula de sumisión a arbitraje era la Ley 36/1988, de 5 de diciembre y de acuerdo a la doctrina del Tribunal, ni la legislación de arbitraje ni la societaria, quedaban excluidas del arbitraje y por tanto del convenio arbitral la nulidad de la Junta de accionistas ni la impugnación de los acuerdos sociales. Sin embargo en el caso que se está analizando, en los Estatutos originarios se exceptuaba expresamente de la sumisión a arbitraje la impugnación de acuerdos sociales conforme al artículo 15 de la Ley y es esta cláusula la que debía prevalecer. El convenio arbitral vinculaba a las partes que lo habían formalizado, debiendo expresar la voluntad inequívoca de someter las determinadas cuestiones a la decisión de los árbitros, es decir, que se exigía el consentimiento expreso. El único convenio arbitral que vinculaba a los socios demandantes era el establecido al tiempo de constituirse la sociedad, pero no el que fue fruto de un pacto en el que no tuvieron intervención los socios demandantes, por su exclusión con anterioridad a la votación de los nuevos estatutos donde se contiene la cláusula arbitral con mayor amplitud que la recogida en los anteriores. Asimismo hay que tener en cuenta que en la disposición adicional de los Estatutos aprobados, objeto de impugnación en el caso y en los que se basa la excepción de la demanda, no se establecía la obligación de cumplir la decisión arbitral.

Frente a la sentencia estimatoria de 1ª Instancia, la parte demandada solicitó revocación y declaró que los estatutos no fueron aprobados por los demandantes, ya que se procedió a la exclusión de los mismos antes de su aprobación, siendo el objeto de la demanda la exclusión de los socios hoy demandantes y los acuerdos de modificación de los Estatutos Sociales, así como ampliación del objeto social. Por ello consideran que no puede existir sometimiento a arbitraje ni determinarse que es obligatoria para los actores dicha cláusula de sumisión ya que los socios fueron excluidos antes de su aprobación, no pudiendo vincularles unos acuerdos que reputan ilegales y no han votado. Además, los estatutos de la sociedad contaban con una disposición final en los que se hacía constar la sumisión a arbitraje respecto a las cuestiones que surgiesen por la interpretación o aplicación de los Estatutos, en las relaciones entre la sociedad y los socios, y entre éstos, pero excluía expresamente la impugnación de acuerdos sociales.

El caso trata de cuestiones relativas a la aplicación de los estatutos, surgidas en las relaciones entre socios y la sociedad, por tanto, su conocimiento no corresponde a la jurisdicción ordinaria, sino al colegio arbitral.

Pero no todos los demandantes fuesen excluidos como socios antes de adoptarse el acuerdo de aprobación de los estatutos con inclusión del convenio arbitral.

Según el TS para el ejercicio de la acción de impugnación de los acuerdos sociales, los demandantes debieron ceñirse al marco estatutario vigente al tiempo de interponerse la demanda y como éstos establecen el sometimiento de los socios al arbitraje regulado en la Ley 36/1988, la jurisdicción ordinaria debió declinar el conocimiento de la demanda, dictándose sentencia absolutoria con remisión de los actores al procedimiento arbitral si a su derecho interesa. En el caso que nos ocupa ni siquiera están inscritos los estatutos. El primer acuerdo que se tomó fue la exclusión de los socios y los estatutos aplicables son los que aparecen en la escritura de constitución de la sociedad y cuya disposición final excluye la impugnación de los acuerdos sociales.

El motivo de la casación se fundamentaba en que debió estimarse la excepción de sumisión a arbitraje dada la disposición final de los Estatutos Sociales de 1988. El motivo debe ser desestimado. Según el TS resulta evidente que la cláusula arbitral se adoptó sin el consentimiento de los demandantes, dos de los cuales habían sido excluidos como socios y otro votó en contra, por lo que frente a ellos no puede ser opuesta con buen éxito la excepción correspondiente, pues la cláusula arbitral que habían aceptado es la contenida en los estatutos originarios, la cual expresamente excluía la impugnación de los acuerdos sociales. Por lo tanto, en el fallo se estableció que no había lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Transportistas Abulenses Unidos, SL, contra la sentencia número 139/2000, de 19 de abril de 2000, dictada en el rollo de apelación número 374/1999 por la Audiencia Provincial de Ávila.

### 3. Información varia

Las novedades legislativas en el ámbito que nos ocupa están protagonizadas por la publicación de la nueva Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, mediante Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre de 2007, BOE num. 287, de 30 de noviembre de 2007. En ella se engloba la ley anterior y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de consumidores y usuarios que inciden en determinados aspectos contractuales de la misma. También se contempla la introducción de figuras como los contratos celebrados a distancia y los celebrados fuera del establecimiento comercial, y una refundición sobre la regulación de viajes combinados. El Título V, del último Libro, se encarga del acceso a la justicia de los consumidores e incorpora el Sistema Arbitral de Consumo. En el Sistema Arbitral de Consumo, contenido en el capítulo II, destacan las modificaciones introducidas por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre de mejora de la protección de los consumidores y usuarios. El artículo 90 incluye, bajo la rubrica “Cláusulas abusivas sobre la competencia y Derecho aplicable”, la previsión de pactos de sumisión expresa ante Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación ó aquél en el que se encuentre el bien si este fuere inmueble. Y en lo que concierne al Derecho aplicable, se considerará cláusula abusiva la que establezca la sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor y usuario emita su declaración comercial o donde el empresario desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza.

Por su parte la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público, BOE núm. 26, de 31 de octubre de 2007, en su Disposición adicional primera alienta al arbitraje como método de resolución sencillo de controversias entre contratos con empresas extranjeras que se formulen y ejecuten en el extranjero, además de incluir cláusulas de sumisión a los Tribunales españoles. En los contratos de este tipo con empresas españolas se inclina por las cláusulas de sumisión a los Tribunales españoles.

Entre las aportaciones doctrinales sobre la institución arbitral destacamos, dentro de la colección *Estudios sobre Arbitraje* de Civitas, que dirige la Dra. S. BARONA, Presidenta de la Corte de Arbitraje y Mediación de Valencia, la publicación de una monografía del Prof. C. ESPLUGES MOTA en la que se lleva a cabo un exhaustivo estudio del “*Arbitraje marítimo internacional*”. En la misma colección ha visto la luz “*Arbitraje y justicia en el s. XXI*”, dirigido por la propia S. Barona, un estudio interdisciplinar nacional e internacional donde participan especialistas en arbitraje que analizan instituciones arbitrales como el CCI de París; legislaciones europeas, tales como la alemana, y sectores más específicos como el Derecho de seguros y el Derecho de consumidores. Desde Oxford nos llega “*Arbitration commercial disputes International and English law and practice*”, de A. TWEEDDALE, en Oxford University Press.

En cuanto a las revistas nacionales se refiere, cabe citar el artículo “*El arbitraje internacional ante los Tribunales españoles*”, de J. ALONSO-CUEVILLAS Y



SAYROL, publicado en la *Revista de Catalunya*, vol. 106, núm. 3-2007; y “*El arbitraje internacional: confluencia de las tradiciones jurídicas: “common law” y “civil law”*” de R.M. MULLERAT en la *Revista vasca de de derecho procesal y arbitraje*, núm. 19. Además de lo anterior, el núm. 16 de la *Revista de General de Derecho Administrativo* contiene una aportación al arbitraje internacional de inversiones de M. BELTRÁN DE FELIPE que se pregunta sí “*Puede haber responsabilidad patrimonial de las Administraciones Publicas españolas al margen de la LRJAP y PAC?: el arbitraje internacional de inversiones (y el estándar universal de trato justo equitativo) como inesperado sustitutivo de la legislación interna*”. Asimismo se puede ir adelantando la próxima aparición del primer número de la nueva publicación “*Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*”, como su propio nombre indica especializada en arbitraje comercial y de inversiones tanto interno como internacional.

Para terminar, dentro de las revistas extranjeras, ha salido un nuevo número de *Internacional Arbitration Law Review* (vol. 10, nº 4). La revista hace un interesante recorrido por los casos más recientes de arbitraje internacional. En él, bajo los títulos *Effect of a set aside in situs of arbitration on enforcement in secondary jurisdiction* y *In search of an appropriate Standard for reasons in arbitral awards*, se analizan la sentencia dictada por la Corte de apelaciones del Distrito de Columbia en el caso *Termorio S.A. and Leaseco Group, LLC, v. electranta S.P.* y una reciente decisión de la Suprema Corte de Victoria (Australia) que pone de relieve la relevancia del fundamento de los laudos, ya sean internos o internacionales.

## V. NACIONALIDAD Y EXTRANJERÍA\*

### 1. Derecho de la Nacionalidad

#### A) Legislación

- a) *Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura (B.O.E, núm. 310, de 27.12.2007)*

El 28 de diciembre de 2007 entró en vigor la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, por la que se reconocen y amplían derechos y se establecen medidas en favor de quienes padecieron persecución o violencia durante la guerra civil y la dictadura. Sin embargo, la Disposición Adicional séptima, que como veremos a continuación amplía el número de beneficiarios del derecho a optar por la nacionalidad española de origen y que es la

---

\* C. Nieto Delgado y M. Vinaixa Miquel. Universidad Pompeu Fabra. C. Nieto Delgado se ha encargado de la parte de la Crónica referente a la Extranjería, mientras que la parte relativa al Derecho de la Nacionalidad ha sido redactada por M. Vinaixa Miquel.

que constituye el objeto de nuestra atención en este apartado, no entrará en vigor hasta que no haya transcurrido un año desde su publicación en el B.O.E.

La citada Ley tiene por objeto reconocer y ampliar derechos a favor de quienes padecieron persecución o violencia por razones políticas, ideológicas, o de creencia religiosa durante la Guerra Civil y la Dictadura, promover su reparación moral y la recuperación de su memoria personal y familiar, así como también adoptar medidas complementarias destinadas a suprimir elementos de división entre los ciudadanos (art. 1 de la Ley). Por lo que al Derecho de la nacionalidad se refiere, la Disposición Adicional séptima reconoce a los hijos de padre o madre originariamente español y a los nietos o nietas de quienes perdieron o tuvieron que renunciar a la nacionalidad española como consecuencia del exilio, la posibilidad de optar a la nacionalidad española de origen. Ahora bien, para poder ejercitar el derecho de opción es imprescindible que los interesados formalicen su declaración en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la presente Disposición, plazo que podrá ser prorrogado si así lo acuerda el Consejo de Ministros hasta el límite de un año. En el caso de que los interesados no formalicen la declaración de opción dentro de plazo indicado no podrán optar a la nacionalidad española de origen, aunque sí podrán adquirirla por residencia de un año en territorio español en virtud de lo dispuesto en el art. 22.2 b) C.c.

En definitiva, a partir del 28 de diciembre de 2008, además de las personas cuya determinación de la filiación o nacimiento en España se hubiese producido después de los 18 años de edad (art. 17.2 C.c) y de los extranjeros mayores de edad adoptados por español/a (art. 19.2 C.c), también podrán adquirir la nacionalidad española de origen por opción las personas a las que se refiere la Disposición Adicional séptima de la Ley 52/2007. Con esta ampliación de las personas que pueden adquirir la nacionalidad española de origen a través del mecanismo de la opción se reconoce una legítima pretensión de los emigrantes españoles.

*b) Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional (B.O.E núm.312, de 29.12.2007)*

El 30 de diciembre de 2007 entró en vigor la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional (Disposición final sexta de la Ley). Es importante precisar que en el presente apartado no se destacarán las principales y destacables novedades que incorpora la nueva ley en materia de adopción internacional, sino únicamente aquellos aspectos relacionados con el Derecho de la nacionalidad a los que la misma se refiere. Son dos, básicamente, los aspectos a reseñar:

*i) Adquisición de la nacionalidad española por residencia.* La Disposición final cuarta de la Ley 54/2007 modifica y otorga una nueva redacción al apartado 2º del art. 63 de la Ley del Registro Civil de 3 de junio de 1954, con el fin de agilizar el procedimiento administrativo que debe seguirse para poder adquirir la nacionalidad española por residencia. Concretamente establece que “Las autoridades competentes para la tramitación y resolución de las solicitudes de adquisición de la nacionalidad por residencia, para la exclusiva finalidad de resolver la solicitud presentada por el

interesado, recabarán de oficio de las Administraciones Públicas competentes cuantos informes sean necesarios para comprobar si los solicitantes reúnen los requisitos exigidos en el art. 22 del Código Civil, sin que sea preciso el consentimiento de los interesados”.

*ii) Adquisición de la nacionalidad española por adopción.* El art. 30 de la nueva Ley de Adopción internacional, ubicado dentro del Título II, relativo a las normas de Derecho internacional privado relativas a la Adopción internacional y, más concretamente, en el Capítulo III, concerniente a los efectos en España de la adopción constituida por autoridad extranjera incorpora una regulación hasta el momento inexistente en el Derecho positivo español, relativa a los efectos en España de las adopciones simples o menos plenas legalmente constituidas ante autoridad extranjera, a la vez que prevé la posibilidad de convertir este tipo de adopción en una adopción con plenitud de efectos, estableciendo para ello los factores que deben concurrir en cada caso para que la autoridad española competente acuerde la transformación. Es de interés aquí destacar que el citado precepto, en su apartado 3º, recoge una importante precisión concerniente a la adquisición de la nacionalidad española por adopción al establecer que “Las adopciones simples o menos plenas no serán objeto de inscripción en el Registro Civil español como adopciones ni comportarán la adquisición de la nacionalidad española con arreglo al art. 19 C.c”. En consecuencia, la adopción plena constituye la única modalidad de adopción que tiene como efectos, la atribución automática de la nacionalidad española de origen en el caso de que el adoptado sea menor de edad (art. 19.1 C.c) y, el reconocimiento del derecho a optar a la nacionalidad española de origen en el caso de que el adoptado sea mayor de edad (art. 19.2 C.c).

## **2. Extranjería**

### **A) Legislación**

- a) Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas, B.O.E. núm. 278, de 20 de noviembre de 2007.*

Se introduce con la presente disposición en el art. 23.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial un nuevo supuesto del llamado “principio de universalidad”, destinado a la persecución por nuestros Tribunales de delitos cometidos en el extranjero de tráfico ilegal o inmigración de personas, sean o no trabajadores. La norma señala en su Exposición de Motivos que tiene por finalidad cubrir la supuesta laguna generada por la detección y salvamento por buques españoles de embarcaciones ocupadas por personas que persiguen entrar en España, fuera de los límites de las aguas territoriales.

No entendemos demasiado bien que el cuidado y atención humanitaria que tales personas sin duda merecen guarde relación con la persecución penal por nuestros tribunales de las personas que hubieran organizado, promovido o favorecido tal

situación desde cualquier otro remoto lugar, aunque si esa relación existe, no habría estado de más que la competencia universal de nuestros tribunales quedara mejor acotada al caso contemplado (rescate de inmigrantes en alta mar por un buque de bandera española) y no fuera extensible a otros supuestos. Con la literalidad del precepto, no faltará quien pretenda ante nuestros Tribunales la persecución de cualquier triste supuesto de trata de personas, cometido en cualquier lejano país extranjero sin vinculación alguna con el territorio español, con dedicación de los inagotables medios personales y materiales de nuestra Administración de Justicia a la causa siguiendo otros ejemplos igual de loables (como la persecución del genocidio maya o las desapariciones en Argentina y Chile, por sólo citar dos ejemplos recientes). La redacción de los nuevos ilícitos recogidos en los arts. 313 y 318 bis del Código Penal también suscita ciertas dudas, relacionadas con el principio de legalidad y tipicidad: así acontece por ejemplo respecto a lo que deba entenderse por inmigración clandestina “*por* otro país de la Unión Europea” en el art. 313.1, frente a la inmigración clandestina “*con destino* a otro país de la Unión Europea” que con mejor y más clara redacción se recoge en el art. 318 bis.

A título de mera curiosidad, la lectura integral de la norma nos depara no pocas sorpresas, al incluirse en la disposición final una panoplia de reformas legislativas de signo bien diverso, tan habituales en este mundo de “leyes desbocadas” según la feliz expresión del profesor García de Enterría. No acertamos a ver qué extraña asociación de ideas conduce a que una norma dedicada a proscribir la trata de personas también elimine el trabajo de nuestros Secretarios Judiciales sustitutos sin percepción de trienios (reforma del art. 447.5 de la LOPJ).

- b) *ORDEN PRE/3654/2007, de 14 de diciembre, por la que se establece el importe de las tasas de concesión de autorizaciones administrativas, expedición de documentos en materia de inmigración y extranjería o tramitación de visados en frontera (B.O.E. núm. 300, de 15 de diciembre de 2007.*

Se actualizan por medio de la presente disposición las cuantías de las tasas a abonar por la documentación en materia de Extranjería (visados en frontera, autorizaciones de residencia, autorizaciones de trabajo). Las cuantías hasta la fecha vigentes se hallaban recogidas en la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, convertidas a euros por las Resoluciones 4/2001 y 5/2001 de la Dirección General de Tributos. Igual que en el régimen anterior, se mantiene la exención de la tasa para los nacionales de países iberoamericanos. Se introducen en cambio importantes modificaciones en el sujeto pasivo: para las autorizaciones de residencia y trabajo desaparece la participación en el pago de la tasa del trabajador, siendo ahora únicamente el empleador quien deberá abonar la tasa y considerándose nulo (ya se verá con qué eficacia) todo pacto por el que el trabajador asuma la obligación de pagar en todo o en parte el importe de la misma.

De interés resulta por fin averiguar qué cuesta la expedición de una carta de invitación, dada la efímera remisión *ad nutum* de la disposición final primera de la Orden

PRE/1283/2007 que comentamos en la edición anterior de esta crónica: noventa y seis euros la autorización de expedición y seis euros la carta en sí, más un euro por cada documento que se compulse a tal efecto. Para este trámite no rige exención alguna, por lo que españoles y extranjeros, sea cual sea su nacionalidad, deberán pasar por caja en plena situación de igualdad.

- c) *Instrucción de la Dirección General de Inmigración DGI/SGRJ/06/2007 sobre la kafala, de 27 de septiembre de 2007* (puede descargarse del sitio web del Ministerio de Trabajo e Inmigración, [www.mtas.es](http://www.mtas.es)).

La Dirección General de Inmigración actualiza con esta disposición las previsiones recogidas en la anterior instrucción de 1 de diciembre, referidas a una institución típica de los países islámicos que suscita no pocos quebraderos de cabeza, no sólo en el ámbito de la extranjería, sino también en el terreno del Derecho internacional privado y en el orden registral. La *kafala* ha sido definida en diversas Resoluciones de la DGRN (como las de 14 de mayo de 1992, 18 de octubre de 1993 o 13 de octubre de 1995) como “una situación personal de prohijamiento o acogimiento, que si se ha constituido en España es anotable en virtud de lo previsto en el art. 154.3 del RRC y que, si se ha constituido en el extranjero, lo será por medio del documento auténtico extranjero”. La Instrucción mantiene, como hacía su predecesora, la distinción a efectos de extranjería entre la *kafala* constituida respecto a menores con el consentimiento de los padres biológicos (con intervención o no de la autoridad pública), y la *kafala* constituida respecto de menores huérfanos o desamparados. En el primer caso, la persona a la que se hubiera deferido la *kafala* no se considera representante legal del menor extranjero (intuimos que prescindiendo de lo que establezca su ley nacional), por lo que el visado a obtener para la entrada seguirá los trámites de un traslado con fines de escolarización, tratamiento médico o disfrute de vacaciones, precisando de autorización del titular de la patria potestad, informe favorable del Subdelegado de Gobierno y declaración de la familia de acogida de que el acogimiento no tiene por objeto la adopción, así como la intención de favorecer el retorno del menor a su país de origen. Sólo en relación con menores huérfanos o abandonados, la *kafala* se considerará que equivale a una tutela, lo que abre la vía a la aplicación del régimen de la reagrupación familiar y eventualmente el beneficio del régimen privilegiado de los ciudadanos de la UE.

El punto que consideramos más criticable de la aproximación dogmática de la DGI al fenómeno de la *kafala* es la diferenciación de trato, en el ámbito de la entrada y residencia, de los menores sobre los que se haya constituido una *kafala* en función de la forma de constitución y situación personal del menor acogido. Es lícita y no vamos a valorar la opción técnico-legislativa de pretender impedir la constitución de adopciones en España de menores sobre los que se hubiera constituido una *kafala* en un país de tradición musulmana, salvo que el menor en cuestión fuere huérfano o se hallase en situación de desamparo bajo la tutela de la autoridad administrativa del Estado de origen (véase el claro sentido del art. 4.3 de la reciente Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción internacional que, sin mencionarlo *expressis verbis*, apunta a la diana de lo que aquí nos ocupa). Todo ello se entiende sin perjuicio de que semejante opción precisaría algo más de información al respecto entre los interesados.

Ahora bien, pretender que una familia que trae un menor marroquí a España tras haber constituido sobre el mismo una *kafala* con el beneplácito de las autoridades del país de procedencia expresamente declare que no pretende adoptarlo y sujetar la entrada a trámites administrativos más farragosos que si se hubiera constituido sobre un menor huérfano o abandonado no es más que poner trabas a fenómenos o situaciones de imposible control, lo que al final acaba por irritar a los particulares acuciados por preocupaciones vitales más importantes que la naturaleza jurídica de la *kafala* en Derecho musulmán y termina por menoscabar la legitimidad general del sistema. Ya conocemos cuál es la opción preferida por el Legislador español respecto a los menores procedentes de países islámicos sujetos a una *kafala*: el problema es qué pasa con los que se sitúan al margen de dicha opción. Impedir la entrada en España de un menor salvo el recurso de los acogedores a burdas mentiras (sin sanción); provocar situaciones de ilegalidad administrativa sobrevenida, cuando el menor se queda en España tras un simulado viaje de tratamiento médico o vacaciones y dificultar posteriormente la adopción, introduciendo controles sobre la regularidad de todo el proceso previo que difícilmente un Juez de Primera instancia vaya a poder verificar (al margen de la angustia de los interesados por el riesgo que todo ello teóricamente entraña, dada la intervención del Ministerio Fiscal en la última fase de todo el proceso) ya nos parece más cuestionable. Todos conocemos las “estratagemas” que el coloquialmente denominado “Régimen General de Extranjería” ha favorecido durante décadas, por su excesiva rigidez e idealismo, en los casos de inmigración laboral a nuestro país de personas que “supuestamente” no se encuentran en territorio español (solicitudes de visado “por apoderado”, viajes del beneficiario al país de origen para recoger el visado sin garantía de retorno, etc. etc.). Aquí sin embargo estamos hablando de niños, cuyo supremo interés nadie discute debería ser el principio orientador de cualquier decisión que los poderes públicos puedan tomar. Tensar la cuerda del Derecho de extranjería respecto de menores que se encuentran en nuestro país en una situación consolidada, que en la mayoría de los casos manifiestamente favorece su superior interés; o bien respecto de sus guardadores, preocupados sólo por su formación integral y sustento, es una opción que debería meditarse concienzudamente.

*d) Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de 28 de noviembre, por el que se modifica el art. 42.5 del Reglamento 1/2005, de 15 de septiembre, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales (B.O.E. de 12 de diciembre de 2007).*

Por si fuera poca la inflación de asuntos que recaen en el Juzgado de Guardia a raíz de las últimas reformas legislativas (VIDO, tráfico, juicios rápidos de toda índole...), y pequeños los problemas de delimitación que dicha atribución plantea con otros Juzgados del mismo o distinto orden jurisdiccional, la modificación del Reglamento accesorio de las actuaciones judiciales asigna ahora con toda claridad al Juez de instrucción que preste servicios de guardia una nueva competencia sobre la que se habían planteado dudas: la competencia para adoptar medidas cautelares en procedimientos contenciosos administrativos en relación con actuaciones que entrañen expulsión, devolución o retorno de extranjeros. El Juzgado de Guardia, convertido los

fin de semana en auténtico *Panopticon* en el sentido etimológico de la expresión, se encargará ahora de paralizar los intentos de expulsión administrativa, siempre que quede acreditado que no ha sido posible interesar la suspensión del órgano naturalmente competente en días y horas hábiles. Si ya era un auténtico *arcana* saber qué parámetros debía valorar el Juez de Guardia para denegar el internamiento de un extranjero respecto al cual se hubiera incoado expediente administrativo de expulsión a tenor del art. 62 de la Ley Orgánica 4/2000 (“atendidas las circunstancias concurrentes y, en especial, el hecho de que carezca de domicilio o de documentación, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes”), puede esperarse cualquier resultado con el art. 135 de la LJCA en manos del Juez de instrucción.

Como los operadores en este ámbito conocen sobradamente, no resultaba infrecuente, en este orden de cosas, el planteamiento de recursos de reforma y apelación contra los autos de internamiento respecto de expulsiones que, en la fecha de su resolución, ya se habían materializado; lo que, dicho sea de paso, desde luego no supone disfunción alguna, pues el Juez de instrucción no puede valorar en la concesión del internamiento la legalidad o no de la actividad administrativa. Así se recoge claramente en la STC 115/87, de 7 de julio: “El órgano judicial habrá de adoptar libremente su decisión teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso, en el bien entendido *no las relativas a la decisión de la expulsión en sí misma (sobre la que el Juez no ha de pronunciarse en este procedimiento)...*”.

Ahora es previsible que, junto al casi automático recurso de reforma contra el auto de internamiento del extranjero que se acuerde, se solicite también en fines de semana del Juzgado de Guardia de la capital de provincia que corresponda en función del Juzgado de lo Contencioso territorialmente competente la suspensión de la orden administrativa de expulsión, al objeto de garantizar que la misma no se llevará a efecto, sin que el Juzgado de Guardia pueda inhibirse en todos aquellos casos en que, por ejemplo, hasta la detención no se haya podido notificar la orden de expulsión por hallarse el extranjero en ignorado paradero. ¿Se conocen casos de detención, internamiento y expulsión en fines de semana u otros días inhábiles que justifiquen la ampliación de competencias del Juez de Instrucción? Ignoramos la respuesta. Si ya suscita reparos la tendencia detectable de convertir al Juzgado de Guardia en un “servicio de justicia express”, en el que puede obtenerse, en días y horas inhábiles para otras jurisdicciones, desde un auto de medidas provisionales de familia (el frecuente trasunto de muchas órdenes de protección) hasta un auto de internamiento involuntario por enfermedad mental de un familiar (art. 763 LEC), el problema se acentúa en el caso de la competencia para las medidas cautelarísimas del art. 135 de la LJCA en ciudades como Barcelona o Madrid, donde un único Juzgado de Guardia (de incidencias) podría en lo sucesivo tener que conocer de todas las peticiones de suspensión de las expulsiones acordadas respecto a los extranjeros que hayan sido detenidos e internados en fin de semana en cualquiera de los partidos judiciales de la provincia. No hace falta subrayar lo gravoso que se augura tal cometido, dada la concentración de población inmigrante en la periferia de ambas capitales.

**B) Jurisprudencia***a) Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de noviembre de 2007, Recurso de inconstitucionalidad núm. 1707/2001*

A falta de novedades legislativas de mayor calado, la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la L.O. 8/2000, de 22 de diciembre, por la que se reforma la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social deviene la auténtica estrella de estos comentarios referidos al segundo semestre de 2007. Como sin duda los lectores recuerdan, la L.O. 8/2000, bautizada también como “Ley de la Contrarreforma” (así p. ej. M. Tarabini, *Reforma y Contrarreforma de la Ley de Extranjería*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002; R. Manzana, “La Contrarreforma en materia de Extranjería”, *RGD* 2000, pp. 12695-12716), fue dictada escasos días después del inicio de la legislatura que principió tras la segunda victoria electoral del Partido Popular. También es de sobras conocido que dicha Ley suprimió muchas de las novedades en materia de extensión de derechos que la L.O. 4/2000, aprobada por todas las demás fuerzas parlamentarias, había introducido frente a la obsoleta L.O. 7/1985, hecho que ahora, transcurridos más de ocho años, el supremo intérprete de la Constitución se encarga de examinar desde el prisma de nuestra Norma Fundamental.

Intentando sintetizar al máximo el fallo del Alto Tribunal, el sentido del mismo no es otro que la declaración de inconstitucionalidad de la limitación para los extranjeros en situación de ilegalidad administrativa del ejercicio de los derechos de reunión, asociación, sindicación y huelga, educación de naturaleza no obligatoria y asistencia jurídica gratuita. Todos los demás preceptos impugnados (art. 56, referido al internamiento de los extranjeros en supuestos de retorno; arts. 16.2, 17.2 y 18.4 referidos al reagrupamiento familiar; 20.2 y 27.5 referidos a la falta de motivación de ciertas denegaciones de visado; arts. 57.2 y 57.8 referidos a la expulsión de extranjeros condenados por conducta dolosa que constituya delito castigado con pena privativa de libertad superior a un año y art. 63, referido al plazo reducido de alegaciones en el procedimiento preferente de expulsión) son declarados constitucionales.

El esquema de razonamiento de la resolución dictada es sencillo, aunque la materia desde luego admite la discusión: habiendo proclamado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional anterior que en aquellos derechos vinculados a la dignidad humana no cabe la diferenciación entre españoles y extranjeros (SsTC 107/1984, 99/1985, 130/1995 o 95/2000) se concluye, invocando el texto de los Convenios internacionales vigentes en la materia que los derechos aquí afectados pertenecen a dicha categoría “hiperfundamental”, siendo por tanto contrario a nuestra Constitución condicionar su ejercicio a la residencia legal del titular. Los votos particulares de los Magistrados Rodríguez-Zapata y García-Calvo llaman en cambio la atención sobre la existencia en la normativa internacional invocada de las conocidas como “cláusulas de salvaguardia” (restricciones en aras del orden público, la seguridad pública o la salud pública, siempre con sujeción al principio de proporcionalidad) para concluir, en sentido divergente al



parecer mayoritario del Tribunal, que la introducción del requisito de la residencia legal tendría encaje en las referidas limitaciones permitidas.

Además de las alegaciones recogidas en los citados votos particulares también podría argumentarse que la política europea de inmigración, especialmente celosa en la protección de los derechos fundamentales, ciertamente parte de Tampere acá de la plena equiparación de derechos únicamente en el caso de los extranjeros en situación legal (véase por ejemplo la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo - El Planteamiento global sobre la migración un año después: Hacia una política global europea en materia de migración, COM (2006), 735 final; o bien la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 5 de diciembre de 2007, «Una política común de inmigración», COM (2007) 780 final); y asimismo podría citarse el caso de algunos de nuestros vecinos europeos con más “solera” constitucional que España (Alemania, Países Bajos...) que conocen restricciones de otros derechos de mayor trascendencia vital para los extranjeros carentes de autorización de residencia (señaladamente, del derecho a la asistencia sanitaria: véase por ejemplo para los Países Bajos, T. de Lange, “La regulación en los países europeos continentales”, en E. Argullol i Murgades, *Inmigración y transformación social en Cataluña, Vol. II, Estudio jurídico comparado*, Bilbao:Fundación BBVA, 2007, p. 115), sin que nadie haya defendido seriamente que los referidos países actúan vulnerando la normativa europea o internacional de protección de los Derechos Humanos. Con todo, consideramos honestamente que la decisión del Tribunal Constitucional es correcta: derechos que constituyen el pilar de cualquier Estado democrático de Derecho como el de reunión, expresión, sindicación o huelga deben reconocerse a toda persona y no pueden negarse sin más a todos aquellos que carezcan de una autorización administrativa de residencia. Todo ello sin valorar el coste en términos de integración social de semejantes exclusiones, cuya trascendencia práctica y eficacia en supuestos concretos se hace difícil imaginar.

De todos modos, es esta una materia que como ya se ha indicado puede simplificarse tremendamente en su planteamiento y, sin embargo, aviva una continua discusión. Las diferencias de trato entre españoles y extranjeros es obvio que seguirán produciéndose en el futuro, toda vez que el art. 14 de la CE en ningún caso garantiza una plena equiparación entre nacionales y foráneos. Seguirá habiendo derechos que quedan constitucionalmente reservados a los nacionales (como los de participación política) y sin duda habrá acuerdo respecto a la necesidad de que todos los extranjeros disfruten de derechos tan básicos como el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad ideológica y de culto, a la salud, etc. Ahora bien, las “zonas de penumbra”, sea cual sea el signo político del gobierno de turno, seguirán existiendo, especialmente en el caso de los derechos sociales o los llamados “derechos de última generación”. Aunque no nos queremos extender, véanse para este mismo período objeto de comentario, como resultado de la actividad legislativa desplegada durante el mandato de un Gobierno de distinta orientación, las normas contenidas en el art. 2 de la Ley 35/2007, relativas a las prestaciones económicas de pago único por nacimiento de hijo o adopción (restricción de su disfrute a los residentes legales desde hace dos años) o las del art. 2 del R.D.

1472/2007, por el que se regula la renta básica de emancipación de los jóvenes (sujeción de la condición de beneficiario a la residencia legal en España). ¿No estaríamos aquí ante “prestaciones sociales básicas” (véase sobre tal concepto C. Gala, “Inmigrantes extracomunitarios y Seguridad Social”, en E. Argullol, *op. cit.* p. 400 y ss.)? ¿No serían por tanto subsumibles en el art. 14.3 de la L.O. 4/2000, que las reconoce a todos los extranjeros? ¿No entraría en cuestión incluso, en el caso de las prestaciones económicas por nacimiento, el art. 39 de la Constitución española, que recoge el principio de protección integral de los hijos?

Otros ejemplos y restricciones podrían examinarse, sin salir del mismo período (póngase en conexión el art. 1.4 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo, que eufemísticamente excluye de su ámbito de aplicación a los extranjeros cuya situación no se ajuste a lo dispuesto en la L.O. 4/2000, con el art. 4 de la misma norma, intitulado “derechos profesionales”). Muchas son las preguntas que se plantean en toda esta peliaguda cuestión, por lo que cualquier enfoque maniqueo, como el que se detecta en algunas notas y comentarios al fallo del Tribunal Constitucional, lo único que hace es sustraer a la discusión pública, de forma partidista e interesada, problemas acuciantes relacionados con la inmigración. Esos problemas tarde o temprano deben afrontarse en las sociedades democráticas avanzadas como la nuestra, si de verdad se desea mantener en ellas la cohesión y el progreso social y económico de todos.

## **VI. TRABAJOS REALIZADOS EN EL SENO DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DIPr Y EL GEDIP\***

En la presente crónica se refiere la actividad llevada a cabo durante el segundo semestre de 2007 por parte de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y del Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado (en adelante, GEDIP). En relación al trabajo realizado por la Conferencia de La Haya, nos centraremos en primer lugar en la adopción del Convenio sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia y del Protocolo sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias, y se hará referencia a continuación al estudio de viabilidad del tratamiento del Derecho extranjero.

En cuanto a la labor desarrollada por el GEDIP en este período nos ocuparemos de diversos asuntos tratados en el marco de la XVII Sesión del Grupo Europeo de Derecho internacional privado celebrada en Hamburgo entre el 14 y el 16 de septiembre de 2007.

---

\* M. Álvarez Torné. Universidad de Barcelona. En la elaboración de esta crónica agradezco la información y documentación de primera mano que me proporciona la Prof. Alegría Borrás.

## **1. Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado**

### **A) Convenio sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia y Protocolo sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias**

En el transcurso de la XXI Sesión Diplomática de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado para la aprobación de un Convenio en materia de alimentos, que tuvo lugar entre los días 5 y 23 de noviembre de 2007 con una elevada participación y cuya celebración se avanzó en la crónica anterior (*vid.* REEI 14/2007), se adoptaron tanto el Convenio sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia como el Protocolo sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias<sup>1</sup>. Se destacarán en primer lugar algunos puntos del nuevo Convenio en materia de alimentos y se tratarán a continuación aspectos relevantes del Protocolo de ley aplicable.

Debe recordarse que la Comunidad Europea es miembro de la Conferencia desde el pasado 3 de abril de 2007, por lo que resultaron precisas diversas reuniones entre la Comisión de la CE y el Consejo de la UE y las delegaciones de los Estados miembros a efectos de coordinar las actuaciones comunitarias. Cabe detallar también que la Prof. A. Borrás en condición de co-relatora del Convenio (junto a la australiana Sra. J. Degeling) y el Prof. A. Bonomi son los encargados de redactar los informes explicativos del Convenio y el Protocolo respectivamente, textos que serán objeto de una ardua labor durante 2008 hasta la obtención de la versión definitiva.

Cabe destacar asimismo que, pese a que el Convenio y el Protocolo están abiertos a la firma desde la adopción del Acta Final, habiendo procedido ya a firmar el Convenio Estados Unidos, no se prevé que tengan lugar la mayoría de las firmas hasta haber resultado posible el análisis del Informe explicativo.

#### **• Convenio sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia**

El Convenio adoptado, que partía del objetivo de facilitar su aceptación por el máximo número posible de países, se basa en los ejes de la cooperación de autoridades de los Estados contratantes y el procedimiento de reconocimiento y ejecución, como se destaca en el artículo 1. Su contenido incluye las medidas que han sido consideradas como más eficaces para viabilizar el pago de alimentos. De especial trascendencia resultó la redacción finalmente aceptada en el artículo 2, que alude al ámbito de aplicación del Convenio, y que partía de metas excesivamente ambiciosas y poco realistas. Se optó al final porque el artículo 2 determinase por una parte que el Convenio se aplicará a las obligaciones alimenticias derivadas de una relación paterno-filial y vinculadas a una

---

<sup>1</sup> Al respecto puede consultarse el Acta Final de la XXI Sesión de la Conferencia de La Haya. El texto completo del Acta Final está disponible en la dirección [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

persona menor de 21 años. Debe matizarse que los Estados pueden recurrir a una reserva para limitar esta edad a los 18 años, teniendo tal reserva el carácter de recíproca, lo cual es un supuesto único en el conjunto del Convenio, como especifica el artículo 62.4 del mismo. El artículo 2 del Convenio establece asimismo que resultará de aplicación en cuanto al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de alimentos respecto al cónyuge o ex-cónyuge si se realiza la solicitud en relación al ámbito descrito de las relaciones paterno-filiales. De tratarse de reclamaciones genéricas entre cónyuges se detalla que no serán aplicables los preceptos relativos a la cooperación administrativa. Por último, el artículo 2 del Convenio prevé que los Estados puedan contemplar mediante una declaración la aplicación del texto a obligaciones alimenticias derivadas de otros vínculos familiares, de afinidad o parentesco y matrimoniales. Se incluyen con especial acento en este punto las obligaciones respecto a personas vulnerables. Las declaraciones mencionadas tendrán efecto entre Estados que hayan realizado una declaración en el mismo sentido. El último apartado del artículo 2 subraya que los preceptos del Convenio se aplicarán a cualquier hijo sin admitir su discriminación por motivos de filiación.

El texto del Convenio prevé por otra parte diversas definiciones en su artículo 3; debe subrayarse que algunas de ellas resultaron de acuerdos dadas las diferencias existentes en torno a ciertos términos. Los capítulos II y III del Convenio se consagraron al tratamiento de la cooperación administrativa, uno de los pilares del nuevo instrumento. El primero concreta la designación y las funciones de las Autoridades Centrales y el segundo se ocupa de las solicitudes transmitidas a través de las mismas. En este punto cabe señalar que la preparación del artículo 6, que se ocupa de las funciones específicas de las Autoridades Centrales, generó polémica, que se intentó zanjar especificando que los servicios que desempeñarán serán objeto de una implantación gradual. Por otra parte, en la anterior crónica (*vid.* REEI 14/2007) aludimos al artículo 8 en la redacción dada en el anteproyecto del Convenio, que ya se pronunciaba en el sentido en que ha quedado finalmente recogido en el Convenio, al determinar que cada Autoridad Central debe asumir sus propios costes. Respecto a los formularios previstos en el texto del Convenio cabe decir que se espera que favorezcan el funcionamiento del mismo, a lo que contribuye el hecho de que la mayor parte de dichos formularios tienen carácter facultativo.

El acceso efectivo a los procedimientos, contemplado en los artículos 14 a 17 del Convenio, ha sido una materia objeto de intensa negociación que partía de dos posibles redacciones alternativas en el Anteproyecto y en la que se ha alcanzado finalmente el consenso. El artículo 14 prevé el acceso a la justicia supeditado a una serie de reglas, entre las que figura que la asistencia judicial gratuita no resulte inferior a la prevista para supuestos internos. El art. 15 determina la asistencia judicial gratuita como regla general respecto a los niños en supuestos de reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de alimentos, fijándose como límite de edad para acceder a la misma los 21 años. Esta posibilidad de asistencia podrá ser rechazada cuando la solicitud sea considerada infundada. Los Estados podrán extender la asistencia judicial gratuita a través de una declaración a otras solicitudes contempladas por el artículo 10 en que se pruebe la ausencia de medios ex artículo 16. El artículo 17 establece por su parte que

para el caso del resto de solicitudes, la asistencia judicial gratuita será accesible tras probar los medios disponibles, pero debe tenerse en cuenta que de haber existido este beneficio en el Estado de origen, deberá mantenerse como mínimo en igual medida en el Estado en el que se solicite el reconocimiento y la ejecución. No obstante, el artículo 52 reserva la posibilidad de recurrir a un acuerdo o una solución más ventajosa respecto a lo previsto en el Convenio.

Como se ha avanzado, el otro eje de funcionamiento del Convenio lo constituye el reconocimiento y la ejecución de decisiones, materia en la que no se contempla únicamente el exequátur, sino también la ejecución en sí misma, en los Capítulos V y VI respectivamente. Respecto al exequátur, cabe destacar que el Capítulo V se aplicará ex artículo 19 tanto a supuestos de “atrasos” como a “alimentos retroactivos”, términos que se ha querido distinguir para su inclusión, junto a otras posibilidades como los “acuerdos relativos a alimentos”. En cuanto a las reglas de competencia indirecta previstas por el artículo 20, el debate se generó en torno a la concreción de criterios aceptados por unos pero rechazados por otros, como el de la “residencia habitual del acreedor en el Estado de origen”, que aparece finalmente. Algunos de los criterios contemplados por el artículo 20 pueden ser objeto de una reserva por parte de los Estados de acuerdo con el apartado 2 de dicho artículo y de conformidad con el artículo 62 del Convenio. En este punto cabe subrayar el recurso a la técnica de “*fact based approach*” que aparece en el apartado 3 del artículo 20 y permite a un Estado que haya formulado reserva en virtud del apartado 2 la posibilidad de reconocer y ejecutar una sentencia que se base en un criterio de competencia que coincida con uno aplicable por el Estado requerido según su Derecho interno para tales circunstancias.

Debe destacarse por otra parte que las causas de denegación del reconocimiento y la ejecución recogidas en el artículo 22 gozaron de amplio consenso y coinciden con las previstas por otros instrumentos internacionales. Por el contrario, la redacción final de los artículos 23 y 24, que establece una normativa mínima común para los Estados parte en cuanto al procedimiento previsto para el reconocimiento y la ejecución de decisiones en materia de alimentos cuando la solicitud se presente a través de una Autoridad Central, fue objeto de gran controversia y ha precisado encontrar un esencial equilibrio, ya que para algunos Estados la armonización parcial generaba conflictos con su Derecho interno. El artículo 23 determina un procedimiento rápido y fácil para la solicitud de exequátur en que no se admiten alegaciones de las partes y se contempla sólo una revisión de oficio limitada. Por otra parte, el procedimiento previsto por el artículo 24 se refiere únicamente a la solicitud de exequátur y a su autorización o denegación; el resto de aspectos serán regulados por el Derecho interno del Estado requerido. Ello se traduce como un grado inferior de armonización al que es posible acogerse por vía de una declaración en virtud del artículo 63 del Convenio.

El Capítulo VI se ocupa por su parte de la ejecución *stricto sensu*, estableciendo una regla general en el artículo 32 seguida de la consagración del principio de no discriminación recogido en el artículo 33.

En los Capítulos VIII y IX se recogen las disposiciones generales y finales del Convenio, entre las que figura el artículo 37, que prevé las solicitudes presentadas directamente ante las autoridades competentes de un Estado parte, posibilidad que pese a no constituir un eje fundamental del nuevo instrumento, no queda excluida. Se prevén en esta parte del Convenio también preceptos referentes a las exigencias lingüísticas, la confidencialidad y protección de datos y los ordenamientos plurilegislativos. En cuanto a la coordinación con otros instrumentos, cabe especificar que el nuevo Convenio sustituye entre los Estados parte a los Convenios de La Haya de 1958 y 1973, así como al Convenio de Nueva York de 1956. No obstante, no afectará a los Convenios de La Haya de 1954 relativo al procedimiento civil, al de 1965 sobre notificaciones y al de 1970 sobre obtención de pruebas, como matiza el artículo 50. Por otra parte, debe destacarse la importante noción de “perfil de país” prevista en el artículo 57, que obliga a los Estados contratantes a proveer información relativa a sus ordenamientos internos a la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya mediante un formulario recomendado. Esto se considera vital para el correcto funcionamiento del Convenio, en tanto evitará trámites innecesarios y agilizará y disminuirá los costes de los procedimientos.

En cuanto a la firma, ratificación y adhesión del Convenio, el artículo 58 ha optado por la vía más restrictiva, dado que el nuevo instrumento conlleva gran número de obligaciones para los Estados que lo suscriban y precisa por ello de confianza mutua. En consecuencia, sólo los Estados miembros de la Conferencia y los participantes en la XXI Sesión podrán acceder a la firma y ratificación del nuevo Convenio; para el resto existe sin embargo la posibilidad de la adhesión. La entrada en vigor tendrá lugar con la ratificación de dos Estados.

Para finalizar debe destacarse que las diferencias observadas entre los sistemas jurídicos de los diversos Estados han conllevado la aceptación de soluciones muy abiertas en el Convenio, admitiéndose la inclusión de una multiplicidad de regímenes particulares de conformidad con las obligaciones asumidas. Además, pese a que el propósito inicial consistía en adoptar un texto que sustituyese los instrumentos existentes en la materia, esto no ha sido finalmente posible, lo que ha llevado a excluir las normas de competencia directa y a recoger las reglas de ley aplicable en un Protocolo independiente que se tratará a continuación.

Por otra parte y en el ámbito comunitario, un nuevo Reglamento que regulará las reclamaciones internacionales de alimentos en el conjunto de aspectos se encuentra en una fase avanzada de preparación, por lo que deberá procurarse su compatibilidad con este Convenio de La Haya de 2007. Debe acentuarse además que la Conferencia de la Haya planea llevar a cabo un control exhaustivo en torno a la aplicación de este nuevo Convenio, en tanto afecta a gran número de niños a escala mundial durante muchos años de su vida. Además, y como se recoge en el punto 9º del apartado de recomendaciones del Acta Final de la XXI Sesión<sup>2</sup>, se recomienda al Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia que tengan por prioritario el desarrollo

---

<sup>2</sup> Las recomendaciones se recogen en el apartado C del Acta Final.

de un Protocolo al nuevo Convenio en relación a las personas vulnerables. En el caso concreto de España, la co-relatora del Convenio y autora de su informe explicativo, la Prof. Borrás, recomienda iniciar ya en nuestro país el análisis de las obligaciones que pueden llegarse a cumplir en el marco del Convenio en virtud de nuestro ordenamiento jurídico y de los servicios que cabe prestar.

• **Protocolo sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias**

La adopción de un Protocolo facultativo que se ocupa de la ley aplicable a las obligaciones alimenticias se explica por las dificultades que suponía para algunos Estados la introducción de disposiciones de ley aplicable en el contexto del Convenio. Al efecto fue creado un grupo especial de trabajo del que formaron parte la Dra. Carmen Parra y la Prof. Alegría Borrás como miembro *ex officio* en su condición de relatora del Convenio. El Protocolo aprobado ha de sustituir a los Convenios de La Haya de 1956 y 1973 que regulan la ley aplicable en materia de obligaciones alimenticias, y de los que España es Estado contratante. En opinión de la co-relatora del Convenio sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia, la Prof. Alegría Borrás, vincular Convenio y Protocolo hubiese respondido mejor a la finalidad inicial de la adopción del nuevo Convenio, que debía perseguir la sustitución de los múltiples instrumentos existentes en calidad de texto omnicompreensivo. Por otra parte y en virtud del artículo 23, el Protocolo queda abierto a la firma de cualquier Estado, sea o no parte del Convenio.

El ámbito de aplicación del Protocolo previsto en el artículo 1 dependió de la decisión final en cuanto al mismo aspecto en el contexto del nuevo Convenio. Debe destacarse asimismo que al pretender que el Protocolo sustituya al Convenio de 1973 resulta importante que se aplique hasta los 21 años. La aplicación *erga omnes* del texto se recoge por su parte en el artículo 2 del Protocolo. El artículo 3, que fue objeto de amplio debate, recoge la regla general de ley aplicable y utiliza como conexión principal la residencia habitual del acreedor, siempre que el texto no disponga lo contrario. El artículo 4 del Protocolo, construido en base al principio de *favor creditoris*, prevé un sistema de conexiones en cascada e incluye supuestos de alimentos debidos de descendientes a padres y ascendientes como respuesta a la evolución demográfica en muchos países. Por otra parte, y tras un arduo debate, el artículo 5 establece una regla especial para las obligaciones alimenticias entre esposos, ex esposos y personas cuyo matrimonio se haya anulado: en estos supuestos no se recurrirá a lo previsto por el artículo 3 si una parte se opone y la ley de otro Estado tiene vínculos más estrechos con el matrimonio. La inclusión de las parejas registradas en el texto del Protocolo, impulsada esencialmente por Suiza, no prosperó finalmente debido al rechazo de algunos Estados y de la Comunidad Europea.

Los artículos 7 y 8 del Protocolo contemplan la autonomía de la voluntad en el terreno de la ley aplicable limitada a dos posibilidades respectivamente: la designación de la ley del foro en un procedimiento específico y una autonomía de opción. Por su parte la redacción del artículo 14 ha resultado controvertida, en tanto determina que, pese a que

la ley aplicable pueda establecer lo contrario, para fijar el importe de la obligación alimenticia se tendrán en cuenta tanto las necesidades del acreedor y las prestaciones que haya podido percibir en lugar del pago de alimentos, como los recursos de que dispone el deudor. También debe subrayarse el debate que generó la posibilidad finalmente excluida, como refleja el artículo 27, de formular reservas al Protocolo.

## **B) Estudio de viabilidad del tratamiento del Derecho extranjero**

El pasado 25 de octubre de 2007 se presentó un cuestionario en el marco del “Estudio de viabilidad del tratamiento del Derecho extranjero”, preparado por la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya de DIPr<sup>3</sup>. El análisis del tratamiento del Derecho extranjero se emprendió en el seno de la Conferencia de La Haya cuando en abril de 2006 la entonces llamada Comisión Especial (hoy Consejo) de Asuntos Generales y Política de la Conferencia encargó a la Oficina Permanente la elaboración de un estudio de viabilidad relativo al desarrollo de un nuevo instrumento para la cooperación transfronteriza en relación al tratamiento del Derecho extranjero. Tras ello tuvo lugar una reunión de expertos entre el 23 y el 24 de febrero de 2007 con la participación del Prof. F. J. Garcimartín Alférez, en la que se apuntó la necesidad de preparar un cuestionario como parte de un estudio científico más profundo en relación a cómo facilitar el acceso al Derecho extranjero. En abril de 2007, el Consejo invitó a la Oficina Permanente a desarrollar este cuestionario. El objetivo del mismo debía ser la identificación de las dificultades prácticas en el acceso al contenido del Derecho extranjero y la determinación de las áreas de Derecho extranjero para las que resulta precisa información. En este proceso, en que se solicitaba la opinión de los miembros de la Conferencia, debía reconocerse si resultaba realmente necesaria en la práctica la incorporación de un instrumento en este terreno.

En virtud de lo anterior se elaboró un cuestionario dirigido a los miembros de la Organización. En el texto se plantean diversas preguntas, acerca de, entre otros extremos, si el que responde forma parte de determinados Convenios internacionales y de las solicitudes que se reciben en relación a las mismas y cuánto se tarda en darles respuesta, así como si el miembro de la Organización que decide responder al cuestionario facilita acceso online a su legislación o da respuestas orales o escritas en las solicitudes sobre la misma, y si es así cuál es el coste. Se pregunta además en el cuestionario qué áreas del Derecho extranjero son las invocadas con mayor frecuencia ante los órganos judiciales o aplicadas por los mismos. Y se pregunta también cuáles son los países cuyos Derechos extranjeros son invocados o aplicados más veces, y cómo tiene lugar exactamente la averiguación y verificación del Derecho extranjero. Se solicita asimismo en el cuestionario a los miembros que lo respondan que se pronuncien acerca de si les parece o no necesario desarrollar un instrumento global y/o unos mecanismos para posibilitar el acceso al contenido del Derecho extranjero. De ser afirmativa la respuesta, se pregunta cómo debería configurarse el futuro instrumento, y

---

<sup>3</sup> Este texto y los documentos previos en el ámbito del estudio están disponibles en la web de la Conferencia de La Haya, [www.hcch.net](http://www.hcch.net), en el apartado “Work in Progress”.



si debería ser vinculante la información recibida. Se plantea asimismo si resultaría útil facilitar un acceso online de los Derechos extranjeros.

A partir del conjunto de respuestas recibidas se elaboró el pasado mes de marzo un resumen por parte de la Oficina Permanente a la atención del Consejo de abril que analizaremos en la próxima crónica al corresponder a información del primer semestre de 2008.

## **2. Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado (GEDIP)**

Se analizará a continuación la actividad llevada a cabo en el seno del GEDIP en el segundo semestre de 2007, en el que tuvo lugar la XVII Reunión del Grupo Europeo de Derecho internacional privado celebrada en Hamburgo entre el 14 y el 16 de septiembre de 2007, tal y como se avanzó en la crónica anterior (*vid.* REEI 14/2007).

### **• La XVII Reunión del GEDIP celebrada en Hamburgo, 14-16 de septiembre de 2007**

En la reunión celebrada en Hamburgo durante el pasado mes de septiembre de 2007 se trataron diversos temas, de los que destacaremos algunos en las siguientes líneas. Pueden consultarse al respecto en la web del GEDIP, en la dirección <http://www.gedip-egpil.eu>, tanto el “Compte rendu des séances de travail” como el documento “L’application des règles de l’Union européenne sur la compétence judiciaire aux situations externes (17e session, Hambourg, 16 septembre 2007)”.

En la reunión de Hamburgo se analizó por una parte la competencia externa de la Comunidad, tema que se acordó seguir tratando en la siguiente reunión. A partir del debate generado en esta materia fue adoptada por parte del Grupo una posición relativa a la aplicación de las reglas de la Unión Europea en materia de competencia judicial a situaciones externas. En este sentido se parte de la premisa de que el desarrollo del espacio judicial europeo conlleva la ampliación de la competencia externa de la UE, y que ello supone la necesidad de revisar las reglas de competencia establecidas en el artículo 4 del Reglamento Bruselas I. El GEDIP sugiere la posibilidad de aplicar las reglas de competencia del capítulo II del Reglamento Bruselas I a litigios en que el domicilio del demandado no esté en un Estado Miembro, con la eventual inclusión de criterios complementarios de determinación de la competencia. Asimismo, el GEDIP considera que debe analizarse si resultaría adecuado prever criterios de competencia residuales en el Reglamento Bruselas I para casos en que de la aplicación del Reglamento no se desprenda la competencia de tribunal alguno de los Estados Miembros, teniendo en cuenta en especial la localización del patrimonio del demandado en un Estado Miembro. EL GEDIP propone en el sentido de las anteriores medidas apuntadas la admisión del recurso a la figura de *forum non conveniens* por parte de un juez de un Estado Miembro a favor de un juez extracomunitario manifiestamente más apropiado, que se accionaría de considerarse oportuno por el juez comunitario.

Además, el GEDIP recomienda analizar de qué modo podrían aplicarse las reglas del Reglamento Bruselas I relativas a la competencia exclusiva de los tribunales (artículo 22), a los acuerdos de sumisión expresa (artículo 23) y a la litispendencia y conexidad (artículos 27 y ss.) en las relaciones con Estados terceros. El GEDIP apunta en este sentido que esta posibilidad podría implicar la unificación de las reglas de reconocimiento y ejecución de resoluciones que emanen de dichos Estados terceros.

El Grupo considera que estas reflexiones deben trasladarse asimismo al contexto del Reglamento Bruselas II bis, y que resulta importante prestar atención a la delicada cuestión de la compatibilidad entre instrumentos comunitarios e internacionales que afecten a la UE, en especial Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Para la profundización en este tema se ha creado un Subgrupo que preparará un texto a debatir en la XVIII Reunión que se celebrará en Bergen en 2008.

Entre los siguientes aspectos abordados durante la XVII Reunión debe subrayarse la opinión del GEDIP en relación a la reciente adopción del Reglamento 864/2007 de 11 de julio de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones no contractuales (“Roma II”)<sup>4</sup>. El Grupo considera que la versión final garantiza mejor el equilibrio necesario entre los requisitos de flexibilidad, seguridad jurídica y justicia en cada caso particular que la Propuesta del Parlamento y del Consejo. No obstante, se señalan también por parte del Grupo diversos inconvenientes del instrumento comunitario, entre los que destacan las dificultades de interpretación que puede presentar el texto y las que pueden generarse como consecuencia de la redacción de ciertas normas de conflicto.

Por otra parte debe hacerse mención de la postura del GEDIP en relación al proyecto “Roma III” sobre el divorcio, sobre lo que referiremos algunos puntos de especial relevancia. La opinión manifestada por el Grupo en esta materia se centra en la “Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial”<sup>5</sup>. Debe detallarse en primer lugar que la propuesta contiene la modificación del título del Reglamento 2201/2003, para pasar a denominarlo “Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, así como a la ley aplicable en materia de divorcio y separación”.

En este ámbito y en cuanto a la ley aplicable se destacó por una parte en el debate que la conexión objetiva contemplada en la propuesta a falta de elección de las partes se asemeja a la que el GEDIP sugirió en su momento en la reunión celebrada en Viena en 2003. En este sentido, al estructurar la norma de conflicto se prevé un orden de los puntos de conexión de la nacionalidad y la residencia habitual por el que se dispone que el divorcio y la separación quedarán sujetos a la ley del Estado en que los cónyuges tuviesen o hubiesen tenido su última residencia habitual al interponer la demanda si uno de ellos mantiene esta

---

<sup>4</sup> DO L 199, de 31 de julio de 2007.

<sup>5</sup> Doc. COM (2006) 399.

residencia en el segundo caso o, en su defecto, a la ley del Estado de nacionalidad común de los cónyuges, reservándose a falta de las anteriores la aplicación de la *lex fori*. El GEDIP subrayó además en su debate el problema derivado del hecho de que el ordenamiento jurídico maltés no reconoce el divorcio. En este caso, debe entenderse que el documento de la Comisión que nos ocupa propone la remisión a la ley del foro.

El GEDIP señaló asimismo la importante novedad que supone la admisión de la autonomía de la voluntad de las partes para designar tanto la ley aplicable como el órgano jurisdiccional competente en procesos relativos al divorcio y a la separación. Por último deseamos incidir en estas líneas en dos observaciones más del Grupo en torno a esta Propuesta. Por una parte, y en cuanto a las relaciones externas, se elimina la distinción entre demandados comunitarios y no comunitarios y se incluyen una serie de foros subsidiarios. Y por otro lado, el Grupo subrayó las dificultades que puede generar el criterio de nacionalidad al que recurre el texto, para las que el mismo no prevé soluciones.

Además, el GEDIP se ocupó en esta última reunión de Hamburgo de los principales desarrollos comunitarios que afectan al Derecho internacional privado, y consideró de especial relevancia el Proyecto de tratado modificando el TUE y el TCE, por el que el segundo pasaría a ser denominado “Tratado sobre el funcionamiento de la Unión”. Este tratado de reforma no persigue la sustitución de los tratados vigentes por un único instrumento como podría haberlo sido la antaño proyectada “Constitución”. El objetivo de dicha reforma es dotar de mayor eficacia y legitimidad democrática a la Unión ampliada y conferir mayor coherencia a su acción exterior.

Por otra parte, en el transcurso de la reunión de Hamburgo los representantes de la Comisión informaron acerca de la actualidad de los proyectos de la Unión Europea para destacar la posibilidad de una inminente adopción del Reglamento “Roma III” en 2008. Se hizo también mención de la futura aprobación del “Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)”<sup>6</sup>. Se destacaron por otra parte tanto las novedades en el ámbito del Derecho derivado como en cuanto a la actividad propia de las organizaciones internacionales, subrayándose en relación a lo segundo la admisión oficial de la Comunidad Europea como miembro de la Conferencia de La Haya el 3 de abril de 2007 tras la entrada en vigor el 1 de enero de 2007 de los nuevos Estatutos de la Conferencia (*vid.* al respecto la crónica anterior en REEI 14/2007).

Y, para terminar, aludiremos al interesante debate que se generó en la reunión al hilo de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de junio de 2007, en el asunto *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg (Requête núm. 76240/01)*, que constituye, tras la STEDH en el asunto *Pelligrini c. Italia*, la segunda resolución relevante de esta Corte Europea dedicada directamente a la materia de DIPr. En el caso que nos ocupa, la mencionada STEDH se refiere a un supuesto de no reconocimiento en Luxemburgo de una sentencia peruana de adopción plena por parte de una soltera. La norma de conflicto luxemburguesa señala como ley aplicable a las condiciones para adoptar la ley nacional

---

<sup>6</sup> Doc. COM (2005) 650 final.

del adoptante, en este caso una mujer soltera nacional de Luxemburgo. El problema se deriva del hecho de que en virtud de la ley luxemburguesa la adopción plena sólo es accesible a parejas casadas. La adoptante se dirigió al TEDH al ver rechazada su solicitud de exequátur de la sentencia peruana, aludiendo a una violación del derecho al respeto a la vida familiar ex artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. El especial interés del caso reside en el hecho de que los encargados del Registro civil de Luxemburgo habían venido aceptando desde hace tiempo la transcripción de sentencias extranjeras de adopción plena provenientes de Perú sin exigir para ello exequátur o control incidental de condiciones legales. El Grupo alude en este sentido a la regla no exclusiva de la disciplina del DIPr según la cual la aplicación de una nueva práctica administrativa no puede realizarse retroactivamente en perjuicio de actos constituidos de conformidad con la anterior. En virtud de ello, en el debate se planteó la duda acerca de si la sentencia emanada se hubiese orientado en el mismo sentido de no haber existido este elemento a tener en cuenta.

El TEDH consideró en su resolución del asunto que el rechazo al exequátur atenta no sólo contra el artículo 8 del Convenio, al suponer una injerencia desproporcionada en la vida familiar de la adoptante que no tiene en cuenta la realidad social de la situación, sino también contra la prohibición de la discriminación contenida en el artículo 14. El GEDIP apunta que la solución articulada en el asunto *Wagner* no debe interpretarse restrictivamente, por lo que puede ser entendida asimismo como la introducción de la obligación de reconocer sentencias en materia patrimonial en ciertos casos, así como de reconocer determinadas situaciones constituidas en el extranjero sin necesidad de que intervengan tribunales u órganos decisorios, lo que hace pensar en supuestos como las adopciones privadas o los matrimonios homosexuales.