

B) DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

1. DECIMOQUINTA REUNIÓN DEL COMITÉ PERMANENTE DEL CONVENIO DE LUGANO (LUCERNA, 15-16 DE SEPTIEMBRE DE 2008)

1. Como viene siendo habitual en estas fechas (ver anualmente la nota en el núm. 2 de esta *Revista*) se ha celebrado la 15.^a reunión del Comité permanente del Convenio de Lugano, este año en Lucerna, los días 15 y 16 de septiembre de 2008. Asisten todos los Estados parte en el Convenio con excepción de Bélgica, Francia, Islandia, Italia y Portugal. Aunque no son parte en el Convenio, participan como observadores representantes de Bulgaria, Eslovaquia, Eslovenia, República checa y Rumania, en cuanto miembros de la Comunidad Europea. Como en las catorce reuniones anteriores, se eligió como presidenta del Comité a la Sra. Monique Jametti-Greiner, miembro de la delegación de Suiza, país depositario del Convenio de Lugano.

2. El examen y la difusión de la jurisprudencia de los tribunales internos de los Estados parte constituye una de las funciones de más importancia del Comité Permanente en cuanto permite ver el grado de coherencia en la aplicación de los Convenios de Bruselas y Lugano y, en la actualidad, también en relación al Reglamento 44/2001. Esta parte de la reunión se divide, a su vez, en dos partes diferentes: de un lado, intervienen los representantes de los Estados miembros para exponer las decisiones que consideran más relevantes entre las dictadas por sus tribunales y, de otro lado, el Prof. Ch. Kohler presenta la selección de sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y de los Estados miembros, de acuerdo con las funciones atribuidas por el Protocolo núm. 2.

3. En lo que se refiere a los Estados miembros, Suiza, Polonia, Noruega, Alemania, Grecia y España presentaron algunas de las sentencias más relevantes dictadas recientemente por sus tribunales.

En el caso de Suiza, presentó dos sentencias del Tribunal Federal, referidas ambas al artículo 27, apartado 2, del Convenio de Lugano (art. 34 del texto revisado). En la Sentencia de 7 de enero de 2008 se interpreta la noción de «tiempo útil» de notificación de la demanda a los efectos de organizar la defensa, considerando «suficientes» los 28 días de que dispuso el demandado, aunque el Derecho belga, país en que se había dictado la Sentencia, establezca un plazo de 38 días. Mucho más criticada fue la Sentencia de 1 de julio de 2008 sobre ejecución en Suiza de una sentencia dictada en el Reino Unido, en un supuesto en que la demanda había sido notificada por medio de un *huissier* al demandado domiciliado en el Líbano, Estado no parte en el Convenio, por lo que el Tribunal Federal entiende que sería una violación de la soberanía nacional no acudir a la vía diplomática, que es la establecida en el ordenamiento

libanés y, por esta razón, se deniega el exequátur. En este caso, se menciona lo que se ha denominado «efecto anticipativo», que hubiera permitido una interpretación más flexible de acuerdo con el Convenio de Lugano revisado (en línea con el Reglamento 44/2001) que sólo exige que se notifique «de forma tal» que pueda proceder a organizar su defensa y, en este caso, constaba su conocimiento de la presentación de la demanda.

Por su parte Polonia presenta la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de diciembre de 2007, en que los tribunales polacos se declaran competentes para conocer de la demanda de un trabajador polaco contra la empresa noruega que le había contratado, sobre la base de la existencia de un acuerdo previo a la disputa en que se sometían a los tribunales del trabajador. El tribunal no acepta el correcto razonamiento de la empresa que se basa en el artículo 17, apartado 5, del Convenio (art. 21 del texto revisado), que sólo permite los acuerdos de elección de foro entre trabajador y empresario posteriores al momento de surgir la disputa. El tribunal pretende argumentar que ya se había declarado competente en otro litigio entre las mismas partes, lo que es criticado por no tener trascendencia. En conjunto, puede calificarse la actitud del tribunal como de «imperialismo jurisdiccional».

En lo que se refiere a Noruega, presenta dos decisiones del Comité de apelaciones del Tribunal Supremo. Una de ellas, de 7 de diciembre de 2007 no merece gran atención, refiriéndose únicamente al concepto de «decisión» a los efectos de reconocimiento de una sentencia extranjera. Mayor interés, en particular desde una perspectiva española, tiene la decisión de 21 de diciembre de 2007 en relación a si las disputas relativas a la falta de pago de determinados suministros vinculados al arrendamiento de un inmueble situado en España quedan comprendidos en la competencia exclusiva prevista en el artículo 16, apartado 1 (art. 22 del texto revisado). En este caso, la decisión sigue la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el caso *Rosler* (1985) y entiende que forman parte del arrendamiento y que, por tanto, quedan incluidas en la competencia exclusiva de los tribunales españoles.

En el caso de Alemania, tras señalar que se han dictado un número bastante elevado de sentencias que aplican estos instrumentos, se concentra en las decisiones relativas al artículo 5, apartado 1, destacando, en particular, la sentencia del *Bundesgerichtshof* de 27 de mayo de 2008. En este caso, se trata de un alemán que se traslada a Suiza para recibir un tratamiento médico, sin ser advertido de las consecuencias negativas que puede producir y que, en el caso concreto, se produjeron. La cuestión que se plantea es si sólo puede acudir a la vía de la responsabilidad extracontractual (art. 5, apartado 3) o también a la vía de la responsabilidad contractual, en razón del contrato firmado entre las partes. La conclusión del tribunal fue la compatibilidad de ambas normas.

Grecia menciona tres recientes sentencias, entre las que suscita debate la dictada en 2006 por el Tribunal de apelación de Atenas que niega la condición de «consumidor» a una súbdita griega que ordena numerosas operaciones a un banco suizo, con profundos conocimientos y muy amplias ganancias.

En relación a España, en el envío núm. 17, a que se hará referencia más adelante, se encuentra (2008/25) una sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2007 relativa a la inclusión de la pensión compensatoria en el concepto de alimentos del artículo 5, apartado 2, del Convenio de Lugano. En este caso, se hizo notar el interés de otra sentencia, que ha pasado desapercibida por ser de la misma fecha y con el mismo ponente, relativa a la venta de todo el capital de una sociedad con sede en Liechtenstein, capital constituido en su integridad por apartamentos situados en España. En este caso, el Tribunal Supremo español declinó correctamente la competencia de los tribunales españoles por existir una sumisión a los tribunales suizos, porque el demandado no se sometió a los tribunales españoles ya que contestó a la demanda a título subsidiario respecto a la impugnación de la competencia de los tribunales y, finalmente, por la imposibilidad de utilizar la competencia exclusiva del artículo 16, apartado 1, ya que no se discute el derecho real.

4. Por su parte, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas entregó el 17.º envío (versión provisional de septiembre de 2008) de la información prevista en el Protocolo núm. 2 anexo al Convenio de Lugano, conteniendo en esta ocasión 50 decisiones, correspondiendo 3 al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y las demás a decisiones de tribunales internos, de las cuales 9 se refieren todavía al Convenio de Bruselas, 29 se refieren al Reglamento 44/2001 y otras 14 se refieren al Convenio de Lugano. Subraya en su presentación el Prof. Ch. Kohler, director del Servicio de Biblioteca, Investigación y Documentación del Tribunal de Justicia, que se trata de una selección realizada entre un número elevado de decisiones, para incluir sólo aquellas que presentan un mayor interés.

En lo que se refiere a las sentencias del Tribunal de Justicia, aunque ya en la reunión de 2007 se informó brevemente sobre la Sentencia de 11 de octubre de 2007 (Asunto C-98/06, *Freeport*), en esta ocasión se refiere más ampliamente a ella al estar incluida en este envío, destacando la importancia de la precisión realizada por el Tribunal en torno a la forma de determinar la conexión exigida por el artículo 6, apartado 1, en los casos de pluralidad de demandados, deshaciendo el malentendido derivado de decisiones anteriores (en particular, sentencia *Réunion Européenne*), entendiendo que no puede estar sólo en función de la identidad de fundamento jurídico. Señala, no obstante, que no es fácil de conciliar con otras decisiones del propio Tribunal.

Mayor debate se creó en torno a la Sentencia de 22 de mayo de 2008 (Asunto C-462/06, *Glaxosmithkline*) en relación al mismo artículo 6, apartado 1, en que se cuestiona si la regla es aplicable a la acción ejercitada por un trabajador contra dos sociedades establecidas en diferentes Estados miembros, a las que el trabajador considera como sus coempleadores. La respuesta del Tribunal es que dicha regla «no puede aplicarse a un litigio regido por la sección 5 del Capítulo II de dicho Reglamento, relativa a las reglas de competencia aplicables en materia de contratos individuales de trabajo». Con ello, decide de forma diversa de las conclusiones del Abogado general M. Poiares Maduro. En efecto, tras examinar los argumentos del Abogado General concluye que las reglas contenidas en la sección 5 tienen no sólo un carácter específico, «sino además exhaustivo» (apartado 18), de lo que resulta que otras disposiciones del Reglamento sólo podrán aplicarse si se hace una remisión expresa a las mismas en la sección 5, cosa que no ocurre con el apartado 1 del artículo 6, a diferencia de los artículos 4 y 5, apartado 5, cuya aplicación está expresamente prevista en el artículo 18. De ahí que no acepte una interpretación teleológica del Reglamento que pudiera aconsejar tomar en consideración los objetivos del apartado 1 del artículo 6 en relación a los contratos de trabajo ni tampoco la posibilidad de que sólo fuera el trabajador quien pudiera invocar dicha disposición, ya que ello sería contrario a la seguridad jurídica. En este caso, la doctrina que ya se ha manifestado se encuentra dividida entre los que muestran comprensión con la postura del Tribunal y aquellos que manifiestan sus quejas por la redacción dada a estas disposiciones por el legislador, que ha empeorado la situación del trabajador respecto a la redacción anterior cuando el artículo 6 se aplicaba en relación a los trabajadores. Durante el debate se examina tanto la relación de esta disposición con el artículo 24 del Reglamento 44/2001, como las consecuencias que la anterior sentencia *Freeport* ha podido tener en la decisión del Tribunal.

La tercera sentencia, de 13 de diciembre de 2007 (Asunto C-463/06, *FBTO*), trata de un caso en que la víctima de un accidente de circulación en Holanda, presentando una demanda en Alemania contra la compañía aseguradora FBTO, domiciliada en Holanda. El Tribunal entiende que el perjudicado domiciliado en un Estado miembro puede entablar ante el tribunal del lugar de su domicilio una acción directa contra el asegurador, siempre que la acción directa sea posible en dicho Estado y el asegurador esté domiciliado en un Estado miembro. Con ello apoya el Tribunal la calificación autónoma a los efectos de aplicación del Reglamento y considera irrelevante el hecho de que una parte de la doctrina alemana considere la acción directa

del perjudicado contra el asegurador como una acción incluida en el estatuto delictual y no como una acción derivada del contrato de seguro.

Informa a continuación el Prof. Kohler de la entrada de nueve nuevos casos en el Tribunal, señalando que es un número interesante, teniendo en cuenta los límites que establece el artículo 68 del Tratado. Tres de los casos entrados se refieren a la delimitación del Reglamento 44/2001 y del Reglamento 1346/200 sobre procedimientos de insolvencia, lo que tendrá trascendencia particular para el Convenio de Lugano, donde deberá plantearse de otra forma. Dos solicitudes se refieren al artículo 5, apartado 1: una de ellas relativa a la calificación de un contrato de licencia y la otra relativa al lugar de prestación de servicios en el caso de transporte aéreo de pasajeros, un caso cuya importancia resalta la Comisión, teniendo en cuenta la existencia de un Reglamento comunitario relativo a los daños cubiertos y del Convenio de Montreal. Finalmente, dos solicitudes se refieren a la noción de orden público. La primera solicitud tiene su origen en una solicitud presentada por la *Court of Appeal*, en relación con la cual la decisión originaria de la *High Court* se encuentra en el núm. 27 del envío núm. 16 (*Orams c. Apostolides*), y a la que se hizo referencia en la reunión del año anterior, en un curioso caso relativo a la posibilidad de ejecución en el Reino Unido de una Sentencia dictada en Chipre en relación a un inmueble situado en la parte norte de la isla, cuando el Protocolo 10 relativo al Tratado de adhesión dice que el acervo no se extiende a los territorios ocupados, un tema, pues, muy politizado y que, si no se llega a un arreglo, puede dar lugar a muchos otros casos. La segunda se refiere a la posible contrariedad con el orden público griego de la ejecución en Grecia de los gastos del proceso en el Reino Unido, que se consideran excesivos.

Debe indicarse que normalmente son pocas las sentencias españolas incluidas, por lo que sería importante que el Ministerio de Justicia, el Consejo General del Poder Judicial o las autoridades a quien corresponda, recabaran y enviaran dicha información. De hecho, en los supuestos en que se han incluido decisiones españolas ha sido sobre la base de la publicación en revistas jurídicas o por conocimiento personal. Indica el Prof. Kohler que el 90 por 100 de las decisiones las recogen personalmente, cuando el Protocolo 2 dice que los Estados mandarán sus decisiones. Todo ello redundará en retraso en la información, cuando no en su ausencia, si bien en la actualidad son numerosos los casos en que los tribunales españoles han de aplicar el Convenio de Bruselas, el Convenio de Lugano y ahora el Reglamento 44/2001.

5. La difusión electrónica de la información sobre la aplicación de los Convenios de Bruselas y Lugano y el Reglamento «Bruselas I» constituye un punto de interés, dividida en esta ocasión en dos apartados. Por una parte, el Tribunal informa que el último paquete de sentencias a que se ha hecho referencia, ya se encuentra *on line*, y que desde finales de abril de 2008 se pueden consultar todos los informes desde 1992. Informa asimismo de las modificaciones para acceder a la información. A continuación la Sra. K. Vandekerckhove, de la Comisión Europea, informa de la nueva base de datos que se encuentra todavía en período de pruebas y sobre la que da los datos necesarios para el acceso. El acceso es libre, aunque luego habrá que registrarse, sólo a efectos estadísticos. En este punto surge la cuestión de si la base de datos que prepara la Comisión cumple ya las funciones que hasta ahora cumple el Tribunal de Justicia para recoger la jurisprudencia. Como dice el Prof. Kohler, hay que evitar el *double emploi*. La Sra. Vandekerckhove responde que es aún demasiado pronto pues no es todavía plenamente utilizable.

6. En un intento de mejorar el alcance del examen de la jurisprudencia de los Estados parte por el Comité Permanente, se decidió en la 5.ª reunión (1998) encargar a algunos delegados el examen en profundidad de las sentencias dictadas, encargando la preparación del primer informe a la Prof. A. Borrás (España), al Sr. A. Markus (Suiza) y al Prof. H. Tagaras (Grecia). En esta ocasión, se ha presentado el décimo informe, correspondiente a la 16.ª entrega (septiembre 2007), que ha sido preparado por el Sr. Oliver Parker (Reino Unido) y las Sras. R. Terry (Irlanda), V. Onaca y I. Burduj (Rumania) y que fue enviado con anterioridad a los parti-

cipantes. Es de destacar que, al igual que el año anterior, en relación a cada caso, se trata de examinar si la misma decisión podría ser adoptada con el texto del Convenio de Lugano revisado.

Debe hacerse notar que todos los informes se encuentran publicados en diversas Revistas en algunos Estados y que los ministerios de Justicia de varios Estados han incluido el texto de los informes en su página web.

El próximo informe, relativo a la 17.^a entrega ahora distribuida, se realizará por los representantes de Austria, Eslovenia y Polonia.

7. Por parte de la Comunidad, la Comisión informa que presentó la propuesta de ratificación del Convenio de Lugano revisado el 29 de febrero de 2008, habiéndose alcanzado el acuerdo político del Consejo el 6 de junio. Consultado el Parlamento europeo, como es preceptivo, tuvo un primer cambio de impresiones en septiembre, no esperándose problemas para que el Consejo acuerde pronto la ratificación, que podría así producirse a principios de 2009. Noruega espera ratificarlo durante este invierno. Suiza informa de un retraso en la ratificación debido a que el 1 de enero de 2011 entrará en vigor la nueva Ley Procesal Federal, que permitirá que los 26 cantones apliquen de la misma forma el Convenio, lo que tiene ventajas frente a la situación actual, con 26 leyes de procedimiento. No estando presente Islandia, deberá ser consultada. En este punto se solicita información más precisa sobre las fechas exactas de la ratificación, ya que, aunque los Estados no firman ni ratifican el Convenio de Lugano revisado, se verán obligados por él.

La Comisión explica también que el Informe explicativo al Convenio de Lugano revisado, preparado por el Prof. Fausto Pocar en italiano, ha sido ya traducido al inglés y será enviado por correo electrónico en los próximos días.

En este punto debe añadirse que, siguiendo el complejo procedimiento previsto en el Convenio de Viena sobre derecho de los tratados, se procede a la corrección de los errores detectados en la versión española del Convenio de Lugano revisado, si bien aún no se ha publicado en el *Diario Oficial*, aunque, en todo caso, en la decisión sobre la ratificación aparecerá nuevamente publicado el Convenio y que será ya el texto correcto.

8. En lo que se refiere a la revisión del Reglamento Bruselas I, se da cuenta de que, tras los estudios previos realizados, la Comisión preparará un informe, que se publicará previsiblemente a principios de 2009 para abrir un amplio proceso de consulta. El punto esencial será la posibilidad de abolición del exequátur, con otros temas trascendentes como: las competencias subsidiarias (o competencia en litigios extracomunitarios), la incidencia de otros instrumentos, tanto comunitarios (Roma I, derechos de los pasajeros en los transportes aéreos) como extracomunitarios (en particular, el Convenio de La Haya de 2005 sobre acuerdos de elección de foro), litigios relativos a la propiedad intelectual y medidas provisionales. En este punto, Suiza solicita que los Estados parte en el Convenio de Lugano revisado no miembros de la Comunidad puedan ser observadores en este proceso por la trascendencia que tendrá la revisión del Reglamento para el Convenio.

9. Los Estados parte en el Convenio de Lugano (Suiza, Noruega e Islandia) han manifestado su interés en la ampliación de la cooperación con la Comunidad Europea en materia de notificaciones y de obtención de pruebas, teniendo en cuenta la existencia de sendos Reglamentos comunitarios en la materia. La Comisión espera hacer una propuesta a finales de 2008, iniciándose primero la negociación en materia de notificaciones, ya que es la materia que ha sido considerada como prioritaria por todos.

10. La 16.^a reunión tendrá lugar nuevamente en Suiza, sin precisarse aún el lugar, los días 7 y 8 de septiembre de 2009.

Alegría BORRÁS

2. LA XVIII SESIÓN DEL GRUPO EUROPEO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (BERGEN, 19-21 DE SEPTIEMBRE DE 2008)

1. Los días 19 a 21 de septiembre de 2008 ha tenido lugar en Hamburgo la XVIII Sesión del GEDIP (sobre las reuniones anteriores, notas de A. Borrás y J. D. González Campos en esta *Revista* desde 1991 y en *Anuario Español de Derecho internacional privado*, tomo I, 2001, pp. 1195 y ss). Tratándose de la primera sesión plenaria después de su fallecimiento, en la sesión inaugural se dedicó un emocionado recuerdo a Julio D. González Campos, activo miembro del Grupo desde su creación.

Las reuniones tuvieron lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Bergen. La actividad científica desarrollada ha sido particularmente intensa, puesto que los objetivos iniciales del GEDIP (el estudio de los puntos de contacto entre el Derecho internacional privado y el Derecho comunitario europeo) se han visto constantemente acelerados desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam en 1999. En este caso y como es habitual, las actividades desarrolladas siguen, por una parte, el hilo de la actualidad y pretenden, por otra parte, ofrecer ideas para el futuro. En este sentido debe hacerse constar que, si bien no es posible reunirse en plenario durante el resto del año, la información y trabajo utilizando la comunicación electrónica es particularmente frecuente y activa. Sobre los trabajos, se encuentra un reflejo en la página web del Grupo (<http://www.gedip-egpil.eu>). A las reuniones de trabajo han asistido como invitadas Salla Saastamoinen y Karen Vandekerckhove, de la Comisión Europea.

2. Continuando los trabajos iniciados el año anterior en Hamburgo (nota sobre la reunión en esta *Revista*, 2007, 2, pp. 869-873) el punto central de esta reunión ha sido «Derecho internacional privado comunitario y terceros Estados» y, dentro de este tema, la ampliación del Reglamento Bruselas I a las situaciones externas. De acuerdo con el plan de trabajo fijado el año anterior, un subgrupo integrado por J. Basedow, A. Borrás, M. Fallon, C. Kessejian, P. Lagarde y H. D. Tebbens preparó los documentos preliminares y tuvo una reunión en Hamburgo, los días 22 y 23 de febrero de 2008, considerando que no todo puede hacerse por vía electrónica.

Las consecuencias del Dictamen 1/03 aconsejan tener en cuenta la modificación del Reglamento Bruselas I y, en particular, de su artículo 4. La propuesta de modificación que realiza el GEDIP, enviada a las instituciones comunitarias y que también aparece en la página web del Grupo con una justificación de su contenido, comporta una regulación global de la competencia judicial internacional en las materias incluidas, substituyendo totalmente a las normas nacionales. Esta ampliación del ámbito del Reglamento supone, esencialmente, «reglas espejo» para las disposiciones de los artículos 22 y 23, un mecanismo de flexibilidad que propone un foro subsidiario y un foro de necesidad, el cual permite acudir a los tribunales de un Estado miembro sobre la base de un elemento de localización que sería insuficiente en los casos intracomunitarios y un mecanismo específico para la litispendencia y la conexidad.

Por lo demás, el Grupo consideró que las demás reglas del Reglamento sólo requieren modificaciones menores. Debe señalarse que no se ha tratado de la inserción en el Reglamento de normas comunes sobre la eficacia de las decisiones dictadas en países terceros, tema que se estudiará para la próxima Sesión, reuniéndose en Barcelona, en el primer semestre de 2009, el subgrupo para preparar los trabajos y proponer un texto.

3. De forma más específica, se suprime el artículo 4, de suerte que se incluye en el Reglamento cualquier litigio en el que se suscite la cuestión de la determinación de la competencia en un litigio internacional. Ello conlleva que se introduzcan modificaciones en una serie de artículos para que su aplicación se extiende a cualquier demandado, domiciliado o no en el territorio de un Estado miembro (en particular, en el art. 5).

Otro grupo de modificaciones se refieren a la introducción de «reglas espejo» tanto en materia de competencias exclusivas, introduciendo un nuevo artículo 22 bis tras el artículo 22, y en materia de elección de foro, introduciendo un nuevo artículo 23 bis tras el artículo 23. En el primer caso, la proximidad no desaparece por el hecho de que el elemento pertinente de localización (situación del inmueble, sede de la sociedad o registro público) esté situado en un tercer Estado. En el segundo caso, además de introducir ciertas modificaciones en el artículo 23 y, en particular, suprimiendo el apartado 3, el nuevo artículo 23 bis cubre los convenios atributivos de competencia a favor de los tribunales de un Estado no miembro.

El nuevo artículo 24 bis contiene una disposición de naturaleza subsidiaria y el artículo 24 ter contiene una regla de competencia basada en la técnica del foro de necesidad, tal como existe en algunas leyes recientes de Derecho internacional privado. Este mecanismo de flexibilidad se ha preferido a un sistema basado en una lista amplia de foros comunitarios que ampliaría de forma sistemática las posibilidades de acceso a un juez en la Comunidad. Esta competencia está sometida a dos tipos de condiciones. La primera condición sirve para identificar el criterio de competencia, refiriéndose a un «vínculo suficiente». La segunda, se refiere a los motivos de la necesidad, que afectan directa o indirectamente a las condiciones de acceso a la justicia en un país tercero (imposibilidad de actuar en el país tercero, imposibilidad de ejecución de la decisión dictada en el Estado no miembro).

La última modificación se refiere a la introducción de un nuevo artículo 30 bis que, sobre la base de las definiciones dadas en los artículos 27 y 28, establece un mecanismo de litispendencia y de conexidad en caso de pluralidad de procedimientos que afecten a los tribunales de un Estado tercero.

4. Precisamente el hecho de celebrarse esta reunión del GEDIP en un país y una ciudad tan marineros como Bergen y Noruega, llevó a introducir en el programa de este año el tema del Derecho aplicable a los daños marítimos (*maritime torts*). J. Basedow y K. Siehr expusieron diversos problemas relativos a la aplicación del Reglamento Roma II a los litigios vinculados a los transportes marítimos. Una primera cuestión se refiere a la existencia de una relación previa entre las partes. Una segunda cuestión se refiere a la existencia de actos de ámbito diverso (convenios, códigos de conducta) que, de una u otra forma contribuyen a la emergencia de un Derecho marítimo uniforme, expresando principios comunes en la materia. Una tercera cuestión se refiere a la localización del «hecho dañoso» en materia de responsabilidad marítima. Finalmente, una cuarta cuestión se refiere a la relación entre la responsabilidad marítima y ciertos delitos especiales (responsabilidad por productos, responsabilidad medioambiental, huelga o cierre patronal).

5. P. Nielsen, que formó parte de la delegación danesa que preparó el Reglamento Roma I, presenta algunas cuestiones relativas a la aplicación del mismo bajo el título «*Rome I: Nuclear and Controversial Issues*». Los puntos que presenta y sobre los que se abre un animado debate son los siguientes: el estatuto de la *lex mercatoria* y otros conjuntos de normas jurídicas no estatales, la cuestión de saber si una cláusula de elección de foro puede ser considerada, en el marco del artículo 3, como implicando una elección de la ley del foro, la delimitación de los diferentes tipos de contratos mencionados en el artículo 4, apartado 1, y el estatuto de la cláusula de excepción del artículo 4, apartado 3 y, finalmente, la incidencia sobre el contrato de las leyes de policía de un Estado tercero, aspecto este último que centró gran parte del debate, partiendo de las críticas al antiguo artículo 7 del Convenio de Roma y cuestionando las soluciones del actual artículo 9.

6. Como viene siendo habitual, C. Kohler informó sobre algunos aspectos relevantes de la actualidad del Derecho comunitario. Se centra, en primer lugar, en el artículo 23 del Reglamento Roma I en cuanto contiene una cláusula clásica de prioridad de las reglas especiales de conflicto de leyes contenidas en otros actos comunitarios. No obstante, muestra que su ámbito exacto debe ser matizado. En primer lugar, puesto que existe el caso del artículo 7, relativo al

contrato de seguro. En segundo lugar, de forma general, el apartado 40 del preámbulo, después de recordar la necesidad de evitar la dispersión de las normas de conflicto, permite insertar tales normas en actos particulares. En tercer lugar, preserva otros actos destinados a favorecer el buen funcionamiento del mercado interior y que pueden aplicarse conjuntamente con las reglas del Reglamento.

Se refiere también al proyecto de Reglamento «Roma III» y los debates a que está dando lugar en el seno de las instituciones europeas. En su opinión, la voluntad de facilitar el divorcio en la Unión puede conducir indirectamente a una forma de armonización del Derecho material del divorcio. La posición de Suecia de no aceptar que el juez sueco tuviera que aplicar un Derecho extranjero, ha abierto paso a la posibilidad de que se inicie un procedimiento de cooperación reforzada (los Estados que, hasta la fecha, se han manifestado en tal sentido, son Austria, Bulgaria, Eslovenia, España, Grecia, Hungría, Italia, Luxemburgo y Rumania), algo que tiene importantes implicaciones políticas.

7. S. Saastamoinen y K. Vandekerckhove presentan las actividades y programas de las instituciones comunitarias desde la reunión anterior del Grupo. Destacan los actos adoptados (Reglamento 1393/2007 en materia de notificaciones y Directiva 2008/52 sobre mediación), así como el desarrollo de los trabajos en materia de obligaciones alimenticias, que avanza muy satisfactoriamente, para la de supresión del exequátur y alineándose con el Protocolo de La Haya en materia de ley aplicable. En lo que se refiere a los trabajos futuros, señala que prepara un informe para la revisión del Reglamento Bruselas I y que espera presentar un proyecto en materia de sucesiones en 2009. Destaca asimismo la importancia de la Red Judicial Europea y la posibilidad de que se modifique la Decisión 2001/470 para ampliarla a otras profesiones jurídicas, como los notarios, y para abordar normas sobre la condición del Derecho extranjero. Finalmente, se refiere a la acción externa de la Comunidad y, en particular, en relación a la Conferencia de La Haya, tanto en materia de alimentos, como en materia de convenios de elección de foro, trabajándose ahora para la firma, ya que la ratificación será después de la revisión del Reglamento Bruselas I. Informan también del proyecto 2010-2014.

8. Hans van Loon presentó los acontecimientos más relevantes en la vida de la Conferencia de La Haya en el último año, destacando en primer lugar la próxima entrada en vigor, el 1 de enero de 2009, del Convenio sobre protección de adultos, al ser ratificado por Francia, además de haberlo sido por Alemania y Reino Unido. Destaca, en particular, la adopción del Convenio y el Protocolo de 23 de noviembre de 2007 en materia de alimentos (sobre la XXI Sesión Diplomática, nota de A. Borrás y C. Parra, en esta *Revista*, 2007, 2, pp. 855-860). Menciona también los trabajos en curso sobre ley aplicable a los contratos, sobre la condición del Derecho extranjero, sobre la posibilidad de adoptar un protocolo al Convenio sobre sustracción de menores, sobre los trabajos relativos a la apostilla electrónica y también el estudio de impacto de la Comisión Europea sobre la exclusión del seguro y de la propiedad intelectual del ámbito del Convenio sobre acuerdos de elección de foro con motivo de iniciarse el proceso de firma del Convenio por la Comunidad. Informa también del proyecto de conferencia en coordinación con la Unión Europea sobre cooperación judicial e, incluso, del proyecto a más largo plazo de instalación de una «antena» de la Conferencia en Hong Kong.

9. P. Kinsch presenta la sentencia del Tribunal Europeo de derechos humanos de 29 de abril de 2008, en el asunto McDonald c. Francia, en que el Tribunal se manifiesta sobre las reglas de competencia internacional indirecta, en concreto, en relación al artículo 15 del Código civil francés. Los puntos más destacados son, en primer lugar, que es la primera vez que el Tribunal ha aceptado el rechazo del reconocimiento de una sentencia extranjera como una ingerencia en el derecho al proceso equitativo. En segundo lugar, que el artículo 6 del Tratado se aplica a las reglas de competencia judicial internacional indirecta, pero la sentencia abre un camino para que puedan considerarse también las reglas de competencia directa. Finalmente, debe destacarse la actitud del Sr. McDonald, puesto que acudiendo a los tribunales de Florida

en vez de apelar la sentencia francesa que le rechazaba el divorcio, ejerció un claro *forum shopping*, que el Tribunal parece no considerar.

10. La sesión administrativa, abierta sólo a los miembros del Grupo, tuvo lugar en la mañana del domingo 21 de septiembre. En lo que interesa a esta crónica, L. Forlatti-Picchio confirmó su invitación para celebrar la sesión de 2009 en Padua (Italia), los días 18 a 20 de septiembre. Pieter Nielsen mantiene su invitación para la reunión de 2010 en Copenhague (Dinamarca) y Marc Fallon considera la posibilidad de celebrar la reunión de 2011 en Bélgica, coincidiendo con el vigésimo aniversario de la creación del GEDIP.

Por otra parte, de acuerdo con los Estatutos del GEDIP, se procedió a la elección de dos nuevos miembros por el procedimiento de cooptación, absteniéndose los miembros de la nacionalidad de los candidatos tanto en la presentación de las candidaturas como en el procedimiento de elección. Los dos elegidos, por unanimidad, fueron Francisco J. Garcimartín (catedrático de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid) y Etienne Pataut (profesor en la Universidad de Cergy-Pontoise).

11. Finalmente, debe resaltarse una vez más la excelente organización y acogida de Helge Thue, catedrático en la Universidad de Bergen y miembro del GEDIP desde su creación, y de sus colaboradores, cuya dedicación a atender a los miembros del GEDIP es digna de subrayar. Asimismo, los miembros del Grupo también pudieron disfrutar de algunos momentos de descanso, cenando en el Fløien tras subir en el funicular y disfrutar de la hermosa vista sobre Bergen, visitar la vieja ciudad portuaria y asistir a un concierto en la Mariakirken, así como disfrutar de la cena ofrecida por el rector de la Universidad de Bergen, Prof. Sigmund Grønmo. Los acompañantes pudieron, además, visitar la casa y museo del conocido pianista y compositor Edvard Grieg.

Alegría BORRÁS

3. EL COLOQUIO «*LA MATIÈRE CIVILE ET COMÉRCIALE, SOCLE D'UN CODE EUROPÉEN DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ?*» (TOULOUSE, UNIVERSIDAD DE CIENCIAS SOCIALES, 17 DE OCTUBRE DE 2008)

1. «Unidos en la diversidad», el lema de la Unión Europea, permite interrogarse sobre la existencia y la creación de un Código europeo de Derecho internacional privado, en una reflexión global sobre la evolución del funcionamiento del ordenamiento comunitario. El Derecho internacional privado se caracteriza, en efecto, como un conjunto de normas destinadas a regir las relaciones entre sujetos privados y repartir la competencia estatal entre los Estados en caso de litigios presentando elementos de extranjería. Al utilizar este mecanismo, las leyes nacionales se aplican según criterios objetivos respetando la soberanía de los Estados y las diferencias nacionales.

Siguiendo esta óptica, el 17 de octubre de 2008, *l'Institut de Recherche en Droit Européen, International et Comparé* (Instituto de investigación en Derecho Europeo, Internacional y Comparado), organizó en la Universidad de Ciencias Sociales de Toulouse (Francia) un coloquio internacional sobre el tema «La materia civil y mercantil, ¿base de un código europeo de derecho internacional privado?». Se analizaron tres Reglamentos de fuente comunitaria, Bruselas I, Roma I y Roma II, con el fin de destacar su coherencia y de determinar si más allá del aspecto instrumental, no es posible ver una teoría, «un sistema de presentación y de organización capaz de generar soluciones coherentes» que sería posible generalizar más allá de la materia civil y mercantil.

Este es el tema al que se refirieron prestigios oradores: Prof. M. Bogdan, Prof. A. Borrás, Prof. M. Fallon, Prof. S. Francq, Prof. H. Gaudemet-Tallon, Prof. L. Idot, Prof. C. Kessedjian,

Prof. P. Lagarde, Prof. H. Muir Watt, Prof. F. Pocar, Prof. S. Poillot-Peruzzetto y el Sr. M. Wilderspin. De sus intervenciones respectivas destaca la existencia de una base aún incoherente (apartados 2 a 8), pero que parece puede constituir un fundamento para la creación de un Código europeo de Derecho internacional privado (apartados 9 a 14).

2. Durante la jornada, se plantearon varios niveles de incoherencia para el establecimiento de un Código europeo de Derecho internacional privado y se denunció, particularmente en cuanto a su elaboración, la terminología, la estructuración lingüística y las divergencias en equivalencias de definiciones pero igualmente en cuanto al ámbito de aplicación, de referencia, tanto a nivel europeo como internacional.

3. En primer lugar, a nivel terminológico, aparecieron varias dificultades, especialmente ciertas imprecisiones de los términos utilizados en las definiciones. No obstante, se subrayó que por primera vez el criterio de «residencia habitual» ha sido definido en el Reglamento Roma I pero que desafortunadamente este último no está «en sintonía» con el criterio de domicilio utilizado en el Reglamento Bruselas I. Sobre este tema, también se señaló que la divergencia en la interpretación y la aplicación del concepto de «demandado comunitario» ha tenido como efecto una aplicación dispar del conjunto de esos textos comunitarios.

Igualmente se han puesto de relieve algunos problemas de traducción, de formulaciones o de repeticiones. Se señaló, por ejemplo, que el término «cláusula de excepción» aparece cinco y tres veces, respectivamente, en los Reglamentos Roma I y Roma II.

Algunos de los ponentes han indicado también una incoherencia terminológica en el uso de la noción de «confianza mutua» que, aunque no está definida, se utiliza de forma excesiva.

4. Pero una de las principales deficiencias de estos textos de referencia en tanto que base racional se encuentra en la falta de unidad en relación con el ámbito de aplicación de los diversos textos. En este sentido, se señaló que los ámbitos de aplicación de los textos de conflictos de leyes y de conflictos de jurisdicción no se corresponden, los primeros por tener un carácter universal, los segundos por tratar solamente de los litigios comunitarios. Además, esta coherencia se halla alterada por la cláusula de «*opting-out*» que impide la aplicación de algunos de esos textos en algunos países europeos.

5. Sin embargo, se percibe cierta coherencia en los términos utilizados, coherencia reforzada por el considerando 7 del Reglamento Roma I que subraya la importancia de una conexión entre las disposiciones de los textos de referencias y más particularmente con el Reglamento Bruselas I y Roma II. Aunque se hizo hincapié al redactar el Reglamento Roma I en la selección de las categorías y de los elementos de «vinculación» con el fin de utilizar los mismos elementos que hay en el Reglamento Bruselas I, subsiste una dificultad. En efecto, se puso de relieve una proliferación de subcategorías justificada por la necesidad de garantizar la previsibilidad del litigio y cierta seguridad jurídica que constituyen los objetivos que aparezcan repetidamente en los considerandos del Reglamento Roma I. En ese sentido, se destacó que esos dos objetivos no pueden ser garantizados por categorías de «vinculación» demasiado amplias. De hecho, categorías de vinculación demasiado amplias permiten a los jueces nacionales adaptar la regla general a los casos concretos creando de esa manera una cierta subcategoría. Este proceso era aceptable cuando la Unión Europea estaba compuesta tan solo por seis Estados miembros, aunque ciertas dificultades se presentaban ya, debido a las diferentes técnicas de interpretación utilizadas en dichos países europeos. Sin embargo, se señaló que la opción de operar a través de subcategorías también plantea problemas de coordinación: la proliferación de las subcategorías en los nuevos textos lleva a la posibilidad de una superposición, ya que algunas situaciones jurídicas pueden ser clasificadas en varias de esas subcategorías.

6. Más allá de esas incoherencias terminológicas y formales, se han puesto en relieve incoherencias funcionales unidas a las dificultades de articulación de esos textos de referencia con las normas de Derecho comunitario derivado y los tratados internacionales.

En cuanto a los tratados internacionales, se ha recordado que aunque el artículo 307 del Tratado CE confirma la aplicabilidad de los convenios internacionales celebrados por los Estados miembros antes de la adopción de los textos de referencia, la competencia de la Comunidad para celebrar nuevos acuerdos con Estados terceros es todavía objeto de controversia. Considerando esta cuestión, una primera observación se impone: la situación es muy diferente según se trate de una cuestión de competencia jurisdiccional y de reconocimiento de las decisiones o de normas de conflicto de leyes.

Respecto al reconocimiento de las decisiones y a los conflictos de jurisdicciones, se subrayó que, desde el Dictamen sobre la revisión del Convenio de Lugano, esa materia entra completamente en las competencias de la Comunidad. La contribución del Tribunal de Justicia en ese ámbito permite concluir sobre la existencia de un sistema global y coherente basado en competencias comunitarias, ya sea con el propósito de adopción de convenios multilaterales o bilaterales. El Convenio de Lugano no puede considerarse como un ejemplo único de intervención conjunta en la materia. En este sentido, el trabajo de la Conferencia de la Haya, de la que la Comunidad es miembro, y en particular, el Convenio de la Haya sobre los acuerdos de elección de foro, reflejan esa voluntad de no infringir el funcionamiento del sistema comunitario de conflicto de jurisdicciones. Además, las incoherencias pueden resultar de las iniciativas de los Estados miembros al concluir acuerdos bilaterales en función de sus intereses individuales, como es el caso de diversos tratados relativos al reconocimiento y ejecución de decisiones con Estados cercanos por razones históricas o culturales. No obstante, se observó que una acción común en ese ámbito sería sin duda más apropiada. Sin embargo, no es seguro que la voluntad de firmar un acuerdo con un Estado tercero pueda compartirse con todos los países de la Unión europea.

La materia de los conflictos de leyes se caracteriza por numerosas incoherencias. En lo que se refiere a la articulación de los textos de referencias con los tratados internacionales en vigor, se señaló que podrían evitarse numerosas incoherencias en materia contractual si los Estados miembros renunciaran a la aplicación del Convenio de La Haya sobre las ventas internacionales de objetos mobiliarios corporales o al Convenio de La Haya sobre accidentes de circulación por carretera. Pero esa renuncia no parece ser posible por razones de cortesía frente de los Estados firmantes que no forman parte de la Comunidad.

7. En lo que se refiere a la articulación de los textos de referencia con las normas de conflictos de leyes resultantes del Derecho comunitario derivado, las principales dificultades están ligadas a la discordancia entre los campos de aplicación del Reglamento Roma I y de las Directivas comunitarias sobre servicios, sobre seguros y sobre comercio electrónico. Por ejemplo, el artículo 7 del Reglamento Roma I tiene por efecto derogar implícitamente la norma de conflicto contenida en la Directiva sobre seguros. No obstante, Dinamarca y los otros países del Espacio Económico Europeo aplican esa Directiva, ya que no son destinatarios del Reglamento. Esa falta de coherencia del legislador comunitario en la gestión de las relaciones entre los textos se hace aún más evidente por la falta de una verdadera elección del método. Si las Directivas relativas a las cláusulas abusivas y *timesharing* contienen normas imperativas que se pueden calificar de «ley imperativa de policía», otras recurren sistemáticamente a la cláusula «mercado interior». Al respecto, la inserción en las directivas de leyes imperativas de policía parece ser la solución más adaptada aunque exigiría la revisión y la armonización de las Directivas existentes con el fin de asegurar la coherencia con las disposiciones del Reglamento Roma I.

Por último, se demostró que la aplicación de los textos de referencia en el ámbito del Derecho de la concurrencia pone en relieve las incoherencias resultantes por una parte, de la aplicación sucesiva del Reglamento Bruselas I y de los Reglamentos Roma I y Roma II y, por otra parte, de la aplicación alternativa de los Reglamentos Roma I y Roma II. Los textos de referencia juegan en ese ámbito un papel secundario y residual, ya que el contencioso contractual y

delictual completan simplemente la acción iniciada por las autoridades administrativas. La articulación y la convivencia del Derecho de la concurrencia con las normas de Derecho internacional privado resulta complicada dada la inadaptación de las normas propuestas a la especificidad de la materia. En ese sentido, se puso en evidencia que aunque el estatuto de normas imperativas conferido al Derecho de la concurrencia no es rechazado por las disposiciones del Reglamento Roma I, el recurso a la ley del foro en materia delictual conduce a una incoherencia flagrante, contraria a la esencia misma de los artículos 81 y 82 del Tratado.

8. Estas incoherencias textuales pueden ser justificadas en parte por la existencia de «una codificación en aumento, embrionaria, atomizada», signo de la presencia todavía importante del método convencional en la cultura europea.

Si esa codificación es todavía parcelaria, en ella prefiguran sin embargo premisas de una base normativa justificada por la voluntad de convertir el derecho internacional privado en legislativo, y por la existencia progresiva de normas comunes de derecho internacional privado impregnadas de las identidades comunitarias que figuran ya en los textos de referencias.

9. Junto al tema visto en los apartados anteriores, puede señalarse también la existencia de una base propicia a la realización de un código europeo de derecho internacional privado. Se demostró que en algunos ámbitos, el proceso de codificación se ve favorecido por la utilización de algunos mecanismos como, por ejemplo, la coordinación de los textos de referencia con el Derecho primario, la autonomía de la voluntad, el conjunto de normas imperativas y de orden público y, finalmente, gracias a la armonización realizada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

10. La coordinación de los textos de referencia con el Derecho primario constituye una de las primeras piedras que sirven de base a esta codificación. Hasta la adopción del Tratado de Lisboa, el primer objetivo de la Unión Europea era el establecimiento del mercado interior. Sobre la base del artículo 65 del Tratado CE era conveniente dejar de lado cualquier concepción del Derecho internacional privado clásico (elementos de extranjería, juego de diferentes intereses...) y apoyarse en el principio de reconocimiento mutuo, principio base que se aplica en todos los ámbitos coordinados por el mercado interior, dando al Derecho internacional privado funciones residuales. Pero desde la conclusión del Tratado de Lisboa que consagra en su artículo 81 (*ex art. 65 TCE*), el espacio de libertad, seguridad y justicia, se ha producido una inversión de valores, dando así al Derecho internacional privado comunitario los elementos básicos para una futura codificación. Abriéndose a los Estados terceros, el espacio de libertad, seguridad y justicia se convierte en el principal objetivo de la Unión Europea por encima del mercado interior. Ha sido pues subrayado que en ese ámbito, la coordinación entre los textos de referencias y el Derecho primario señala una intención de desarrollar una lógica y una coherencia legislativa.

No obstante, una exigencia de «repercusión transfronteriza» sigue planteándose, incluso exigiéndose, en el considerando 1 de los Reglamentos Roma I y Roma II, introduciendo un elemento de contradicción: el Derecho internacional privado debe ser adoptado «*en la medida necesaria para el correcto funcionamiento del mercado interior*». Pero esa idea fue considerada como paradójica, siendo el mercado interior, por definición sin fronteras. Por lo tanto, se ha dado un primer paso creando un vínculo entre los textos de referencia y la base del Derecho europeo.

11. Pero más allá del Derecho primario, se señaló que aparecen otros elementos constitutivos de la base de un código de Derecho internacional privado europeo.

En primer lugar, se recordó la importancia de que se aseguren la complementariedad y la coherencia original del sistema comunitario no solo por el orden jurídico comunitario, sino por una combinación de acciones del Ordenamiento jurídico comunitario con los Ordenamientos jurídicos de los Estados miembros.

Si se considera el Ordenamiento jurídico comunitario sin tener en cuenta los Ordenamientos jurídicos nacionales, no cabe duda de su falta de complementariedad. El trabajo realizado por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas puede entonces ser considerado como una fuente de aportación. Además, el juez comunitario puede ser considerado como «*un gestor de la totalidad del sistema comunitario*», un potencial que se debe desarrollar. Dispone, en efecto, de ciertos incentivos potencialmente básicos para una codificación del Derecho internacional privado que lo eleva al rango de «denominador común», de actor central del proceso de coordinación de los textos. Para apoyar esa idea, se avanzaron varias justificaciones. En primer lugar, se trata de la única institución «sin foro» que se pronuncia sobre el Derecho internacional privado, por lo que el Tribunal tiene la capacidad de trabajar sobre un ámbito propio, y así distanciarse del Ordenamiento jurídico internacional y de los Ordenamientos jurídicos nacionales para crear un Derecho europeo autónomo. En segundo lugar, siendo el Derecho internacional privado una materia reciente, en la perspectiva del proceso de creación de definiciones autónomas, el juez europeo se apropia de algunos conceptos para ampliar el objeto sobre el cual está trabajando para construir así puentes entre los textos de referencia y el conjunto del Derecho europeo. El Tribunal dispone así de una capacidad de intervención más importante en este ámbito de la que puede disponer en otras áreas en las que tiene vocación de decidir. Sobre la base de estos elementos, es posible superar la fase embrionaria de la codificación del Derecho internacional privado comunitario en relación con el desarrollo de un tercer elemento fundamental en la creación de un Código europeo de Derecho internacional privado: la autonomía de la voluntad.

12. Esta noción consagrada desde hace cierto tiempo por la jurisprudencia francesa, ha sido objeto recientemente de un interés especial en la adopción de los Reglamentos Bruselas I y Roma I. El desarrollo de este principio puede ser considerado como un factor de expansión de la movilidad europea e internacional otorgando una gran flexibilidad a las partes que pueden así elegir la norma de Derecho aplicable o la jurisdicción competente en caso de litigio internacional.

Se trata pues de un instrumento que puede, sin lugar a duda, lograr su inserción en un Código de Derecho internacional privado europeo. Esperando el desarrollo de este instrumento, este principio constituye una excelente base y es conveniente tomarlo en cuenta en razón de su alcance y de su utilización recurrente en la práctica contractual.

A pesar de su antigüedad, el principio de autonomía de la voluntad ha sufrido numerosas modificaciones debidas al vínculo estrecho que mantiene con el Estado. En efecto, el poder de «autogobierno» de los co-contratantes se deriva de una concepción específica del Estado soberano el cual, cuando cambia, conduce a la modificación del principio y de su contenido. Hoy día, los límites impuestos por el Estado siguen estando relacionados especialmente a la vinculación del principio de la autonomía de la voluntad con diferentes visiones. Dentro de una visión liberal, sería conveniente proteger a la parte débil. La segunda visión estaría íntimamente ligada a la teoría «kelseniana», sometiendo la autonomía de la voluntad de las partes se somete a las intenciones estatales.

No obstante, se puede imaginar una inversión de las relaciones entre el Estado y la autonomía de la voluntad de las partes privadas. Si en el pasado, la ley estatal era soberana y de esa última se derivaba la autonomía de la voluntad de las partes, parece que de ahora en adelante se puede cambiar de paradigma y considerar que la autonomía ya no es completamente un espacio dominado y concedido por el Estado, pudiendo calificarse esta autonomía como «*expresión del decaimiento de la soberanía estatal*». También, para atribuir una eficacia más importante a este principio, parece que sería más efectivo adoptar un enfoque funcional, una concepción que aspiraría a proteger sólo las disposiciones consideradas como necesarias, imperativas. Por lo tanto, las leyes que no son imperativas se volverían disponibles y no sería necesario protegerlas contra la voluntad de las partes. Tendríamos así una autonomía de la

voluntad que podría ir más allá de un espacio concedido por el Estado y de la que se derivaría una mayor movilidad.

Si esta concepción puede parecer a primera vista sorprendente, debe reconocerse, sin embargo, que a nivel estatal no podemos quedarnos en términos de filosofía del Derecho, en una óptica centralista y que sería más positivo descentralizarse, observando y utilizando los otros incentivos jurídicos existentes. Por otra parte, a nivel europeo, con el objetivo de evitar eventuales abusos que puedan derivarse de una autonomía de la voluntad demasiado amplia, sería posible atribuir de nuevo a las normas de conflicto de leyes una función de regulación de la voluntad de las partes.

13. La pareja de excepciones que son las disposiciones imperativas de policía y el orden público constituye un instrumento utilizable en un Código de Derecho internacional privado europeo por el hecho de que estas dos instituciones, creadas a nivel nacional, fueron recibidas en el Ordenamiento comunitario, lo cual produce y sigue produciendo modificaciones de estas nociones tanto a nivel nacional como a nivel comunitario.

Se examinaron tres formas de coherencia que favorecen el establecimiento de un Código de Derecho internacional privado europeo.

Para esta pareja, a pesar de la existencia de una terminología jurídica relativamente poco unificada, la presencia de elementos comunes de definiciones similares a un «*metalenguaje jurídico rebuscado*», pone de relieve un marco de referencia, demostrando el interés en la búsqueda de una coherencia formal.

Además, este conjunto de leyes imperativas de policías / orden público pretende una coherencia funcional que permite la organización de un debate acerca de la cuestión de la ley finalmente aplicada o del juez finalmente competente. El debate es posible por el papel de los jueces en el último control. Este intercambio, este debate posible por la utilización de estas excepciones, es revelador de los valores comunitarios. Por último, una coherencia material existe en el contenido comunitario de esas dos excepciones.

14. A partir de estos elementos, existe sin duda una base europea de Derecho internacional privado, ciertamente perfectible, pero que retoma las grandes cuestiones de la teoría del Derecho internacional privado., enriqueciéndola con los caracteres comunitarios, y permitiendo al mismo tiempo una coordinación, un desarrollo y un respecto de los Derechos nacionales.

Julie BAUCHY
Marie COLLARD
Claire JOACHIM
Dominika LAWNICKA

4. SEMINARIO SOBRE LA INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE SOCIEDADES [FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BARCELONA (UAB), 26 DE SEPTIEMBRE DE 2008]

1. En el marco del proyecto de investigación titulado «Adecuación de los tipos y de las estructuras de las sociedades y demás personas jurídicas a las exigencias derivadas de la integración económica mundial», se llevó a cabo el 26 de septiembre de 2008 un Seminario sobre el fenómeno de la internacionalización del Derecho de sociedades, con especial incidencia en los aspectos derivados de la regulación comunitaria de las materias que conforman dicho sector del ordenamiento jurídico. Dirigido por los Dres. Rafael Arenas García, Carles Górriz López y Jorge Miquel Rodríguez, el Seminario se ocupó de algunos de los desarrollos más recientes en Derecho de sociedades desde una doble perspectiva mercantilista e internacional-

privatista, como pone de relieve el elenco de ponentes y comunicantes que participaron en el acto. El Seminario se dividió en dos sesiones: una sesión de mañana, que se ocupó especialmente de los aspectos relacionados con el Derecho comunitario, y una sesión de tarde, que se extendió a los aspectos internacionales de la materia considerados en sentido amplio.

2. Tras la apertura del Seminario por parte del decano de la Facultad de Derecho de la UAB, el Dr. Josep Maria de Dios Marcer, quien alabó el carácter pluridisciplinar del Seminario, así como el vínculo con la realidad práctica y social de los temas objeto de estudio, la sesión matinal dio comienzo con la ponencia del Dr. José María Garrido García, catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Castilla-La Mancha, titulada «Tácticas defensivas y OPAs transfronterizas en la Unión Europea». En su intervención, el Dr. Garrido analizó el panorama en materia de OPAs tras la transposición de la Directiva 2004/25, relativa a las ofertas públicas de adquisición, con especial atención a las tácticas defensivas, esto es, todos aquellos mecanismos jurídicos por los cuales la sociedad objeto de una OPA obstaculiza o dificulta la adquisición de control por parte del oferente, sean previos o posteriores a la oferta. El tratamiento jurídico de estas tácticas fue objeto de una considerable controversia que prácticamente imposibilitó la aprobación de la norma, hasta que finalmente se llegó a la solución de compromiso recogida en la Directiva: las reglas de pasividad del artículo 9 y de neutralización del artículo 11, que cada Estado miembro puede o no adoptar como obligatorias, y cuya aplicación puede someter a una condición de reciprocidad. El Dr. Garrido destacó la complejidad del sistema de la Directiva, en el que el único extremo efectivamente armonizado es el principio de transparencia en cuanto a la información y publicidad de la oferta –valorado de forma positiva por el ponente–, y subrayó la disparidad de regulaciones resultantes de la transposición de la Directiva, que pasan por todas las permutaciones posibles y abarcan desde los regímenes absolutamente liberales de los tres Estados bálticos hasta la opción más proteccionista y restrictiva escogida, entre otros, por el legislador alemán.

Finalmente, el Dr. Garrido señaló diversos problemas derivados de la complejidad del marco jurídico establecido por la Directiva y las numerosas opciones de transposición que permite y que efectivamente se han adoptado en la práctica. En especial, la regla de reciprocidad –más allá de su dudosa compatibilidad con los principios del ordenamiento comunitario– puede ser fuente de problemas en función de la naturaleza jurídica de la entidad oferente, de su posible carácter de filial de una matriz vinculada a un Estado no comunitario, o de la eventual concurrencia de dos ofertas por parte de sociedades sujetas a regímenes jurídicos no equiparables. Por otra parte, la solución de la Directiva no resuelve algunos problemas importantes (la OPA sobre una sociedad de capital privado por parte de otra de capital público), mientras que abre la puerta a posibles abusos por comportamientos estratégicos derivados de la capacidad de maniobra que la reciprocidad concede a las sociedades. Según el Dr. Garrido, esta complejidad del conjunto normativo derivado de la Directiva supondrá en la práctica un elevado grado de litigiosidad.

3. Las comunicaciones que siguieron a esta primera ponencia se ocuparon de dos de las nuevas formas societarias previstas por el Derecho comunitario: una ya existente, la Sociedad Anónima Europea (SE), y otra en proyecto, la Sociedad Privada Europea (SPE). El Dr. Jorge Miquel Rodríguez, profesor titular de Derecho Mercantil de la UAB, repasó en su comunicación «El Proyecto de Reglamento (CE) sobre Sociedad Cerrada Europea – European Private Company» los aspectos más importantes y características esenciales de la SPE, según constan en la Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se aprueba su estatuto, presentada por la Comisión el pasado 25 de junio de 2008 [COM (2008) 396 final]. Nacido a raíz de un modelo francés de sociedad por acciones simplificada, la idea subyacente tras el nuevo modelo societario es establecer un mecanismo ágil, sencillo y flexible, que permite en gran medida la intervención de la autonomía de la voluntad de los socios para la configuración de cada supuesto concreto de SPE. El Dr. Miquel destacó que se trata de un régimen dispositivo y adaptable a las

necesidades de cada caso, y que configura a la SPE como una sociedad cerrada, innovadora en tanto que el requisito del capital social mínimo se fija en la simbólica cifra de 1€, y que goza de flexibilidad también en cuanto a la configuración de sus órganos (por ejemplo, en relación a la necesidad de la junta general). En términos generales, el comunicante valoró positivamente el proyecto de SPE, y planteó la posibilidad de que acabe suponiendo la introducción de un mayor grado de autonomía de la voluntad dentro de los propios modelos estatales de sociedad cerrada.

Por su parte, el Dr. Carles Górriz López, profesor titular de Derecho Mercantil de la UAB, efectuó en su comunicación «Luces y sombras de la Ley sobre la Sociedad Anónima Europea domiciliada en España» una valoración crítica de las normas del capítulo XII de la Ley de Sociedades Anónimas, que complementa las disposiciones del Reglamento 2157/2001 para aquellas SE cuya administración central se halle en territorio español y deban, en consecuencia, fijar su domicilio en dicho territorio. Las opciones escogidas por el legislador español y algunas lagunas en la regulación hacen que nuestro país no sea un foro atractivo a la hora de constituir una SE, según valoró el comunicante. Así, la normativa española no regula con suficiente detalle aspectos importantes, como por ejemplo el régimen de las SE que opten por el sistema dual, la delimitación de la responsabilidad exigible a los distintos miembros de los órganos de administración también en supuestos de modelo dual, o el régimen de los recursos frente a un eventual acuerdo de oposición al traslado del domicilio social, además de incurrir en problemas de sistemática y omitir extremos importantes al reiterar –de modo redundante– aspectos ya regulados por el propio Reglamento. Por otra parte, el Dr. Górriz criticó el excesivo proteccionismo del modelo español, al crear un derecho de separación demasiado amplio, especialmente en relación con las sociedades cotizadas, o al regular el derecho de veto del Gobierno al traslado del domicilio de una SE por razones de orden público.

4. El Dr. Stefan Leible, catedrático de Derecho Civil, DIPr y Derecho Comparado de la Universidad de Bayreuth (Alemania) presentó una ponencia titulada «El traslado transfronterizo del domicilio social y la libertad de establecimiento», en la que efectuó un análisis de la evolución del tratamiento de los traslados de domicilio social dentro de la Comunidad, así como la evolución de su interacción con la libertad de establecimiento, especialmente desde la perspectiva del ordenamiento alemán, que es uno de los más restrictivos en cuanto a la posibilidad de permitir el traslado desde o hacia su territorio sin pérdida de la personalidad jurídica. El ponente ejemplificó los obstáculos a este tipo de traslados con dos recientes sentencias alemanas, emitidas por los *Oberlandesgerichte* de Munich y Zweibrücken, en las que se denegaba la posibilidad de que una sociedad alemana trasladase su domicilio social a Portugal –en la primera– y de que una asociación francesa trasladase su domicilio social a Alemania –en la segunda– sin perder su personalidad jurídica ni tener que disolverse y volverse a constituir, puesto que el Derecho de sociedades alemán exige un domicilio en Alemania para sus sociedades, del mismo modo que exige que las sociedades domiciliadas en dicho territorio se sometan al Derecho de sociedades alemán. Por otra parte, el Dr. Leible descartó la viabilidad de las posibles alternativas al traslado de sede –fusión transfronteriza o constitución de una SE– por tratarse de opciones demasiado costosas y complejas.

Ante este panorama, el ponente se acercó a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de traslado de domicilio y libertad de establecimiento, y en concreto a los asuntos *Centros*, *Überseering* e *Inspire Art*, que habrían creado una norma de conflicto en favor del Estado de constitución de una sociedad siempre que esté válidamente constituida de acuerdo con el Derecho de dicho Estado y esté domiciliada dentro de la Comunidad. Con todo, según el Dr. Leible sigue siendo necesario que el Tribunal declare superada su doctrina *Daily Mail* en relación con la posibilidad de que el Estado de origen se oponga al traslado de la sede de una sociedad, paso que el Tribunal podría atreverse a dar en el asunto *Cartesio*, en cuyas conclusiones el abogado general Póiares Maduro se ha pronunciado en favor de la incompatibilidad de

esta solución con la libertad de establecimiento. Finalmente, el ponente reconoció que pueden existir razones de interés general para oponerse a un traslado, pero deberán analizarse desde el triple prisma de su objetividad, necesidad y proporcionalidad; esto es, en ningún caso podrá tratarse de prohibiciones absolutas. Para evitar la incertidumbre de un posible tratamiento casuístico, el Dr. Leible abogó por retomar los trabajos de armonización y regular el régimen del traslado transfronterizo de sede mediante la aprobación de la decimocuarta Directiva.

5. Siguiendo en el ámbito del Derecho comunitario, el Dr. Ángel Espiniella Menéndez, profesor titular Interino de DIPr de la Universidad de Oviedo, presentó una comunicación sobre la «Perspectiva judicial de la libertad de establecimiento», en la que extrajo las consecuencias que la nueva doctrina comunitaria en materia de libertad de establecimiento podría tener en el orden procesal, y más concretamente, en relación con el foro de competencia judicial internacional en materia de validez, nulidad o disolución de sociedades y personas jurídicas, así como validez de las decisiones de sus órganos, que el artículo 22.2) del Reglamento 44/2001 atribuye con carácter exclusivo a los tribunales del Estado miembro del domicilio de la sociedad, disponiendo además que para determinar dicho domicilio el tribunal deberá aplicar sus propias normas de DIPr. Según el comunicante, la interpretación tradicional que permitía que, en virtud de esta regla, se declarase competente el tribunal del Estado de la sede real de la sociedad sería incompatible con los desarrollos más recientes en materia de libertad de establecimiento, siempre que dicho Estado declarase la nulidad de la sociedad basándose en algún requisito no previsto por la ley del Estado de constitución. Por ello, el Dr. Espiniella se inclinó por una nueva interpretación según la cual el único tribunal competente debería ser el del Estado de constitución, puesto que ello respetaría la nueva doctrina sobre libertad de establecimiento y facilitaría, a su vez, la circulación de resoluciones al uniformizar la interpretación del foro exclusivo y evitar así *ex ante* una posible denegación de reconocimiento. Asimismo, el comunicante introdujo un posible matiz en beneficio de la competencia del juez de la sede real siempre y cuando éste aplique la ley del Estado de constitución.

La última comunicación de la sesión matinal fue presentada por el Dr. Rafael Arenas García, catedrático de DIPr de la UAB, y versó sobre «La responsabilidad de los administradores sociales en DIPr». El Dr. Arenas analizó la responsabilidad de los administradores sociales desde la doble perspectiva de la determinación de la competencia judicial internacional y del Derecho aplicable. Puesto que no existen normas específicas sobre la materia, el problema radicaría esencialmente en calificar correctamente cada uno de los posibles supuestos de responsabilidad como societaria, contractual o extracontractual. Esta calificación ha de tener en cuenta los distintos supuestos de responsabilidad de los administradores, tanto frente a la sociedad como frente a terceros; así como la circunstancia de que tal responsabilidad no opera de forma aislada, sino, con frecuencia, como forma de garantía frente a terceros por las deudas sociales. En estas circunstancias se puede hacer difícil una clara delimitación entre los aspectos que han de estar regidos por cada uno de los estatutos en conflicto (contractual, societario, extracontractual y concursal). El comunicante mantuvo que una aproximación unilateral a la responsabilidad de los administradores en DIPr podría facilitar la resolución de los problemas que se plantean.

6. La sesión matinal concluyó con un debate en el que se incidió y profundizó en algunos de los aspectos examinados por los ponentes y comunicantes en sus intervenciones. En relación con los efectos de la doctrina del TJCE en materia societaria, la Dra. Blanca Vilà Costa (UAB) subrayó la importancia de que se mantenga la confianza en todos los modelos societarios del ámbito comunitario, para garantizar que las sociedades desarrollen su función social de interés general. Por otra parte, planteó que la SPE debería tender no tanto a una armonización de modelos, puesto que este enfoque de máximos se ha revelado impracticable, cuanto a una armonización de ciertos núcleos duros, permitiendo en lo no regulado la intervención de la autonomía de la voluntad y de un grado de flexibilidad jurídica aceptable. El Dr. Leible, por

su parte, sostuvo que la SPE constituye un ejemplo de modelo de desregulación desde el propio Derecho comunitario, en tanto que posibilita muchas de las cosas que los modelos societarios nacionales no permiten, por lo que es previsible que goce de éxito en la práctica. El Dr. Garrido, en cambio, se mostró más escéptico en relación con las posibilidades de que la SPE llegue a ver la luz, dadas las dificultades que entraña armonizar el Derecho de sociedades en un escenario con tantas y tan diversas tradiciones jurídicas como el que representan los actuales 27 Estados miembros. Por ello, afirmó que el legislador comunitario tenderá a centrarse exclusivamente en la resolución de los problemas estrictamente transnacionales y solucionar posibles desventajas competitivas. En cuanto a las consecuencias que este nuevo escenario pueda acarrear, el Dr. Leible reiteró la vigencia de la necesidad de aprobar la Decimocuarta Directiva, a pesar de la actual actitud poco favorable al respecto por parte de la Comisión. El Dr. Arenas subrayó que, aun así, si la sentencia en el asunto *Cartesio* sigue las conclusiones del abogado general y declara incompatible con el Derecho comunitario la prohibición del traslado internacional de sede por parte del Estado de origen, la Comisión se verá obligada a aprobar la decimocuarta Directiva.

El Dr. Joaquim Forner Delaygua (UB) planteó el interrogante de cuál será el encaje entre los regímenes del nuevo modelo societario de la SPE y el de la Ley 2/2007, de sociedades profesionales. El Dr. Miquel reconoció que existe al respecto un problema en la propia Ley de sociedades profesionales, que no resuelve satisfactoriamente el encaje de una posible participación de miembros extranjeros, por lo que la SPE podría erigirse en una vía de solución a dicha falta de previsión, tomando en consideración su gran flexibilidad. Por otra parte, y en relación con la previsión del capital social simbólico previsto para la SPE, el profesor Crístian Oró Martínez (UAB) planteó si ello podía entenderse como un primer paso hacia la desaparición del régimen del capital social mínimo y su sustitución por otro régimen alternativo, en la línea del Derecho estadounidense. El Dr. Garrido afirmó que las discusiones sobre esta posible sustitución habían quedado congeladas después de que se demostrase que la adscripción al régimen del capital mínimo no suponía una desventaja competitiva para las sociedades europeas, aunque reconoció que en términos generales la figura del capital social mínimo se considera una vía poco efectiva a la hora de luchar contra la infracapitalización de las sociedades.

Finalmente, en relación con la existencia de competencia entre ordenamientos en el modelo europeo actual, el Dr. Leible recordó la existencia en Alemania de abogados especializados en crear sociedades de Derecho inglés (*private limited companies*) para soslayar los requisitos requeridos por el ordenamiento alemán, aunque el Dr. Garrido afirmó que no es un movimiento que se esté dando en España del modo en que sucede en la Europa central, puesto que la creación de una sociedad de Derecho inglés y el posterior establecimiento de una sucursal en España puede acabar siendo un proceso más caro y lento, y por ello menos atractivo, que establecerse directamente aquí.

7. La sesión de tarde comenzó con la ponencia del Dr. Francisco Marcos Fernández, director del Servicio de Defensa de la Competencia de la Comunidad Autónoma de Madrid, titulada «La cotización cruzada en otros mercados de valores: instrumentos utilizados, régimen jurídico y derechos del titular». El ponente presentó los diversos mecanismos que las sociedades y los inversores utilizan a la hora de acudir a financiarse o invertir, respectivamente, en mercados extranjeros. Se trata de un fenómeno cada vez más habitual en nuestro país, donde se calcula que un tercio del capital de las sociedades cotizadas se encuentra, de modo directo o indirecto, en manos de inversores extranjeros; ya sea por razones puramente económicas, o bien por motivos jurídicos –búsqueda de normas extranjeras de mayor calidad para incrementar el prestigio frente a los inversores–. Ello supone tener que coordinar la *lex societatis* de que se trate con la normativa del mercado de valores del Estado al que acuda la sociedad.

El Dr. Marcos repasó algunos de los modelos de instrumentos financieros que pueden utilizarse para llevar a cabo este tipo de operaciones, aunque centró su intervención en el modelo contractual de los *American Depositary Shares* (ADS), mediante el cual las sociedades pueden acceder de modo indirecto a la cotización en los EUA a través de la creación de ADS por parte de un banco depositario, que suele ser una entidad de crédito estadounidense. Los ADS no otorgan a su titular derechos sobre una acción en concreto, sino sobre un conjunto de acciones o sobre una parte de una acción, y asimismo son un instrumento que rompe el binomio entre propiedad y poder político, puesto que el único legitimado para el ejercicio de los derechos conferidos por el título es el banco depositario. Así, los titulares pueden reclamar los valores subyacentes –dividendos, derechos de adquisición preferente– representados por el ADS, pero al ser el banco el único legitimado para su ejercicio (por ser el único accionista en sentido estricto), dichos titulares deberán impartir instrucciones al banco sobre cómo ejercitar su voto; algo que, como señaló el Dr. Marcos, puede conllevar numerosos problemas prácticos. Finalmente, el ponente también se refirió a las dificultades de una eventual acción de responsabilidad contra los administradores, teniendo en cuenta que el titular del ADS no puede ser considerado como socio de la sociedad en cuestión.

8. La segunda ponencia de la tarde, que se ocupó de «Las sociedades españolas cotizadas en mercados extranjeros: problemas de ley aplicable y juegos del *forum shopping*» corrió a cargo del Dr. Francisco J. Garcimartín Alférez, catedrático de DIPr en la Universidad Rey Juan Carlos. El ponente expuso, a raíz de un supuesto concreto –el de la filial española de una sociedad portuguesa que pretenda cotizar exclusivamente en Portugal– algunos de los problemas con los que pueden encontrarse las sociedades españolas a la hora de acudir a un mercado de valores extranjero, por la no siempre armoniosa concurrencia de legislaciones aplicables: la *lex societatis* (*in casu*, la ley española en tanto que ley del domicilio social) y la *lex mercatus* (la ley portuguesa, en tanto que ley de la autoridad competente sobre el mercado regulado). Más allá de la coordinación entre el ámbito de aplicación de cada una de dichas leyes –que se ocupan de los aspectos societarios, corporativos y requisitos para la oferta pública, la primera, y de las condiciones de acceso al mercado, la segunda–, el Dr. Garcimartín destacó que la forma de representación de las acciones puede constituir una fuente de problemas, puesto que debe cumplirse con los requisitos exigidos tanto por la *lex societatis* como por la *lex mercatus*: así, la legislación española que exige la forma de anotación en cuenta para los títulos de sociedades cotizadas en España puede resultar inconciliable con una eventual *lex mercatus* extranjera que obligue a que las acciones de sociedades que pretendan cotizar allí se representen como título físico.

Por otra parte, el ponente señaló que pueden surgir problemas a raíz de las diferentes entidades o autoridades que dichas leyes obligan a intervenir para autorizar la operación, especialmente cuando cada una de estas leyes prevé la intervención de entidades de su propio Estado, por la multiplicación de intervinientes en el proceso y los consiguientes costes de tiempo y dinero que ello conlleva. Finalmente, el Dr. Garcimartín analizó la problemática conflictual que se plantea en otros aspectos de este tipo de operaciones, por las dificultades existentes a la hora de determinar la ley que debe regir el régimen de la información que las sociedades deben hacer pública, tanto en el momento inicial –al elaborar el folleto– como posteriormente, con carácter periódico; la ley aplicable al régimen de abuso de mercado por utilización de información privilegiada; o la ley aplicable en supuestos de OPAs.

9. La comunicación de la tarde, presentada por el Dr. Miquel Gardeñes Santiago, profesor titular de DIPr de la UAB, versó sobre «El reconocimiento en España de fundaciones extranjeras de interés particular: interrogantes suscitados por la Resolución de la DGRN de 24 de enero de 2008». Dicha resolución, en la que se estableció una prohibición general de que las fundaciones extranjeras de interés particular actúen de modo habitual en España al prohibir su reconocimiento con carácter absoluto, fue examinada críticamente por el comunicante, según el cual no

existía base jurídica suficiente para una denegación de reconocimiento tan amplia. El Dr. Gardeñes abogó por un tratamiento menos restrictivo para este tipo de fundaciones, que limite su actuación en territorio español no con carácter absoluto, sino sólo en determinados supuestos. Así, según el comunicante, a pesar de que no puedan acceder al Registro de Fundaciones –y por ello, no puedan valerse de los beneficios que ello conlleva, especialmente en términos tributarios–, debería reconocerse la capacidad jurídica de las fundaciones extranjeras de interés particular válidamente creadas de acuerdo con su ley de origen, a menos que pudiera demostrarse la existencia de un fraude a la ley en el sentido del artículo 12.4 CC (situación que se daría cuando los elementos relevantes de la fundación estuvieran situados en territorio español o, dicho de otro modo, si los elementos de vinculación con un ordenamiento extranjero son puramente formales), o bien cuando pretendieran crear vinculaciones perpetuas de bienes situados en España.

10. El Seminario finalizó con un debate que abordó con carácter principal dos grandes cuestiones. En primer lugar, y en cuanto a la resolución de la DGRN, el Dr. Leible se interrogó sobre si la respuesta cambiaría en caso de que la fundación proviniese de un Estado comunitario. El Dr. Gardeñes afirmó que en dicho caso existiría el problema añadido de determinar si las fundaciones entran dentro del ámbito de aplicación del artículo 48 TCE, y se decantó por la respuesta afirmativa siempre que las mismas desarrollen una actividad económica. Añadió que el problema de la resolución fue que probablemente intentó sancionar un fraude a la ley pero sin declararlo de modo expreso, y al establecer una prohibición en términos de categoría general, habría creado un problema real para los casos posteriores, puesto que por ejemplo podría estar vetando la mera apertura de una cuenta bancaria por parte de estas fundaciones extranjeras de interés particular. El Dr. Forner subrayó, en este contexto, el problema de prueba que se da a la hora de establecer la existencia de un fraude a la ley.

Finalmente, sobre el efecto de una eventual sentencia *Cartesio* en el mismo sentido que las conclusiones del abogado general, el Dr. Espiniella se planteó en qué posición quedarían todas las normas comunitarias –por ejemplo, el Reglamento de la SE– que siguen exigiendo la correspondencia entre sede real y sede estatutaria, puesto que podrían acabar siendo contrarias a la libertad de establecimiento en los términos dispuestos por el Tribunal de Justicia. El sentir común de varios de los participantes fue que, antes o después, será necesario que el legislador comunitario adapte los modelos societarios de Derecho comunitario a la nueva doctrina del TJCE sobre libertad de establecimiento, para evitar incoherencias entre lo que lo que se exige a las sociedades de Derecho interno y lo que se exige a las que nacen de la normativa común.

Crístian ORÓ MARTÍNEZ

5. JORNADAS SOBRE «COOPERACIÓN INTERNACIONAL DE AUTORIDADES: ÁMBITOS DE FAMILIA Y DEL PROCESO CIVIL» (FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA, 2-3 OCTUBRE 2008)*

1. En el marco del Proyecto «La cooperación internacional de autoridades: ámbitos de familia y del proceso civil», el Área de Derecho internacional privado del Departamento de Derecho y Economía internacionales de la Universidad de Barcelona organizó unas Jornadas sobre el mismo tema, que tuvieron lugar los pasados días 2 y 3 de octubre de 2008 en el Salón de Grados de la Facultad de Derecho.

* La presente reseña aparece también publicada en el *Anuario de Derecho Civil*, 2009-1.

2. Las jornadas se estructuraron en dos sesiones en función de la temática que se abordó en cada una de ellas. En este sentido, la tarde del jueves 2 de octubre tuvo por objeto cuestiones generales de la cooperación internacional para luego dar paso a las cuestiones específicas que se presentaron la mañana del día siguiente. De este modo, la primera sesión comenzó con la inauguración de las jornadas a cargo de la Dra. Alegría Borrás, investigadora principal del Proyecto de investigación en el que las citadas jornadas se enmarcaron, así como de la Dra. Cristina González Beilfuss, vicedecana de Relaciones Internacionales y de Investigación de la Facultad de Derecho.

Seguidamente, la Dra. Georgina Garriga abrió el turno de las intervenciones de la tarde, centrando su ponencia en la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil a modo de contextualización del sistema de cooperación judicial civil en el ámbito de la Unión Europea. Ello porque, como señaló la ponente, el objetivo que corona la actividad de la Red consiste en la mejora, simplificación y aceleración de la referida cooperación a través de, entre otros medios, la aplicación efectiva de los instrumentos comunitarios y convencionales en vigor entre dos o más Estados miembros de la Unión Europea en la materia.

La presentación de la cooperación interamericana vino de la mano del Dr. Ramón Viñas Farré, quien hizo un repaso histórico de la codificación llevada a cabo por las Conferencias Especializadas Interamericanas sobre Derecho internacional privado en el ámbito de la cooperación internacional de autoridades, destacando los aspectos más sobresalientes de la referida codificación. Asimismo, puso de relieve que la cooperación judicial en el ámbito interamericano se había desarrollado a semejanza de la que la Conferencia de La Haya de DIPr ha venido impulsando y realizando hasta el momento a escala universal.

Seguidamente, tras la pausa del café, la Dra. Alegría Borrás dio comienzo al segundo bloque de intervenciones con la ponencia dedicada al papel que las autoridades centrales desempeñan en la cooperación internacional de autoridades. En este sentido, comenzó presentando la evolución de las mismas a través, por un lado, de la codificación que en la materia ha desarrollado la Conferencia de La Haya de DIPr y, por otro lado, de la unificación comunitaria. Seguidamente, se centró en el aumento de las funciones de las autoridades centrales, en la mejora de sus actividades así como en la incidencia que sobre ellas ha desplegado la tecnología de la información para concluir su intervención refiriéndose a la coordinación entre las mismas.

Por último, la Dra. Cristina González Beilfuss cerró las intervenciones de la tarde con la ponencia referente a la articulación del Derecho internacional privado y el Derecho comunitario que giró alrededor de dos cuestiones. La primera de ellas dedicada a la complejidad que la superproducción normativa, de fuente convencional y comunitaria, está causando a los operadores jurídicos en la identificación del instrumento normativo aplicable. Y, en segundo lugar, se refirió a lo que denominó como valor añadido de lo legislado por el legislador comunitario a la luz de varios ejemplos normativos.

3. Como se ha indicado, la mañana del día 3 se dedicó a la cooperación en materias específicas, habiéndose escogido los temas más relevantes, cuales son cobro de alimentos, adopción internacional, sustracción internacional de menores y notificaciones y obtención de pruebas en el extranjero.

El Prof. William Duncan, secretario general adjunto de la Conferencia de La Haya de DIPr, dio inicio a las intervenciones matinales con la ponencia relativa a la cooperación en materia de alimentos. La referida ponencia tuvo como eje central la labor que las autoridades centrales desempeñan a los efectos de mejorar y acelerar la obtención de alimentos por parte de su acreedor. Para ello, el Prof. Duncan comenzó destacando los orígenes de la cooperación que se sitúan en la adopción del Convenio de Nueva York sobre obtención de alimentos en el extranjero, de 20 de junio de 1956. Luego, se centró en la codificación llevada a cabo por la Conferencia de La Haya en la materia que ha culminado, hasta el momento, con el Convenio de La Haya de 2007 sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia.

Por su parte, la ponencia de la Sra. Laura Martínez-Mora, coordinadora del Programa de Adopción de la Conferencia de La Haya de DIPr, tuvo por objeto la cooperación en materia de adopción internacional. El tema fue presentado desde la visión práctica, señalando los problemas que los Estados parte en el Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de 1993 tienen que resolver a los efectos de aplicarlo debidamente.

Tras la pausa del café matinal, la Sra. Ana M.^a Gallego Torres, subdirectora general de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio de Justicia, reemprendió el programa de las jornadas presentando la cuestión de la cooperación en materia de sustracción internacional de menores en calidad de autoridad central española. Desde esta perspectiva, pues, presentó los problemas a los que debe dar respuesta la autoridad central en el ámbito de la sustracción internacional de menores a la luz, en particular, del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores de 1980. Sobre este aspecto destacó que, en diversas ocasiones, su aplicación estricta conduce a desatender el principio del interés superior del niño.

Por último, el Dr. Joaquim J. Forner cerró las intervenciones matinales y de las Jornadas centrándose en la cooperación en materia de notificación y obtención de pruebas. Al respecto, comenzó contextualizando ambos sectores del auxilio judicial internacional para luego dar paso a las modificaciones que el Reglamento 1393/2007 relativo a la notificación y al traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil ha realizado a su predecesor Reglamento 1348/2000. Tras lo cual, presentó el referido sistema de auxilio judicial comunitario de manera comparativa con el sistema universal desarrollado bajo los auspicios de la Conferencia de La Haya de DIPr.

Concluida su intervención, la Dra. Alegría Borrás dio por clausuradas las jornadas agradeciendo a los asistentes su participación.

4. A modo de conclusión, de entre los rasgos más sobresalientes de las temáticas presentadas debería subrayarse que fueron representados tanto el ámbito universal de cooperación internacional personificado en la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, como los ámbitos regionales de la cooperación de autoridades en los que, naturalmente, la Comunidad Europea asumió el papel protagonista pero en el que también se dio cabida a la cooperación interamericana de la mano de las Conferencias especializadas interamericanas de Derecho internacional privado auspiciadas por la Organización de Estados Americanos. La ponderación de los sistemas de cooperación de autoridades impulsados por los citados organismos internacionales arrojó como resultado una sobreproducción de instrumentos normativos comunitarios y convencionales a la vez que acrecienta la dificultad de la designación del instrumento aplicable, en ocasiones, también pone de manifiesto el mimetismo con el actúan dichos organismos.

El interés suscitado por las Jornadas a los asistentes a las mismas quedó demostrado por las preguntas que plantearon a los ponentes en los bloques destinados a ellas y que incluso llegaron a generar debates colaterales a las ponencias presentadas.

Georgina GARRIGA SUAU

6. CRÓNICA DEL CONGRESO DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO (FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS, UNIVERSIDAD ROVIRA I VIRGILI, TARRAGONA, 23 Y 24 DE OCTUBRE DE 2008)

1. En el contexto de la globalización de las transacciones internacionales se plantea la necesidad de conocer el estado y la utilidad de las propuestas de armonización del derecho

contractual europeo, y cómo estos instrumentos afectan al Derecho interno. Con este objeto, el Departamento de Derecho privado, procesal y financiero de la URV y el Decanato Autonómico de los Registradores de la Propiedad y Mercantil de Cataluña, justifican la oportunidad del Congreso en el decidido impulso que el Plan de Acción de la Comisión Europea ha dado con la elaboración de un Marco Común de Referencia (CFR), que supone la culminación de una serie de propuestas armonizadoras sobre la materia, y que puede constituir el paso definitivo en el proceso de armonización del derecho contractual europeo.

2. La dirección interdisciplinar del Congreso estuvo compuesta por: Dr. Esteve Bosch Capdevila, director del Departamento de Derecho privado, procesal y financiero de la URV, Dr. Pablo Girgado Perandones, profesor titular de Derecho mercantil de la URV, Sra. María Concepción Iborra Grau, registradora de la propiedad de Salou y profesora asociada de Derecho civil de la URV, y la Dra. Encarnació Ricart Martí, catedrática de Derecho romano de la URV. Además, contó con la supervisión de un Comité científico de excelencia formado por: Dra. Alegría Borrás, catedrática de Derecho internacional privado de la UB, Sr. Antonio Cumella Gaminde, presidente del Decanato Autonómico de los Registradores de la Propiedad y Mercantil de Cataluña, Dr. Fernando Martínez Sanz, catedrático de Derecho mercantil de la Universidad Jaume I, Dr. Pedro del Pozo Carrascosa, catedrático de Derecho civil de la Universidad Rovira i Virgili y el Dr. Antoni Varquer Aloy, catedrático de Derecho civil de la Universidad de Lleida. Ambos factores propiciaron la participación de ponentes de alto nivel académico provenientes de Universidades españolas y extranjeras, en un exhaustivo y detallado programa final, resultando su ejecución de gran éxito, hecho que se demostró con el elevado número de asistentes de diversos perfiles como son académicos universitarios, operadores jurídicos de distintas índoles, políticos y estudiantes de Derecho.

El Congreso se desarrolló mediante una conferencia inaugural, cuatro grandes ponencias y dos mesas redondas que configuraron los grandes bloques temáticos en los que se estructuró el programa del Congreso. La primera ponencia «Globalización y contratación», se centró en el estudio de las cuestiones sobre transacciones internacionales en el ámbito del derecho europeo. Completó la ponencia una mesa redonda sobre «Los operadores jurídicos ante la globalización y la contratación». La segunda ponencia «Las principales propuestas armonizadoras del Derecho contractual», hizo hincapié en las cuestiones armonizadoras en el ámbito internacional y europeo. La tercera ponencia «El Marco Común de Referencia (CFR)», supuso un análisis exhaustivo sobre la armonización del Derecho contractual europeo en base al CFR. Finalmente, la cuarta ponencia «Derecho contractual europeo y Derecho interno», se centró en el análisis de la repercusión de la armonización del Derecho contractual europeo en el ámbito del Derecho civil, tanto en el Derecho civil común, como en el Derecho civil catalán. Completó la ponencia la mesa redonda sobre «El contenido del Libro Sexto del Código Civil de Cataluña».

3. El acto de apertura del congreso fue presidido por el Sr. Josep Villareal Moreno, director general de la Secretaría general del Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, y contó con la participación del Dr. Antoni Jordà, decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas URV, el Dr. Esteve Bosch, director del Departamento de Derecho privado, procesal y financiero URV y el Sr. Antoni Cumella, presidente del Decanato Autonómico de los Registradores de la Propiedad y Mercantil de Catalunya.

Seguidamente, tuvo lugar la conferencia inaugural intitulada «Bases doctrinales para un Derecho contractual internacional» a cargo del profesor Dr. Jorge Adame Goddard, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma Nacional de México. Presentó la conferencia la Dra. Encarnació Ricart, que dedicó unas palabras en memoria del recientemente fallecido profesor Dr. Joan Miquel González, catedrático emérito de Derecho romano de la Universitat Pompeu Fabra, a las cuales sucedió un minuto de silencio. El profesor Adame Goddard inició su conferencia comentando la fragmentación del Derecho contractual en ámbito internacional, situación que da lugar a pluralidad de normas de conflicto

para determinar la ley aplicable. Resaltó las dificultades de la unificación de normas en materia contractual (por ej. Convenio de Viena de 1980) debido a la concepción del Derecho como expresión de la voluntad política, y la dificultad de la interpretación de los textos convencionales puesto que cada Estado interpreta los convenios según su realidad jurídica, lo cual resulta contrario a la armonización pretendida. Propone finalmente una definición de contrato inspirada en el Derecho romano, «el contrato es la obligación recíproca libremente convenida».

4. La primera ponencia, *Globalización y contratación*, fue presentada y moderada por el profesor Dr. Ramón Viñas Farré, catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Barcelona. La primera intervención, a cargo del profesor Dr. Joaquim-J. Forner Delaygua, catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Barcelona, versó sobre la «La ley aplicable a los contratos internacionales». Para ello, realizó una excelente radiografía jurídica de los artículos 3 y 4 del Reglamento Roma I (Reglamento CE 593/2008), comparándolos con la redacción del Convenio de Roma de 1980, sopesando los cambios de escasa o de relevante entidad. En especial, describió las novedades del artículo 4 que incluye normas para unos determinados contratos tipificados autónomamente, disponiendo para los demás contratos la conexión basada en la prestación característica. Asimismo, destacó las cuestiones suscitadas en torno a la diferenciación entre las normas internacionalmente imperativas y las comunitarias, resultando, sin duda alguna, un estudio de alto valor técnico y doctrinal. A continuación, intervino el profesor Dr. Sixto Sánchez Lorenzo, catedrático de Derecho internacional privado de la Universidad de Granada, con la ponencia «La unificación del derecho contractual y su problemática». Es necesario destacar el carácter brillante y provocativo de su exposición, indicando los inconvenientes de unificar el Derecho contractual europeo dadas las diferencias culturales, jurídicas y socio-económicas entre los distintos sistemas jurídicos, así como la falta de competencia para elaborar un Código civil europeo ya que ésta no se prevé en los Tratados comunitarios. En referencia al CFR incidió en la germanización de los principios Lando, considerando que se tendrían que distinguir dos ámbitos de contratos (B2B, B2C), tratándose de un modelo que nace fracasado debido a que es un instrumento facultativo destinado a tener poca competitividad frente al Derecho inglés, el cual no interfiere en el contrato a diferencia del CFR.

Acto seguido, se procedió a la lectura de comunicaciones y debate mediante turno abierto de palabras. Cerró la primera ponencia la mesa redonda: «Los operadores jurídicos ante la globalización en la contratación». Presenta y modera: Dr. Joaquim-J. Forner Delaygua. Intervienen: Sr. Lluís Badia, abogado, ex presidente de la Autoridad Portuaria de Tarragona y profesor asociado de Derecho internacional privado de la URV, Sr. Enrique Martínez Senabre, registrador de la propiedad, Sr. Fernando de la Mata, abogado *Baker & McKenzie* Barcelona y profesor asociado de ESADE, y el Sr. Rafael M.^a Muñoz, economista y director del Instituto Empresarial de Iniciativa y Innovación de la CEPTA.

5. Por la tarde, la segunda ponencia trató sobre «Las principales propuestas armonizadoras del derecho contractual». La primera parte de la ponencia contó con dos intervenciones moderadas por el profesor Jorge Adame Goddard. En primer lugar, la profesora Dra. Isabel González Pacanowska, catedrática de Derecho civil de la Universidad de Murcia. En su conferencia sobre «Los principios Lando» expuso cronológicamente la elaboración de los Principios de derecho europeo de los contratos, su estructura, fuentes y alcance de sus propósitos. Enlazados a éstos y como precedentes, la profesora Dra. Pilar Perales Viscasillas, catedrática de Derecho mercantil de la Universidad de la Rioja, abordó el tema referido a «Los Principios UNIDROIT», el éxito y uso de éstos, sobre todo en el ámbito del arbitraje internacional, destacando la problemática de la dualidad normativa entre estos principios y los resultados de la armonización del Derecho contractual europeo.

Después del debate y de una breve pausa, la Sra. Ana Giménez Costa, profesora colaboradora de Derecho civil de la URV, presentó y moderó la segunda parte de la ponencia que contó

también con dos conferenciantes. En primer lugar, la Dra. Esther Arroyo Amayuelas, Profesora de Derecho civil de la Universidad de Barcelona, que repasó analíticamente los *Acquis Principles* en la conferencia «La revisión sistemática del patrimonio comunitario (*Acquis Principles*)». Destacó los problemas lingüísticos y taxonómicos que surgen en la transposición de las directivas comunitarias en materia contractual, de ello radicaría la importancia de los *Acquis Principles*, los cuales deberían ayudar a los legisladores nacionales en la elaboración de sus normas de transposición. El profesor Dr. Antoni Vaquer Aloy, catedrático de Derecho civil de la Universidad de Lleida, dedicó su conferencia al «Common Frame of Reference (CFR)», en la que expuso el proceso de gestación del Marco Común de Referencia, así como desglosó su contenido. Asimismo incidió en que éste no pretende ser un Código civil europeo, sino una herramienta jurídica de carácter facultativo para las partes.

A continuación se dio paso a la lectura de un importante número de comunicaciones y se generó el debate con turno abierto de palabras.

6. En la mañana del día 24 asistimos a la tercera ponencia, «El Marco Común de Referencia (CFR)», moderando las dos primeras ponencias el profesor Dr. Antoni Vaquer Aloy. Excelente fue la intervención del Dr. Antonio Morales Moreno, catedrático de Derecho civil de la Universidad Autónoma de Madrid, que con su conferencia «La regulación de la compraventa en el CFR», fue desgranando distintos aspectos de la compraventa como son: el momento de la conformidad de los bienes, las obligaciones del comprador y el vendedor, y la ampliación del concepto de incumplimiento junto con la limitación de la responsabilidad a la cuantía de la cosa. Sobre el «Arrendamiento de bienes muebles en el CFR», nos ilustró didácticamente el profesor Dr. Sergio Cámara Lapuente, catedrático de Derecho civil de la Universidad de La Rioja, apuntando el acierto de su incorporación en el CFR y explorando a lo largo de su intervención su alcance, ventajas e inconvenientes.

Después de un primer interesante debate y una merecida pausa, el profesor Dr. Fernando Martínez Sanz, catedrático de Derecho mercantil de la Universidad Jaume I, presentó a las siguientes ponentes. La profesora Dra. Jacobien Rutgers, investigadora del *Amsterdam Institute for Private Law* de la *Universiteit van Amsterdam*, que intervino sobre «Los contratos de distribución en el CFR». En ésta se analizó la estructura y el contenido del Libro IV del CFR incidiendo especialmente en los contratos mercantiles de Agencia, Franquicia y Distribución, regulados en su apartado «E». Posteriormente, la catedrática de Derecho romano de la URV, la Dra. Encarnació Ricart Martí, presentó su estudio sobre «El enriquecimiento injustificado en el CFR» en el que hizo una aproximación doctrinal en base a las fuentes de Derecho romano y un análisis detallado de la figura del enriquecimiento injusto.

A continuación, la intensa mañana se cerró con la lectura de comunicaciones.

7. La cuarta y última ponencia dedicada al «Derecho contractual europeo y Derecho interno» fue moderada en la tarde del viernes por el Dr. Pablo Girgado Perandones, profesor de Derecho mercantil de la URV. La primera de las intervenciones planteó la cuestión sobre «¿Derecho contractual europeo y dualidad Código civil- Código de Comercio?», tema analizado por el profesor Dr. Fernando Martínez Sanz, catedrático de Derecho mercantil de la Universidad Jaume I, que criticó la dispersión normativa planteando las cuestiones positivas y negativas para una unificación de las normas mercantiles y las normas civiles en el ámbito contractual. Seguidamente, el registrador de la propiedad adscrito a la DGRN y vocal permanente de la Comisión General de Codificación, el Sr. Francisco Javier Gómez Gállego, en su conferencia titulada «La repercusión en el derecho español de las propuestas de armonización del derecho contractual europeo» ofreció una valiosa información sobre las actuaciones que se están llevando a cabo en el Ministerio de Justicia en referencia al CFR. A pesar de no ser éste un instrumento vinculante para los Estados miembros, está siendo analizado por el Ministerio el cual lo toma como ley modelo, por ejemplo, en la cuestión sobre la reducción de los plazos de prescripción o en materia de solidaridad pasiva, entre otros.

Acto seguido, se procedió a la lectura de las comunicaciones y al debate mediante turno abierto de palabras.

La última parte del congreso adquirió el formato de mesa redonda que trató sobre «El contenido del Libro Sexto del Código Civil de Catalunya» presentada y moderada por el Dr. Pedro del Pozo Carrascosa, catedrático de Derecho civil de la Universitat Rovira i Virgili, en la que intervinieron ilustres juristas catalanes, miembros del Observatorio de Derecho catalán de la Conselleria de Justícia de la Generalitat de Catalunya, en distintos periodos. Las intervenciones ofrecieron una mirada crítica a la demora en la elaboración de este libro sobre obligaciones y contratos, aun así, se señaló con esperanza que tal retraso podría ser útil para la incorporación de los principios de Derecho contractual europeo presentados durante las dos intensas jornadas. Participaron en esta mesa: Dr. Antoni Mirambell, catedrático de Derecho civil de la Universitat de Barcelona, Sr. Francesc Torrent, Notario, Dr. Miquel Martín, catedrático de Derecho civil de la Universitat de Girona, y el Sr. Antonio Cumella Gaminde, presidente del Decanato Autonómico de los Registradores de la Propiedad y Mercantil de Cataluña. A esta mesa redonda sucedieron dos parlamentos a cargo del Sr. Salvador Milà i la Sra. Núria de Gispert, cuya ausencia se suplió con la lectura de la carta enviada por ésta.

8. Para clausurar el Congreso dirigieron unas palabras finales la Dra. Encarnació Ricart, como directora del Congreso, el Sr. Antonio Cumella, presidente del Decanato Autonómico de los Registradores de la Propiedad y Mercantil de Cataluña y el decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la URV, el Dr. Antoni Jordà.

La actualidad del tema escogido para el Congreso y el alto nivel de las ponencias, así como la pluralidad de comunicaciones que se leyeron de forma intercalada, hacen concluir esta crónica con una valoración muy positiva del encuentro, provechosa para los académicos, profesionales del Derecho y alumnos. Sólo cabe felicitar la minuciosa organización del congreso que contabilizó a más de doscientos inscritos y con un programa intenso que se desarrolló con eficacia.

Además, es motivo de satisfacción anunciar que se está elaborando por parte de la Editorial Bosch la publicación de las Actas del Congreso celebrado en Tarragona en octubre de 2008, obra que será sin duda de obligada referencia en cualquier estudio sobre Derecho contractual europeo.

Maria FONT I MAS
Diana MARÍN CONSARNAU

7. LA DECISIÓN DE LA COMISIÓN DE 16 DE JULIO DE 2008 RELATIVA AL CASO CISAC: LA GESTIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE AUTOR Y LA LIBRE COMPETENCIA EN EL MERCADO COMUNITARIO

1. La Decisión de la Comisión de 16 de julio de 2008 [C(2008)3435 final] establece ciertas condiciones en relación con los contratos de representación recíproca entre entidades de gestión colectiva de derechos de autor para la explotación de obras musicales a través de Internet, por satélite y por cable. Se trata del último de los instrumentos adoptados por la Comisión Europea en relación con el caso CISAC (COMP/38698), en el que la Comisión, reiterando exigencias pretéritas, prohíbe a las entidades de gestión colectiva de derechos de autor europeas restringir la competencia limitando su capacidad para ofrecer servicios, tanto a autores como a usuarios, fuera de su territorio nacional. La Decisión ha sido desfavorablemente acogida por la CISAC (Confederación Internacional de Sociedades de Autores y Compositores), que ha negado la existencia de prácticas concertadas restrictivas de la competencia y ha recurrido la

Decisión ante el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas. Tampoco ha recibido una acogida excesivamente favorable por parte del Parlamento Europeo, que considera que excluye cualquier intento por parte de los agentes en cuestión de actuar conjuntamente para buscar soluciones y podrá dejar vía libre a un oligopolio de importantes entidades de gestión colectiva de derechos de autor.

Además de recurrir la Decisión, las entidades de gestión colectiva de derechos de autor del EEE y la CISAC, solicitaron ante el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas la suspensión de su ejecución. Con ello pretendían evitar que la Decisión les causase un perjuicio grave e irreparable antes de que el Tribunal se pronuncie sobre el fondo del asunto. Seis de estas demandas ya han sido rechazadas por el Tribunal, concretamente las de las entidades de gestión colectiva de derechos de autor húngara (asunto T-411/08), finlandesa (Asunto T-401/08), francesa (T-422/08), alemana (T-410/08), italiana (T-433/08), griega (T-392/08) y polaca (T-398/08). El Tribunal rechaza las demandas entendiendo que la suspensión solicitada no tiene un fundamento suficiente, al faltar la certeza del perjuicio alegado y la urgencia necesaria para llevar a cabo la suspensión.

La presente información sobre lo que habrá de ser (de hecho ya es) un importante hito en un ámbito sobre el que hasta ahora existía no poca opacidad y una gran dosis de inmunidad por parte de las entidades de gestión, exige abordar de forma sucinta la situación actual de la gestión del derecho de autor para continuar con el origen del caso, el intento frustrado de solución amistosa por parte de la Comisión y la Decisión adoptada. Por último, concluiremos haciendo balance de la gestión del derecho de autor y las exigencias que deben cumplirse para la efectiva competencia en el mercado.

2. La situación que motiva la Decisión sobre la que informamos tiene como protagonista a las entidades de gestión colectiva de derechos de autor, que se configuran como el eje central del complejo entramado de relaciones que se originan. Podemos diferenciar tres relaciones básicas: la del autor con la entidad de gestión, la de la entidad de gestión con el usuario y la de las entidades de gestión entre sí.

Sintetizando la situación, la actual gestión internacional de los derechos de autor es un proceso que se realiza, al menos, en dos etapas: en un primer momento, el autor realiza un contrato de gestión con la entidad de gestión colectiva de derechos de autor, por el cual ésta se encarga de administrar los derechos del titular recaudando las remuneraciones correspondientes; en un segundo momento, la entidad autoriza a los usuarios, mediante el contrato de licencia, la utilización tanto de su repertorio, formado por las obras de sus miembros, como del repertorio de las entidades extranjeras con las que ha celebrado contratos de reciprocidad.

La posición de las entidades de gestión colectiva de derechos de autor en el mercado viene condicionada por dos aspectos relevantes: en primer lugar y refiriéndonos al ámbito puramente interno, las entidades de gestión colectiva de derechos de autor configuran verdaderos monopolios nacionales de facto, lo que les otorga una posición de dominio en los mercados nacionales; en segundo lugar, en el ámbito internacional, llevan a cabo un verdadero *reparto del mercado* mediante los contratos de representación recíproca.

Dentro del territorio nacional, la generalidad de las entidades de gestión colectiva de derechos de autor gestiona de forma exclusiva los derechos de los autores en sus respectivos territorios. Esta posición se ve fomentada por la imposibilidad de los autores de gestionar los derechos individualmente, tanto por la naturaleza de los mismos, como por el elevado número de usuarios que pretenden la utilización de las obras; circunstancia que revela la necesidad de una gestión colectiva por parte de entidades de gestión de derechos de autor que puedan otorgar licencias para autorizar la utilización de las obras, ejercitar las correspondientes tareas recaudatorias y, en definitiva, administrar este tipo de derechos.

En el ámbito internacional, la gestión se articula mediante contratos de reciprocidad por medio de los cuales, cada entidad de gestión de derechos de autor nacional acuerda gestionar,

dentro de su propio territorio, el repertorio de la entidad extranjera con la que suscribe el acuerdo. Por ejemplo, la SGAE gestionaría el repertorio de la entidad de gestión colectiva de derechos de autor francesa SACEM en España y esta última el repertorio de la SGAE en Francia. Se forma así una red de relaciones internacionales por la que cada entidad posee un repertorio mundial que administra en exclusiva dentro de un espacio geográfico determinado. A esta situación se suma el hecho de que la explotación de las obras trasciende necesariamente del ámbito interno. La propia naturaleza de las mismas hace que uno de sus objetivos fundamentales sea el poder ser utilizadas por el mayor número de personas posible en todo el mundo, convirtiendo la explotación en una actividad transfronteriza o internacional.

3. La Decisión de la Comisión sobre el caso CISAC tiene su origen en las denuncias presentadas ante la Comisión Europea por el grupo RTL y Music Choice Europe contra GEMA (*Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte*) y la CISAC respectivamente. La primera de ellas, presentada el 30 de noviembre de 2000, se refiere a la negativa de la entidad de gestión de derechos de autor alemana de conceder una licencia comunitaria a RTL para la difusión de música; la segunda, de 4 de abril de 2003, denuncia el contrato tipo de representación recíproca de la CISAC para los derechos de ejecución pública. Ambos asuntos han sido agrupados por la Comisión, en el denominado «caso CISAC», por tener como objeto principal los contratos de reciprocidad celebrados entre las entidades de gestión de derechos de autor y las prácticas llevadas a cabo por éstas.

La Comisión, en un primer momento, trató de solventar el problema de las prácticas anti-competenciales de conformidad con el artículo 9 del Reglamento 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (*DOCE* núm. L 1, de 4 de enero de 2003). El artículo 9 del Reglamento 1/2003 prevé, para los casos en los que la Comisión pretenda adoptar una decisión ordenando la cesación de una infracción en materia de competencia, una solución negociada mediante la aprobación de compromisos propuestos por las empresas interesadas que respondan a inquietudes manifestadas por la Comisión en un análisis preliminar.

De conformidad con la norma, la Comisión confirmó la apertura de un procedimiento formal contra la CISAC y las entidades de gestión colectiva de derechos de autor del EEE, y el envío de un pliego de cargos a las mismas (MEMO/06/63 de 7 de febrero de 2006). En dicho pliego de cargos, que constituye el «análisis preliminar» requerido por el artículo 9 del Reglamento 1/2003, se exponen las impresiones de la Comisión sobre la compatibilidad de dos tipos de cláusulas por entonces recogidas en el contrato tipo de la CISAC (la cláusula de afiliación y las cláusulas de territorialidad) con los artículos 81 TCE y 53 del Acuerdo EEE. La Comisión consideró que el rechazo por parte de las entidades de admitir como miembros a autores extranjeros (cláusula de afiliación) y de admitir como clientes a usuarios comerciales extranjeros o conceder licencia multiterritoriales (cláusula de exclusividad territorial), impedía la libre competencia y por tanto era contraria al artículo 81 TCE.

Las entidades de gestión colectiva de derechos de autor y la CISAC se mostraron reticentes a las soluciones propuestas por la Comisión, que pretendían la desaparición de cláusulas restrictivas y prácticas concertadas para lograr la competencia efectiva: de un lado, respondieron a las críticas de la Comisión, sobre la existencia de restricciones de afiliación y territoriales, mediante compromisos tendentes a la desaparición de este tipo de cláusulas y a ofrecer una única licencia, por parte de las entidades que cumplieren ciertos requisitos cualitativos, para la ejecución pública por Internet, vía satélite y por cable en todo el EEE; de otro lado, mostraron desde un principio un profundo desacuerdo con las apreciaciones de la Comisión e hicieron patente su visión sobre la falta de eficacia de los compromisos que se habían comprometido a asumir (vide anuncio público de la Comisión 2007/C 128/06).

4. Estas discrepancias, junto con la práctica llevada a cabo por las entidades de gestión colectiva de derechos de autor con posterioridad a la adopción de los compromisos, pusieron

de manifiesto para la Comisión que una solución negociada no iba a introducir la competencia efectiva en el mercado y dieron lugar a la adopción de la Decisión de 16 de julio de 2008.

La Comisión, incidiendo en la postura manifestada en el pliego de cargos, trata de garantizar que los acuerdos de representación recíproca no sean utilizados para restringir la competencia entre las entidades de gestión colectiva del EEE. Así, la Decisión prohíbe dos tipos de restricciones: las relativas a la afiliación y las territoriales.

En primer lugar, se prohíbe la aplicación de las cláusulas y prácticas concertadas que limiten la capacidad de elección, por parte de los autores y compositores, de una entidad determinada. Este tipo de restricciones impide, durante la vigencia del contrato de representación recíproca, que las entidades de gestión colectiva contratantes puedan, sin el consentimiento de su homóloga implicada, aceptar como miembro a autores que tengan la nacionalidad de alguno de los países en los que opera la otra entidad de gestión colectiva (vid. anuncio público de la Comisión 2007/C 128/06). Las cláusulas de afiliación han sido eliminadas del contrato tipo de la CISAC, pero la Comisión estima que veintitrés entidades siguen incluyéndolas en alguno de sus contratos de afiliación (vid. Memo/08/511 de 16 de julio de 2008).

En este sentido ya se había manifestado la Comisión en la relevante decisión GEMA, de 2 de junio de 1971 (*DOCE* de 20 de junio de 1971 núm. L 134), considerando discriminatorias, y por tanto constitutivas de un abuso de posición dominante, las cláusulas que sólo permitían a los autores y compositores nacionales o a personas domiciliadas en el territorio en el que ejercía su actividad la correspondiente entidad de gestión, ser miembros de la correspondiente entidad.

En segundo lugar, se prohíben las restricciones territoriales en la concesión de licencias para la explotación de obras musicales por Internet, satélite y cable. Dentro del término restricciones territoriales se incluyen: la cláusula de exclusividad, por la cual no se ofrecen licencias a usuarios comerciales fuera de un territorio determinado y que la Comisión estima existente en alguno de los contratos de 17 entidades de gestión (vid. Memo/08/511 de 16 de julio de 2008); y la delimitación territorial, que implica que el mandato otorgado por una entidad de gestión a otra se limita al territorio nacional de la sociedad mandataria.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha tenido ocasión de pronunciarse sobre las restricciones territoriales en los asuntos *Tournier* (asunto 395/87) y *Lucazeau* (asuntos acumulados 110/88, 241/88 y 242/88), sentencias dictadas a título prejudicial el 13 de julio de 1989. El TJCE defendió el sistema de contratos de representación recíproca declarando que persiguen un doble fin u objetivo: someter la totalidad de obras musicales protegidas, con independencia de su origen, a requisitos idénticos con respecto a los usuarios establecidos en un mismo Estado, de acuerdo con el principio de no discriminación y hacer posible que las entidades se apoyen en la organización creada por la entidad de gestión colectiva de derechos de autor que ejerce sus actividades en dicho Estado. Asimismo, establece dos casos en los que existiría una restricción territorial: en primer lugar, si los contratos de reciprocidad estableciesen cláusulas de exclusividad que restrinjan la competencia; y, en segundo lugar, si existiese una práctica concertada entre entidades de gestión colectiva de derechos de autor que tuviese el mismo efecto.

Como es sabido, es este último supuesto, el de la existencia de una práctica concertada, el que podrá acarrear mayores dificultades probatorias. El Tribunal declara, en este sentido, que un comportamiento paralelo puede constituir un indicio fundado de una práctica concertada cuando da lugar a unas condiciones en la competencia que no correspondan a las condiciones normales de ésta; sin embargo, en el caso de que el comportamiento paralelo se pudiese explicar por razones distintas a la existencia de una concertación, no se podrá presumir una concertación de esta naturaleza. Poder determinar en qué casos nos hallamos ante una práctica concertada y en cuáles ante un simple comportamiento paralelo justificado es la clave para perseguir este tipo de infracciones.

La Comisión defiende que las cláusulas de afiliación y de exclusividad siguen existiendo en alguno de los contratos de reciprocidad y que las entidades de gestión colectiva llevan a cabo prácticas concertadas que impiden la competencia efectiva en el mercado. A pesar de que la Comisión, que no impone ninguna multa, ha anunciado que la Decisión deja intacto el sistema vigente de acuerdos bilaterales y el protagonismo, en la gestión de derechos de autor, de las entidades, la CISAC y veintidós entidades de gestión colectiva de derechos de autor del EEE han recurrido la Decisión ante el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas por considerar que no han llevado a cabo prácticas restrictivas de la competencia.

5. Resulta incuestionable el hecho de que las entidades de gestión colectiva de derechos de autor ocupan una posición dominante en el mercado: tanto en sus respectivos mercados internos, en los que disfrutan de un monopolio al menos de facto, como en el mercado comunitario, estratégicamente repartido por medio de los contratos de representación recíproca. La cuestión controvertida, que se deberá dilucidar por parte del Tribunal de Primera Instancia, es la existencia de abuso de esa posición dominante que lleva consigo una restricción de la competencia.

Tal y como expone la Comisión, las cláusulas restrictivas no han desaparecido completamente y las prácticas concertadas se hacen patentes ante los comportamientos paralelos de las entidades de gestión colectiva de derechos de autor, que lejos de ser fruto de la casualidad, parece que deriven de un acuerdo previo.

La completa desaparición de las cláusulas restrictivas es un paso previo fundamental y necesario, pero en modo alguno llevará consigo el restablecimiento de la competencia efectiva si no va acompañada de un cambio de comportamiento por parte de las entidades que implique el cese de la existencia de las prácticas concertadas denunciadas por RTL y Music Choice y confirmadas por la Comisión Europa y una mayor transparencia en la gestión (o para ser más exactos, una transparencia que sustituya a la actual opacidad), requisito necesario para garantizar la competencia efectiva.

En el momento de redactar la presente información, están pendientes de publicación los autos del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas relativos a la petición de suspensión de la CISAC (T- 442/08) y de las entidades de gestión colectiva de derechos de autor eslovaca (T-413/08), irlandesa (T-415/08), estonia (T-416/08), portuguesa (T-417/08), checa (T-418/08), lituana (T-419/08), inglesa (T-421/08), eslovena (T-420/08), danesa (T-425/08), islandesa (T-428/08), austriaca (T-432/08) y española (T-456/08).

Paula PARADELA AREÁN