

## B) DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

### 1. LA FIRMA DEL CONVENIO DE LUGANO REVISADO Y LA REUNIÓN DEL COMITÉ PERMANENTE DEL CONVENIO DE LUGANO (29-30 DE OCTUBRE DE 2007)

1. De acuerdo con el artículo III del Protocolo núm. 2, anexo al Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, se creó un Comité Permanente con el objeto de velar por la interpretación y aplicación uniforme del Convenio, que se viene reuniendo anualmente, habiéndose dado puntualmente cuenta de ello en esta *Revista*. Éste fue el objeto de la reunión que tuvo lugar el día 29 de octubre de 2007, celebrándose así un mes más tarde de la fecha habitual. La razón de ello fue para hacerla coincidir con la sesión diplomática para la firma del Convenio de Lugano revisado, que tuvo lugar el 30 de octubre de 2007. En la presente nota se da cuenta de ambas reuniones de forma individualizada, ocupándose los apdos. 2 a 7 de la reunión del Comité Permanente y los apdos. 8 a 11 de la Sesión Diplomática.

2. En lo que se refiere a la 14.<sup>a</sup> reunión del Comité permanente del Convenio de Lugano (29 de octubre de 2007), asisten todos los Estados parte en el Convenio con excepción de Austria, Francia, Grecia e Italia. Aunque no son parte en el Convenio, participan como observadores representantes de Bulgaria, Chipre, Eslovenia, Letonia, República checa y Rumanía. Se eligió como Presidenta del Comité a la Sra. Monique Jametti-Greiner, miembro de la delegación de Suiza, país depositario del Convenio de Lugano.

3. 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.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia de los Estados parte, en esta ocasión, sólo Suiza presenta sentencias en aplicación del Convenio de Lugano, sobre temas tan diversos como contratos concluidos por consumidores, admisibilidad de un recurso por la vía del artículo 36 y acción negatoria en relación al foro contractual. Cabe destacar un curioso caso en que el Tribunal federal, en Sentencia de 6 de marzo de 2007 se declara incompetente en un caso de responsabilidad extracontractual iniciado por un ex esposo contra su ex mujer, tras hacerse las pruebas de paternidad de las que resultó que no era el padre de los niños a los que pagaba alimentos (puede verse en el núm. 15 del envío a que se hace referencia a continuación).

4. Por su parte, el Tribunal de Justicia entregó el 15.º envío (septiembre de 2007) de la información prevista en el Protocolo núm. 2, anexo al Convenio de Lugano, conteniendo en esta ocasión 39 decisiones, correspondiendo tres al Tribunal de Justicia de las Comunidades

Europeas y las demás a decisiones de tribunales internos, de las cuales 10 se refieren todavía al Convenio de Bruselas, 15 se refieren ya al Reglamento 44/2001 y otras seis 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. Habiéndose celebrado esta reunión más tarde de lo habitual, la versión definitiva de la 16.<sup>a</sup> entrega se ha mandado ya a los Estados parte. Además de las Sentencias incluidas en el envío, informa también de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de octubre de 2007 (Asunto C-98/06, *Freeport*), destacando la importancia de la precisión realizada por el Tribunal en torno a la forma de determinar la conexión exigida por el artículo 6, apdo. 1, en los casos de pluralidad de demandados, deshaciendo el malentendido derivado de decisiones anteriores, entendiendo que no puede estar sólo en función de la identidad de fundamento jurídico.

Entre las sentencias incluidas, se abre un animado debate en torno a la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de mayo de 2007 (Asunto C-386/05, *Color Drack*), resaltando que realiza una calificación autónoma del lugar de ejecución, a favor del lugar de la entrega, si bien especifica que se trata sólo del supuesto de que todas las entregas se realizan en el mismo Estado Miembro, contra la opinión del Abogado General que prefería dejarlo al Derecho interno. Esta posición fue defendida por el Reino Unido por razones obvias de defensa de sus instituciones propias y las diferencias, por ej., entre Inglaterra y Escocia.

La Comisión puso el acento en la Sentencia de 14 de diciembre de 2006 (Asunto C-283/05, *ASML*) que interpreta el artículo 34, apdo. 2, del Reglamento 44/2001, ya que es importante cuanto más se avanza en la circulación de decisiones. Esta cuestión tiene un interés particular si se toma en consideración que Suiza se reserva el derecho (en el art. III del Protocolo 1 al Convenio de Lugano revisado) de no aplicar la parte final del artículo 34, apdo. 2, del Convenio en los casos de decisiones dictadas en rebeldía, en la parte que dice «a menos que no hubiere recurrido contra dicha resolución cuando hubiera podido hacerlo». Esta posible reserva, que produciría efectos recíprocos, está aún siendo considerada por Suiza.

El Prof. Kohler señala, además, que hay algunos importantes casos pendientes, de los que tres figuran en los núms. 4, 5 y 6 del 16.º Envío mencionado, destacando la importancia del asunto C-185/07, *West Tankers*, presentado por la *House of Lords*, en que nuevamente se plantea una cuestión relativa a la *anti-suit injunction*. Informa, además, que después de cerrar el envío se han presentado aún cuatro peticiones más, destacando la 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 presente envío (*Orams c. Apostolides*), 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.

5. Se informa brevemente sobre la difusión electrónica de la información sobre la aplicación de los Convenios de Bruselas y Lugano. El Tribunal informa que el último paquete de sentencias a que se ha hecho referencia, ya se encuentra *on line*, incluyendo por tanto las decisiones desde 1997. El Tribunal se propone desde hace tiempo que se incorporen a la base existente los informes correspondientes a los primeros años de reunión del Comité Permanente, es decir, de 1992 a 1996. No obstante, problemas presupuestarios han retrasado la realización de este proyecto. Superadas las dificultades, se considera que en 2008 se habrá culminado el proceso, incorporándose 600 sentencias, que han sido seleccionadas de entre unas 7.000.

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.<sup>a</sup> 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 noveno informe, correspondiente a la 15.<sup>a</sup> entrega (septiembre 2006), que ha sido preparado por las Sras. Paulien van der Grinten (Holanda), Maarit Leppänen (Finlandia), Dagnija Palcevska (Letonia) y Irena Kucina (Polonia). Es de destacar que es la primera ocasión en que, 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. Si bien al principio sólo existían en francés e inglés, la Secretaría del Consejo de la Comunidad Europea se ha ocupado de la traducción a otros idiomas de las instituciones, habiendo ofrecido su ayuda para que se incluyan en la página web de los Ministerios de Justicia de los Estados parte.

El próximo informe, relativo a la 16.<sup>a</sup> entrega ahora distribuida, se realizará por los representantes de Irlanda, Rumanía y Reino Unido.

7. La 15.<sup>a</sup> reunión tendrá lugar nuevamente en Suiza, sin precisarse aún el lugar, los días 8 y 9 de septiembre de 2008.

8. La celebración de la Sesión diplomática para la firma del Convenio de Lugano revisado, con las características que más adelante se indicarán, obedece a dos datos:

1) El Convenio de Lugano de 1988 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de decisiones surgió como Convenio «paralelo» al Convenio de Bruselas de 1968 sobre la misma materia. El éxito de ambos instrumentos es bien conocido, pero debían modernizarse y aproximarse aún más. De ahí que el Consejo, en su sesión de 4-5 diciembre 1997 facultase a un grupo *ad hoc*, integrado por todos los Estados parte en ambos Convenios, más observadores de la Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya, de la EFTA y del Parlamento Europeo para proceder a modernizar ambos Convenios y acentuar su paralelismo, limando las diferencias. No es obvio señalar que la revisión técnica conjunta terminara el 30 de abril de 1999, justamente la víspera de la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, momento en el cual ya no era posible tal ejercicio conjunto. Poco tiempo después el Consejo adoptó el Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, que sustituye entre los Estados miembros al Convenio de 1968. El Reglamento fue extendido a Dinamarca por acuerdo de la Comunidad con el Reino de Dinamarca de 19 de octubre de 2005 (en vigor desde 1 de julio de 2007).

2) El 22 de marzo de 2002 la Comisión presentó una propuesta al Consejo para iniciar negociaciones para la revisión del Convenio de Lugano, pero surgió la duda entre los Estados miembros sobre la competencia para concluir el nuevo Convenio de Lugano, si era exclusiva de la Comunidad o compartida con los Estados miembros. En vista de la discrepancia, el acuerdo del Consejo de 14-15 de octubre de 2002 autorizó a la Comisión a iniciar negociaciones para la revisión del Convenio, con independencia de la cuestión de competencia. En su reunión de los días 27-28 de febrero de 2003 el Consejo decidió solicitar un dictamen al respecto al Tribunal de Justicia, el cual ha tardado tres años en adoptarlo. Se trata del dictamen C-1/03, de 7 de febrero de 2006, en el cual dice taxativamente que la celebración del nuevo Convenio de Lugano «*corresponde íntegramente a la competencia exclusiva de la Comunidad Europea*».

Sin corresponder aquí entrar a examinar el contenido de dicho dictamen [ver, en particular, A. BORRÁS, «Competence of the Community to conclude the revised Lugano Convention on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. Opinion C-1/03 of 7 February 2006: Comments and immediate consequences», *Yearbook of Private International Law*, volumen 8 (2006), pp. 37-52], su consecuencia inmediata fue el desbloqueo de las negociaciones, que fueron reiniciadas por la Comisión inmediatamente, tal como había prometido. La Comisión presentó una propuesta el 3 de abril de 2006 y el 26 de junio tuvo lugar en Bruselas una reunión de coordinación en el seno del Comité de Derecho civil.

La Sesión diplomática que tuvo lugar el año pasado en Lugano, entre los días 10-12 de octubre de 2006, terminó en fracaso ya que, tras limarse muchas asperezas, la Comunidad Europea se negó rotundamente a retirar el propuesto Protocolo 4 relativo a la competencia exclusiva del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en relación a la futura patente comunitaria (al respecto, nota de A. BORRÁS, «Las reuniones relativas al Convenio de Lugano (Lugano, 9-12 de octubre de 2006)», *Revista Española de Derecho internacional*, 2006, 2, pp. 1107-1110). Diversas circunstancias favorecieron una pronta reanudación de las negociaciones, que terminaron el 28 de marzo de 2007, con la razonable supresión del Protocolo 4.

9. El acto solemne de la firma del Convenio de Lugano revisado tuvo lugar en Lugano, en la *Villa Castagnole* (Salón de las Palmeras), a las 11 h. del día 30 de octubre de 2007. Firmaron el Convenio por parte de la Comunidad Europea el Sr. Alberto Costa (Ministro de Justicia de Portugal, país que ostenta este semestre la presidencia de la Comunidad Europea), el Ministro Federal de Justicia de Suiza, Sr. Christoph Blocher, y los Embajadores de Noruega, Sr. Lars Peter Forberg, y de Islandia, Sr. Kristinn F. Arnason. No firmó Dinamarca, alegando que están próximas las elecciones y prefieren no comprometerse en estas condiciones. No pudiendo asistir personalmente, intervino por videoconferencia el Sr. Franco Frattini, Vicepresidente de la Comisión Europea. Asistieron como invitados de honor el Sr. Francisco Fonseca, Director General de Justicia civil en la Comisión Europea, la Sra. Bilyana Ilieva Rabea, presidenta del Comité que se ocupa de la EFTA en el Parlamento Europeo, el Sr. Gustaf Moeller, magistrado del Tribunal Supremo de Finlandia, co-relator del Convenio de Lugano de 1988 y presidente del Grupo de trabajo que revisó el Convenio en los años 1997-1999, el Prof. Fausto Pocar, Presidente del Tribunal para la antigua Yugoslavia y relator del Convenio de Lugano revisado, el Sr. Michael Reiterer, Embajador de la Unión Europea en Suiza, y el Sr. Luigi Pedrazzini, Miembro del Consejo cantonal del Ticino. Los representantes de los Estados miembros asistieron como observadores.

10. Con este acto se ha dado fin a la larga etapa de diez años que se ha necesitado para alcanzar el nuevo Convenio revisado. Aunque por el momento sigue aplicándose el Convenio de Lugano de 1988, el Convenio de Lugano revisado de 30 de octubre de 2007 entrará en vigor (art. 69, apdo. 4) el primer día del 6.º mes siguiente a la fecha en que la Comunidad Europea y un miembro de la EFTA depositen su instrumento de ratificación. Para los que lo hagan después, la entrada en vigor se producirá a los tres meses. Dado que este proceso puede tomar algún tiempo, no es de prever que la entrada en vigor pueda producirse pronto. No parece que pueda haber ningún tipo de dificultad por parte de la Comunidad Europea, que ya ha mostrado su interés publicando en el *Diario Oficial* (L 339, de 21 de diciembre de 2007) el texto del Convenio revisado así como la autorización para la firma, faltando, pues, la autorización para la ratificación. Suiza considera que no cree que pueda entrar en vigor para ellos antes de 1 de enero de 2010, aunque confía en que quizá Noruega pueda hacerlo más rápidamente.

11. En todo caso, es positivo disponer de este plazo para informar a los operadores jurídicos sobre la particularidad de este Convenio, del que España no será parte, pero estará obligada por él, y que no se publicará en el *BOE*. Debe señalarse, además, que será la primera ocasión en que un Convenio en materia de Derecho internacional privado con terceros Estados se concluye en estas condiciones, ya que aunque la extensión del Reglamento 44/2001 a Dinamarca se produjo mediante un Convenio entre la Comunidad y el Reino de Dinamarca, no sorprende tanto a los operadores jurídicos por tratarse de un Estado miembro de la Comunidad.

Alegría BORRÁS

## 2. LA XXI SESIÓN DIPLOMÁTICA DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (5-23 DE NOVIEMBRE DE 2007)

1. Tras haberse decidido en la XIX Sesión Diplomática de la Conferencia (2002) la preparación de un Convenio en materia de alimentos, a lo largo de los últimos años se han celebrado diversas reuniones preparatorias de un Convenio sobre cobro internacional de alimentos con respecto a los niños y otras formas de manutención de la familia, de las que se ha dado cuenta en esta *Revista*. Las dificultades para algunos Estados en relación a la inclusión de normas de conflicto de leyes, ha conducido, finalmente, a que se hayan adoptado dos textos diferentes: un Convenio sobre cobro internacional de alimentos con respecto a los niños y otras formas de manutención de la familia y un Protocolo sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias. La XXI Sesión Diplomática concluyó el 23 de noviembre de 2007 con el acto solemne de firma del Acta Final.

2. El número de participantes fue muy elevado (más de 200 personas), habiendo sido invitados, no sólo Estados miembros de la Conferencia sino también Estados parte en el Convenio de Nueva York de 1956 y otros países cuya participación en la Comisión se consideró de interés, así como de numerosas Organizaciones internacionales, gubernamentales y no gubernamentales.

3. Se constituyeron dos Comisiones: la Comisión I, dedicada al examen del Convenio sobre cobro internacional de alimentos con respecto a los niños y otras formas de manutención de la familia fue presidida por la Sra. M. Kurucz (Hungría), que ya había presidido la Comisión especial de mayo de 2007 y la Comisión II, dedicada al examen del Protocolo sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias, que fue presidida por el Prof. A. Bonomi (Suiza), que había sido Presidente del Grupo de trabajo sobre ley aplicable y que también presidió una parte de la Comisión Especial del pasado mes de mayo. Las relatoras, A. Borrás y J. Degelling son miembro de la mesa de la reunión y participan como miembros *ex officio* tanto del Comité de redacción, como de todos los Grupos de trabajo que se han ido constituyendo para abordar temas específicos, entre ellos el de ley aplicable del que formaba parte también C. Parra.

4. Dada la existencia de normas en materia de alimentos en los Reglamentos comunitarios 44/2001 y 805/2004 y la elaboración en el momento actual de un Reglamento comunitario en la materia, sobre la base de las conclusiones de Tampere y la aplicación del principio de reconocimiento mutuo, la Comisión de la CE y el Consejo de la UE han mantenido reuniones diarias con las delegaciones de los Estados miembros antes de la reunión de la mañana. Además, se han celebrado diversas reuniones al mediodía o al término de la reunión de la tarde, con el objeto de coordinar todas las actuaciones comunitarias. De hecho, pues, se trata de una importante reunión, ya que después interviene en las reuniones generales únicamente la Comisión, apoyando la postura los Estados miembros, cuando lo creen necesario. Además, la Comunidad no tiene competencia en todas las materias objeto de esta negociación. Los documentos de trabajo han sido presentados siempre en nombre de la Comunidad Europea, sin posibilidad para los Estados miembros de presentar documentos de forma individual, como ya viene siendo habitual en los últimos tiempos.

5. El objetivo específico de la negociación ha sido la elaboración de un Convenio sobre cobro internacional de alimentos con respecto a los niños y otras formas de manutención de la familia. El deseo de alcanzar un Convenio aceptable por el número máximo posible de Estados, ha dado lugar a un texto de geometría variable, con todas las ventajas e inconvenientes que ello implica. Esta breve nota tiene por objeto dar información sobre la celebración de la Sesión Diplomática, sin entrar, por tanto, en el detalle de los textos adoptados (el Acta final puede verse en <http://www.hcch.net>).

6. El artículo 1 y el preámbulo del Convenio, sobre la base del Convenio de Nueva York sobre los derechos del niño, precisan el objetivo del Convenio, que se articula sobre dos ejes: la cooperación de autoridades de los Estados contratantes y el procedimiento de reconocimiento y ejecución, incluyendo las medidas más eficaces para que se haga efectivo el pago de los alimentos.

7. La decisión más importante se ha tomado en torno al delicado tema del ámbito de aplicación a que se refiere el artículo 2. Este artículo ha sido particularmente difícil, por haberse vinculado a bases poco realistas, relacionadas con el objetivo inicial del Convenio, de carácter muy ambicioso. Finalmente, se ha adoptado una perspectiva que implica que en el apdo. 1 se establece que el Convenio se aplica a las obligaciones alimenticias derivadas de una relación paterno-filial en relación a una persona de menos de veintiún años, si bien los Estados tienen la posibilidad de realizar una reserva que limite la edad a los dieciocho años, tratándose de la única reserva del Convenio que tiene carácter recíproco, como se verá más adelante. A continuación establece que se aplica al reconocimiento y ejecución de decisiones de alimentos respecto al cónyuge o ex cónyuge si está vinculada a aquélla, ya que si se trata de demandas de alimentos entre cónyuges en general, no se aplican los Capítulos II y III, que son los que se refieren a la cooperación administrativa. En el apdo. 3 se permite que los Estados declaren que aplicarán el Convenio a otras obligaciones alimenticias resultantes de vínculos de parentesco, matrimonio o afinidad, con especial atención a las personas vulnerables, produciendo efectos tal declaración en relación con los Estados que hayan realizado la misma declaración. Ello comporta que la declaración dirá si en tales casos se incluyen las reclamaciones realizadas por organismos públicos. En el apdo. 4 se incluye una norma, derivada de la Convención sobre los derechos del niño, relativa a la no discriminación entre los hijos por razón de filiación.

8. Uno de los aspectos esenciales del nuevo Convenio son los capítulos II y III, relativos a la cooperación administrativa siendo ésta la parte menos debatida dados los precedentes del Convenio de Nueva York de 1956, así como la asistencia de un gran número de autoridades centrales en las delegaciones de los países negociadores. Por lo que se refiere al capítulo II relativo a la designación y funciones de las autoridades centrales se han introducido sólo modificaciones menores, siguiendo el ejemplo de otros Convenios de La Haya recientes. Bastantes críticas ha recibido durante la elaboración del Convenio el artículo 6 relativo a las funciones específicas de las autoridades centrales siendo el artículo el resultado de un difícil equilibrio, respecto al que se ha pretendido hacer entender que no se trata de servicios que todas las autoridades centrales deban poder prestar desde la entrada en vigor del Convenio, sino que se trata de una implantación progresiva. El capítulo III se refiere a las solicitudes transmitidas a través de las autoridades centrales excluyéndose a los efectos de estas disposiciones, la mera presencia del solicitante (en relación al concepto de residencia), definición que no resulta plenamente aceptable para muchos. Por último hay que destacar la proliferación de los formularios que facilitarán, sin duda, el funcionamiento del Convenio y que, utilizando los medios técnicos necesarios, simplificarán notablemente el tema de las traducciones. No obstante solamente dos formularios son obligatorios, el de la transmisión, de acuerdo con el artículo 12, apdo. 2, y el de acuse de recibo, de acuerdo con el artículo 12, apdo. 3. Todos los demás son facultativos y, por tanto, constituyen por el momento sólo formularios recomendados.

9. El acceso efectivo a los procedimientos (arts. 14 a 17) ha constituido una de las partes más difíciles hasta el final de la negociación. Debe destacarse que se incluye la exigencia de que la asistencia judicial gratuita no sea inferior a la concedida en los supuestos internos, la exclusión de la misma en los supuestos en que no se exija en el Estado requerido y la exención de toda garantía de pago de costas. Como regla general, el artículo 15 establece la asistencia judicial gratuita respecto a los niños cuando se trate del reconocimiento y

ejecución de decisiones en materia de alimentos, estableciéndola a una persona hasta los veintiuno años. Las mayores dificultades plantean las excepciones a dicha regla, siendo el resultado final la posibilidad de rechazar la asistencia judicial gratuita sólo en los casos en que se considere que la solicitud es infundada. Otra cuestión debatida ha sido la relativa a si la posición excepcionalmente desahogada del acreedor podría constituir una causa de no concesión de la asistencia judicial gratuita, optándose por establecer que los Estados, mediante una declaración, puedan extender la asistencia jurídica gratuita a otras solicitudes cubiertas por el artículo 10, sometido a una prueba basada en los medios de los niños. Para todas las demás solicitudes se establece una regla de la que deriva que sólo procederá la asistencia gratuita después de una prueba de los medios, pero si se ha beneficiado de asistencia jurídica gratuita en el Estado de origen, se beneficiará, al menos en la misma medida, en el Estado en el que se pida el reconocimiento y la ejecución.

10. Las dificultades que para algunos Estados tiene el tema de la introducción de unas disposiciones en materia de ley aplicable han dado como resultado la adopción de un Protocolo sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias. Debe subrayarse la forma del instrumento en el que se contienen las normas de ley aplicable, cuestión muy discutida en ocasiones anteriores y, en particular, en la reunión del pasado mes de mayo (nota en esta *Revista*, 2007, 1, en prensa). Descartada la introducción de un Capítulo optativo en el Convenio, entre otras razones porque no era viable para los Estados miembros de la Comunidad Europea teniendo en cuenta el reparto interno de competencias, se optó por la conclusión de un Protocolo facultativo. La duda que quedaba pendiente es si debía ser un Protocolo abierto sólo a los que fueran parte en el Convenio o abierto a todos los Estados, sin vinculación a ser parte en el Convenio, lo que podría ser una ventaja para aquellos que quieran únicamente ser parte en lo que se refiere a la ley aplicable. Finalmente (art. 23) se ha optado por la fórmula más abierta, de la que resulta que el Protocolo está abierto a la firma de todos los Estados, con independencia de que sean o no parte en el Convenio. Aunque no exista ningún inconveniente jurídico para ello, no resulta claro ni habitual denominar «Protocolo» a lo que, en realidad, es un Convenio independiente. Por otra parte, la vinculación entre ambos textos parecía responder mejor al objetivo inicial de la conclusión del Convenio, que era ser un texto omnicompreensivo dedicado a sustituir a la multitud de instrumentos ya existentes en materia de alimentos.

11. El Protocolo sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias recoge la misma regla general contenida en el Convenio de 1973 estableciendo que las obligaciones alimenticias se regirán por la ley del Estado de la residencia habitual del acreedor, excepto si en el texto se establece otra cosa. Dado que el sistema de conexiones en cascada que incluía el Convenio de 1973 planteaba problemas, se ha optado por invertir el orden de los puntos de conexión subsidiarios figurando en primer lugar la ley del foro y a continuación la ley de la nacionalidad común, incorporándose el *favor creditoris* en determinados supuestos, en particular, en el caso de alimentos respecto a los niños. Las obligaciones alimenticias entre esposos o ex esposos y personas cuyo matrimonio haya sido anulado, ha sido una disposición muy discutida, estableciendo finalmente el artículo 5 la no aplicación de la regla general del artículo 3 si una de las partes se opone y la ley de otro Estado tiene una conexión más estrecha con el matrimonio. Abierto hasta el último momento ha estado la cuestión de la inclusión en este artículo de las parejas registradas, opción que no pudo apoyar la Comunidad Europea por la oposición de uno de sus Estados miembros. Se prevé asimismo una cláusula de escape para el supuesto de otros acreedores adultos (como colaterales, afinidad, etc.), que permite al deudor oponerse a una reclamación de alimentos por el acreedor si tal obligación no existe, de forma acumulativa, ni en la ley de la residencia habitual del deudor ni en la ley de la nacionalidad común de las partes. Una de las novedades del Protocolo, especialmente discutida en el grupo de trabajo, fue la aceptación de la autonomía de la voluntad en

el ámbito de la determinación de la ley aplicable, si bien el rechazo por parte de las delegaciones negociadoras ha reducido de forma sustancial las soluciones propuestas. En este sentido se han introducido dos disposiciones diferentes (de las que quedan exceptuados los niños y los adultos vulnerables), una que se limita a la designación de la ley del foro para un procedimiento específico; y otra que admite una autonomía de la voluntad, no obstante lo dispuesto en los artículos 3, 5 y 6 que permite elegir únicamente alguna de las leyes mencionadas expresamente (la ley de la nacionalidad o de la residencia de cualquiera de las partes en el momento de la designación, la ley aplicable al régimen económico o al divorcio o separación legal). La ley elegida por las partes no se aplicará si conduce a consecuencias manifiestamente «injustas o no razonables», noción imprecisa que se pretende aclarar diciendo que ello no se producirá si las partes están bien informadas de las consecuencias en el momento de la designación, algo difícil de comprobar. En todos estos casos de elección de ley deberá existir constancia del acuerdo así como el establecimiento de unas exigencias formales mínimas. Respecto a todas las cuestiones clásicas (reenvío, orden público etc.), se han seguido las soluciones adoptadas en los Convenios de La Haya precedentes.

12. Con la celebración de la XXI Sesión diplomática, entre los días 5 a 23 de noviembre de 2007 se han cerrado los trabajos para la adopción de un Convenio y un Protocolo en materia de alimentos, que ha durado cuatro años y medio. Tras la revisión de los textos por la Oficina Permanente se iniciará la revisión del proyecto de informe explicativo, para adaptarlo a los artículos ahora aprobados y darle una redacción definitiva, sin que sea previsible disponer de él en un plazo breve.

13. Aunque el Convenio y el Protocolo quedan abiertos a la firma desde el momento de la adopción del acta final, solamente Estados Unidos ha firmado inmediatamente el Convenio, en un gesto evidentemente político, sin que sea previsible que lo ratifique en un período breve. Piénsese que Estados Unidos depositó el instrumento de ratificación del Convenio de La Haya de 1993 en materia de adopción internacional el 12 de diciembre de 2007. Como viene siendo habitual, las firmas se producirán normalmente a partir de la existencia del texto definitivo del Convenio y del Protocolo y tras haber estudiado el Informe explicativo.

Estos datos son particularmente relevantes para la Comunidad Europea y sus Estados miembros, ya que la existencia de competencias de la Comunidad y de los Estados miembros obliga a que firmen y ratifiquen la Comunidad y los Estados miembros, lo que comportará un proceso que necesariamente no puede ser breve. Debe considerarse, además, que es el momento en que se agilizarán los trabajos en Bruselas para la adopción de un Reglamento en materia de alimentos, que incorporará, además, el Protocolo sobre ley aplicable, para evitar así los problemas derivados de su naturaleza *erga omnes*.

14. En este momento procede realizar una primera valoración de los instrumentos adoptados. Sin duda, la intención original era muy buena, pues pretendía alcanzar un texto que substituyera a la multitud de Convenios existentes. Este objetivo no ha podido cumplirse en razón de las diferencias existentes entre los Estados y ha conducido, de entrada, a excluir totalmente del Convenio las reglas de competencia directa y a relegar las normas de conflicto de leyes a un Protocolo, del cual pueden ser parte Estados no parte en el Convenio. Pero, además, las mismas diferencias entre los distintos sistemas (judicial o administrativo, de Derecho civil o de *Common Law*) han llevado a soluciones muy abiertas, a la posibilidad de formular reservas al Convenio, a establecer un ámbito de aplicación personal obligatorio muy reducido para luego establecer un sistema de ampliaciones mediante declaraciones, etc. En conjunto, por tanto, es un Convenio con dos ejes básicos, la cooperación entre autoridades y la ejecución de decisiones extranjeras, que pueden dar lugar a una pluralidad de regímenes particulares derivados de ese complicado entramado de derechos y obligaciones de los Estados, según las obligaciones asumidas.



15. De hecho, por tanto, va a ser un Convenio y un Protocolo más que van a añadirse a los ya existentes, pues es previsible que, al menos durante bastantes años, muchos Estados no estén en condiciones, por ejemplo, de asumir las obligaciones impuestas a las Autoridades centrales y continúen aplicando el Convenio de Nueva York de 1956. Del mismo modo, el reconocimiento y ejecución de decisiones se seguirá rigiendo por el Convenio de La Haya de 1973 (y aún para determinados Estados por el de 1958), sobre todo por tener dudas sobre la parcial armonización que el nuevo Convenio realiza del procedimiento para obtener el reconocimiento y la ejecución.

Si consideramos el tema de la ley aplicable, algunos Estados aún están vinculados por el antiguo Convenio de La Haya de 1956 y sólo 14 Estados (entre ellos España) son parte en el de 1973 que, además, es un Convenio *erga omnes*. Habrá que ver si el Protocolo recibe una más amplia aceptación, aunque no es obvio señalar que los Estados Unidos, cuya delegación ha participado muy activamente en la elaboración del Convenio, no ha intervenido en la negociación del Protocolo y, en general, los países de *Common Law* no están dispuestos a ser parte en el mismo.

A esta realidad cabe añadir la situación de la Comunidad Europea y sus Estados miembros. Con tradición de reglas de competencia directa y un procedimiento rápido de reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras desde el Convenio de Bruselas de 1968, más simplificado aún en los vigentes Reglamentos, este sistema queda salvaguardado por el propio Convenio (art. 51, apdo. 4). Pero un nuevo Reglamento comunitario, que regulará todos los aspectos de las reclamaciones internacionales de alimentos, está en avanzado estado de preparación y se procurará su máxima compatibilidad con el Convenio de La Haya e incorporando, como ya se ha dicho, el Protocolo sobre ley aplicable. La pretendida universalización del Convenio quiebra, por tanto, para 26 Estados.

16. Debe tomarse en consideración, en todo caso, que la Conferencia de La Haya piensa realizar un control constante sobre este Convenio y su aplicación, ya que afecta a un elevado número de niños en todo el mundo y durante un período largo de su vida. De ahí que, como se dice en las Recomendaciones que aparecen en el Acta final, además de la reunión de Comisiones especiales sobre su aplicación, pretende impulsar que continúen los trabajos relativos a la cooperación administrativa y a la elaboración de los formularios recomendados. Asimismo, se tratará de preparar un documento común para realizar el «Perfil de país», cuya importancia es grande para facilitar el cobro efectivo de los alimentos.

Por otra parte, también recomienda al Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia que considere prioritariamente la conveniencia de desarrollar un Protocolo al Convenio relativo a los alimentos respecto a las personas vulnerables, que estaría basado y constituiría un complemento del Convenio de La Haya de 2000 sobre protección de adultos.

17. En lo que respecta a España, en su condición de miembro de la Comunidad europea, sigue la marcha de ésta. Pero, además, debe considerar las obligaciones que el Convenio le impone y ver los límites en que le son asumibles, teniendo en cuenta nuestro ordenamiento jurídico y las disponibilidades para la prestación de todos los servicios que se establecen. Este estudio debería iniciarse ya.

En este punto es de señalar que este Convenio ha planteado, como tantos otros, un problema en relación a Gibraltar, teniendo en cuenta que se prevé un régimen de colaboración de autoridades. En este sentido, debe indicarse que Argentina presentó un documento de trabajo en el que proponía una modificación del artículo 4 del Convenio para que no pudiera nombrarse una autoridad en las Malvinas. Finalmente, retiró el texto y se limitó a hacer una declaración, a la que otorgó la máxima importancia al realizarla su Embajador en La Haya y que fue brevemente contestada por el Embajador del Reino Unido. A continuación intervino la delegación española, de acuerdo con las instrucciones recibidas, limitándose a señalar que se aceptaba el texto en la esperanza de que en un plazo breve se alcanzara un acuerdo global sobre el régimen de autoridades. Por suerte, tal acuerdo ha llegado con posterioridad, pero antes del fin de 2007.

18. Desde una perspectiva española, puede valorarse muy positivamente la amplia utilización del español como lengua de trabajo. Durante todo el proceso de elaboración del Convenio, los hispanoparlantes han podido expresarse en esta lengua y recibir también en español la traducción de las intervenciones en las lenguas oficiales. Igualmente, han dispuesto de la traducción al español de los principales documentos. Se dispone ya asimismo de una versión provisional del Acta final en español y está previsto que también el Informe explicativo se publique en español. De ahí la importancia de institucionalizar la cooperación de España para propiciar la más amplia utilización del español en la Conferencia de La Haya.

Alegría BORRÁS

Carmen PARRA

### 3. DIMENSIÓN INTERNACIONAL DE LA LEY ORGÁNICA 3/2007, PARA LA IGUALDAD EFECTIVA DE HOMBRES Y MUJERES

1. La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, introduce en nuestro ordenamiento jurídico una reglamentación que se pretende general para promover la *igualdad real* entre mujeres y hombres mediante una acción de dimensión transversal que se proyecta sobre multitud de aspectos de naturaleza pública y privada. Este alcance general de la ley la hace compaginar un contenido propio con la modificación de un buen número de leyes sobre aspectos tan variados como el régimen del personal de las fuerzas armadas o, los que más nos interesan en esta información, LEC, el Estatuto de los Trabajadores, Ley de procedimiento laboral o Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios (LGDCU), entre otras. Es objetivo confesado de la ley la transposición de algunas directivas, en especial la Directiva 2002/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, que modifica la Directiva 76/207/CEE del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro; y la Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo. Función y estructura paralelas, por ejemplo, a la Ley alemana relativa a la transposición de directivas comunitarias para la eficacia del principio de igualdad por razón de sexo (*Gesetz zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung*, de 14 de agosto de 2006, que dice transponer, además, la Directiva 2000/43/CE, del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico; y la Directiva 2000/78/CE, del Consejo de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación) o a otras leyes europeas que, desde hace ya años, tratan de promover la igualdad efectiva entre hombres y mujeres: por ejemplo, en el Reino Unido la *Sex Discrimination Act 1975* establece prohibiciones de discriminación por razón de sexo en el acceso a bienes o servicios; ley a la que en el mencionado ámbito europeo le siguieron otras similares en Noruega (1978), Finlandia (1986), Países Bajos (1994), Irlanda (2000) Dinamarca(2000), Bélgica (2003) o la citada alemana (vide, desde la perspectiva del Derecho privado, NIELSEN, P. A., *Gender Equality in European Contract Law*, Copenhague, 2004).

2. La importancia que sin duda esta Ley Orgánica posee en el ámbito de lo privado (vide, aún sobre el proyecto, GARCÍA RUBIO, M. P., «La igualdad de trato entre hombres y

mujeres y su repercusión en el derecho de contratos. Análisis del proyecto de Ley Orgánica para la igualdad de mujeres y hombres a la luz de la Directiva 2004/113/CE», *Diario La Ley. Unión Europea*, núm. 6602, de 30 de noviembre de 2006, pp. 1-5) se ve aliñada por un artículo 2.2 que bajo la rúbrica de «Ámbito de aplicación» determina lo siguiente: «Las obligaciones establecidas en esta Ley serán de aplicación a toda persona, física o jurídica, que se encuentre o actúe en territorio español, cualquiera que fuese su nacionalidad, domicilio o residencia». El precepto recuerda otros que anclan una nueva normativa a *territorio* nacional (v. gr., el art. 3 de la Ley de condiciones generales de la contratación; tanto en su versión original, cuanto en la surgida de la modificación operada por la Ley 44/2006) y bien pudo haberse omitido, como sugirió el Dictamen del Consejo de Estado de 22 de junio de 2006, al referirse al antecedente artículo 2 del Anteproyecto (Dictamen accesible desde la *web* del BOE). La Directiva 2004/113/CE, por ejemplo, no hace alusión a su ámbito «territorial» de aplicación, estableciendo su «ámbito de aplicación» (art. 3) desde un punto de vista estrictamente «personal», en función de los sujetos a los que va dirigida. Tampoco la Ley de igualdad salva la eventualidad de la «fuga» hacia leyes de terceros Estados que puedan «vulnerar» la tutela otorgada por la Directiva. Probablemente la explicación se encuentre en que tales cautelas o ya están presentes en otras Directivas y leyes de desarrollo (por ejemplo, siguiendo con el ejemplo contractual, el art. 10 bis 3.º de la derogada LGDCU o el actual art. 67 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias) o, simplemente, se entienden innecesarias por la fuerza del principio de igualdad y su imperativa imposición cuando cualquier autoridad conozca de un asunto en el que se haya producido una situación de discriminación por razón de sexo.

Lo cierto es que, aunque modificado (el art. 2 del anteproyecto realizaba una artificial distinción entre derechos de españoles y derechos de extranjeros, eliminada por la Ley), el artículo 2 sobrevivió al trámite parlamentario, sin que en lo que atañe al párrafo estudiado se produjese concreción o corrección alguna, como sugería el Informe del Consejo General del Poder Judicial, de 26 de abril de 2006, «... dada la escasa juridicidad de términos como “encontrarse” o “actuar” y las consecuencias tanto de obligar como de incurrir en algún ilícito administrativo...» (Informe accesible desde la *web* del propio Consejo).

Siendo la Ley de Igualdad uno de los estándares de la legislatura que ahora termina y teniendo en cuenta la fortaleza del principio que la gobierna, ya ha llamado la atención lo que ha sido considerado como una ausencia en la misma del «criterio de la extraterritorialidad» (vide, TUR AUSINA, R., «Comentario al artículo 2», *Comentarios a la Ley de Igualdad*, Valencia 2007, pp. 42-58, p. 56). Es verdad que podría pensarse en la conveniencia de proyectar *urbi et orbi* un principio de tal entidad, por más que supiésemos que no dejaría de tratarse de una mera petición de principio; y es verdad que el dichoso artículo 2 de la Ley parece restringir el alcance de la misma a determinadas situaciones conectadas con nuestro territorio. Por ello, esta vinculación expresa al territorio español mediante el dato de *encontrarse* o *actuar* en el mismo invita realmente a perfilar las situaciones posibles en las que la ley no se aplicaría (las obligaciones que impone la ley no se aplicarían): en principio, a quienes ni se encuentren ni actúen en territorio español.

3. Antes de tratar de pergeñar el alcance real de esta vinculación, es absolutamente necesario adelantar que la Ley de Igualdad modifica un buen número de disposiciones que poseen su propio ámbito de aplicación al que no creo que el artículo 2 comentado deba necesariamente afectar. El Dictamen del Consejo de Estado así lo ponía de manifiesto: «En una ley de las características de las que se informa, su ámbito de aplicación real dependerá en la práctica de cada una de las leyes sectoriales que se reforman en las disposiciones adicionales. En consecuencia, es preferible diferir esta cuestión a lo que establezca cada una de esas leyes, sin pretender sentar unos principios generales».

Así, por ejemplo, los aspectos estrictamente procesales que se introducen en la LEC habrán de someterse a la dinámica de la ley del foro (art. 3 LEC) con todas las excepciones o matizaciones que puedan realizarse (vide, por todos, FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 4.<sup>a</sup> ed., Madrid, 2007, pp. 245-254; por cierto, que muy probablemente la carga de la prueba y la legitimación, aspectos objeto de regulación por la Ley de Igualdad, queden sustraídos a dichas excepciones en función de la importancia del bien tutelado: nuevos arts. 217.5 y 11 bis LEC). No tiene lógica que tales disposiciones se supediten a la vinculación territorial, aunque bien es cierto que propiamente tampoco se trataría de «obligaciones» *stricto sensu*. De igual manera, lo dispuesto en el apdo 3 del artículo 10 bis de la LGDCU (recordemos: «Las normas de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas serán aplicables cualquiera que sea la ley que las partes hayan elegido para regir el contrato, cuando el mismo mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo. Se entenderá, en particular, que existe un vínculo estrecho cuando el profesional ejerciere sus actividades en uno o varios Estados miembros del Espacio Económico Europeo, o por cualquier medio de publicidad o comunicación dirigiere tales actividades a uno o varios Estados miembros y el contrato estuviere comprendido en el marco de esas actividades») no debería haberse sentido limitado por el artículo 2 de la Ley de Igualdad en relación con la modificación de la primera introduciendo una nueva redacción al artículo 34.10, LGDCU (infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios: «Las conductas discriminatorias en el acceso a los bienes y la prestación de los servicios, y en especial las previstas como tales en la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres»). De nuevo, se puede alegar que en el primer caso estamos hablando de protección frente a cláusulas abusivas y en el segundo de conductas del profesional, mas no puede descartarse el solapamiento potencial entre ambas realidades. La crítica del Consejo de Estado es, en este sentido, plenamente justificada, por más que el ejemplo sea hoy meramente argumentativo ya que, como señalé más atrás, la LGDCU ha sido derogada por citado RD Legislativo 1/2007, que aunque sustituye el artículo 10 bis 3.º LGDCU con normas como su artículo 67, no incorpora la «nueva» redacción del artículo 34.10 LGDCU (probablemente debería ocupar un lugar en el art. 49.1, del nuevo texto pero, como en otras tantas ocasiones, no hubo coordinación en los trabajos parlamentarios): es decir, la Disposición adicional vigésima quinta (modificación de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios) de la Ley de Igualdad ha tenido unos pocos meses de vida (¡!).

4. En cualquier caso, el artículo 2 de la Ley de Igualdad nos invita a reflexionar tanto sobre lo que significa *encontrarse* o *actuar* desde una perspectiva positiva, cuanto sobre las situaciones que quedarían excluidas del ámbito de vinculación a las obligaciones impuestas por la Ley u otras situaciones dudosas. Sobre ambos términos el Informe del CGPJ pidió más detalle; planteó la necesidad de que el *encontrarse* o *actuar* en territorio español se identificase con presencias o actuaciones no esporádicas y los problemas que, a título de ejemplo, podría plantear la actuación telemática. Un prestador de bienes y/o servicios radicado en el extranjero que dirija su actividad hacia el mercado español a través de Internet debe entenderse que actúa en territorio español; una lectura de la situación de hecho a partir de cómo se resuelven otros supuestos en los que hay identidad de razón así lo aconseja: por ejemplo, el artículo 15 del Reglamento 44/2001 apareja la misma consecuencia jurídica al ejercicio de actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor que a dirigir *por cualquier medio* tales actividades a dicho Estado miembro. La interpretación amplia a la luz de los intereses tutelados parece imponerse. Y cosa distinta serán los medios para imponer la observancia de la ley (eludo a efectos de esta información la necesaria distinción entre prestadores de servicio establecidos en el EEE o fuera de él: al respecto, REQUEJO ISIDRO, M., «La Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios a la sociedad de la información y del comercio elec-

trónico y la prestación transnacional de servicios en el seno del EEE», *REDI*, vol. 55, núm. 2, 2003, pp. 795-818).

Otro tanto cabe decir en torno a las cuestiones en las que se ha denunciado la falta de eficacia extraterritorial de la ley, en lo que se refiere, sobre todo, a la actividad de la Administración. No creo que haya problemas en considerar a la Administración española (a todas las administraciones españolas) como personas jurídicas que se encuentran en territorio español y, consecuentemente, sujetas a las obligaciones de la Ley. Es verdad que la práctica puede llevar a plantear una huida de facto de la misma: piénsese en las relaciones laborales de trabajadores al servicio de legaciones diplomáticas españolas en el extranjero o a los servicios prestados por Instituciones públicas españolas en el extranjero (por ejemplo, el Instituto Cervantes, institución pública creada por España en 1991 para la promoción y la enseñanza de la lengua española y para la difusión de la cultura española e hispanoamericana). En el primer caso, resulta hartamente frecuente el sometimiento a la ley local extranjera y a la competencia de los tribunales igualmente locales (vide, por ejemplo, entre las últimas, la *STSJ de la Comunidad de Madrid, de 23 de octubre de 2006*, AS 2007/389, sumisión a los tribunales y ley egipcios); sin embargo, la calificación de contrato laboral enervará de ordinario la cláusula y no impedirá que conozcan los tribunales españoles cuando la Administración sea la demandada (vide, por ejemplo, la problemática presente en las sentencias anotadas por ESTEBAN DE LA ROSA, G., *REDI*, 2005-17-Pr, ELVIRA BENAYAS, M. J., *REDI*, 2004-29-Pr o, especialmente, GARDEÑES SANTIAGO, M., *REDI*, 2001-15-Pr). A partir de ahí, las cosas se simplifican, pues en último extremo entrará en funcionamiento el orden público que excluiría la aplicación de la ley extranjera discriminatoria (y digo en último extremo pues el propio artículo 2 comentado avalaría la imperativa y directa aplicación de las disposiciones de la Ley de Igualdad). En el segundo, la situación no tiene por qué ser tan sencilla para el objetivo de que las obligaciones impuestas por la Ley de Igualdad se cumplan de manera efectiva: la práctica puede hacer que la actividad de los entes públicos en el extranjero quede encapsulada en el lugar de prestación del servicio a través de la validez tanto de la cláusula jurisdiccional cuanto de la elección de ley. Ejemplos imaginables podrían ser la prestación de servicios culturales diferenciando (ilegítimamente) entre hombres y mujeres. Dicho todo ello, con la convicción de que si siquiera albergo la sospecha de que ello pueda ser así en el caso de instituciones públicas españolas.

El mismo género de reflexiones podría hacerse en relación con la proyección de la actividad comercial de personas que se encuentran en territorio español, en la terminología del artículo 2 de la Ley de Igualdad, y dirigen su actividad hacia otros mercados, pertrinchándose también de una cláusula jurisdiccional que impida conocer a los tribunales españoles de prácticas que contrarían el principio de igualdad previsto por la ley.

El caso de los grupos de empresas con matrices españolas que despliegan su actividad multinacional en los cinco continentes, ajustándola a mercados en los que el principio de igualdad por razón de sexo está reñido con las costumbres locales, con la religión dominante o, simplemente, con el modelo de mercado en el acceso a bienes y servicios por parte de mujeres y hombres, también podrían plantearse interesantes problemas en el supuesto de que se produjese una *extensión* de la legitimación a la matriz domiciliada en España por las actividades del resto de las empresas del grupo: piénsese, por ejemplo, en un gran grupo del sector de la energía o los hidrocarburos contratando en el tercer mundo a mujeres y hombres en condiciones distintas conforme a la ley local, con sometimiento a tribunales locales. Menos problemas plantearía, creo, la situación de mera deslocalización de la actividad empresarial por las empresas españolas sin intermediación de empresas interpuestas (la española fabricante de vehículos *equis* traslada su principal factoría a *Unequalland* y se beneficia no sólo de los menores costes en personal sino de la abundante mano de obra barata –más barata– femenina).

Y, por último, también la situación de las personas que actúan en España sometiendo las relaciones con terceros al control de tribunales extranjeros. Dándole la vuelta al ejemplo de las

personas jurídico públicas, ¿*quid* de las extranjeras –v. gr., Estados extranjeros a través de sus embajadas– que sometan la fiscalización de su actividad a sus propios tribunales cuando, por ejemplo, planteen pliegos de contratación con inclusión de elementos de discriminación?

5. Los ejemplos y sus problemas son, efectivamente, los mismos y se plantean de forma similar antes y después de la Ley de Igualdad y con o sin su artículo 2, punto de partida de esta información. Y las soluciones habrán de venir dadas por unas similares pautas de comportamiento. Allí donde la aplicación de la ley resulte la consecuencia natural de sus disposiciones se aplicará; allí donde se requiera acudir a su imposición (sobre otras leyes) a través de la consideración de sus normas como normas de aplicación inmediata si las hay (el art. 10 de la Ley me parece de libro: «Los actos y las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación por razón de sexo se considerarán nulos y sin efecto, y darán lugar a responsabilidad a través de un sistema de reparaciones o indemnizaciones que sean reales, efectivas y proporcionadas al perjuicio sufrido...») o a través del recurso al orden público, pues tales habrán de ser los caminos. Y allí donde la ley encuentre el obstáculo de no contar con una autoridad competente para imponerse, quizá hubiera que ir pensando en un *fuero de necesidad* (idea recurrente para la tutela de los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones entre particulares) o en una delimitación más precisa de la autonomía de la voluntad que sustrae el conocimiento de un problema a los tribunales españoles (en casos de contienda judicial), creando con ello un ámbito de impunidad para las conductas discriminatorias. Porque no creo que hayamos de resignarnos y desentendernos de tales conductas, cuando o porque nos resulten demasiado alejadas (estoy pensando en los ejemplos anteriormente expuestos); algo que podría encontrar reflejo en la necesaria vinculación territorial (en este caso «europea»: es clásica la locución «... Dentro de los límites de los poderes conferidos a la Comunidad, la presente Directiva se aplicará...») implícita en las directivas que la ley dice desarrollar, pero que casa mal con la innegable y creciente dimensión persuasiva del principio de igualdad o, sin más, con su necesaria observancia por todos nuestros poderes públicos, con o sin directivas por el medio.

Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ

#### 4. LA ¿NECESARIA? ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIA PARA EL RECONOCIMIENTO DE DECISIONES EXTRANJERAS A LOS JUZGADOS DE LO MERCANTIL

1. En la lucha contra la inmigración ilegal, el pasado 19 de noviembre fue aprobada la Ley Orgánica 13/2007, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas (BOE núm. 278, de 20 de noviembre de 2007. Corrección de errores, BOE núm. 310, de 27 de diciembre de 2007). Dicha ley extiende el principio de universalidad en Derecho penal, principio que, en lo que atañe al tráfico ilegal de personas, se limitaba al orientado a su explotación sexual; el nuevo tipo penal adopta una formulación general, que encuentra su inspiración, aparte de en la terrible realidad que se vive en las aguas internacionales que rodean a España, en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecha en Nueva York el 15 de noviembre de 2000. Pero, además y como ya es costumbre, el legislador español ha aprovechado para meter en el mismo cajón de sastre diversas modificaciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ). Dos de ellas atañen a la competencia de los Juzgados de lo Mercantil, una concierne al reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, concretamente de todas aquellas que «versen sobre materias de su competencia, a no ser que, con arreglo a lo acordado en los tratados y otras normas internacionales, corresponda su conocimiento a otro juzgado o tribunal» (Dispo-

sición final primera Ley 13/2007, por la que se añade un nuevo apdo. 3 al artículo 86 ter LOPJ); en tanto que la otra se refiere a «los procedimientos de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y su derecho derivado, *así como los procedimientos de aplicación de los artículos que determine la Ley de Defensa de la Competencia*» [Disposición final primera Ley 13/2007, por la que se modifica la letra f) del apdo. 2 del artículo 86 ter LOPJ], donde la novedad radica en lo por mí subrayado, de necesaria inclusión habida cuenta la cojera en la atribución de una competencia a los Juzgados de lo Mercantil que no está totalmente comunitarizada y, en todo caso, compartida con el legislador autónomo, quien pone los remedios a la infracción de la competencia leal en el mercado común [vide. sobre esta competencia, ADRIÁN ARNÁIZ, A., «Artículo segundo.7.2.f) Ley Orgánica 8/2003», *Comentarios a la legislación concursal* (Sánchez-Calero, J., Guilarte Gutiérrez, V., dirs.), t. IV, Valladolid, 2004, pp. 4161-4165; y LAFUENTE SÁNCHEZ, R., «Nota al Real Decreto 2295/2004, de 10 de diciembre, relativo a la aplicación en España de las normas comunitarias de competencia», *REDI*, 2005-LVII, pp. 1187-1190]. A pesar de la variedad de temas, la información que se pretende ofrecer de la Ley 13/2003 se va a centrar en la atribución expresa del reconocimiento de decisiones extranjeras a los Juzgados de lo Mercantil, para discutir su necesidad, que ha de medirse en función de las consecuencias de desligar el exequátur del Tribunal Supremo (2). Lo cual nos lleva a otras consideraciones sobre el procedimiento para solicitar el reconocimiento de una decisión extranjera (3). Por último, un examen al conjunto de la legislación concursal nos permite cuestionar el alcance de la competencia atribuida a los Juzgados de lo Mercantil por esta Ley (4).

2. La introducción de un nuevo asunto en el artículo 86 ter LOPJ trae razón de las Leyes, Orgánica 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (*BOE* núm. 309, de 26 de diciembre de 2003), y 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social (*BOE* núm. 313, de 31 de diciembre de 2003). Ambas sirvieron para sustraer la competencia para el reconocimiento de decisiones extranjeras al Tribunal Supremo y encomendarla a los Juzgados de Primera Instancia; con ellas se consumó un juego de malabares que lleva a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881, eludiendo el mandato de la vigente Ley homónima, de elaborar una Ley de Cooperación Jurídica Internacional en materia civil y mercantil. El mismo juego se adivina detrás de la nueva modificación, un parche con el que el legislador elude su responsabilidad con el tráfico jurídico internacional. En general, su desinterés se manifiesta, no ya a través de la omisión de actuación (en la aprobación de la Ley de Cooperación), sino, sobre todo, en una falta de visión de conjunto, que en la modificación del procedimiento de reconocimiento de los artículos 955 a 958 LEC 1881 llega a niveles alarmantes: olvida tratar temas tan importantes como la posibilidad de recurrir el auto del Juez de Primera Instancia sobre el reconocimiento, pero también cuestiones menores (y por ello evidentes), como las referencias a la Audiencia Provincial, que perdieron su sentido con el cambio de competencia [vide, ampliamente sobre los defectos de esta reforma, OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Competencia de los Juzgados de Primera Instancia para conocer del procedimiento de exequátur (Reflexiones a raíz de la modificación de las normas de la LEC de 1881, por la LO 19/2003 y por la Ley 62/2003), *La Ley*, núm. 6039, 14 junio 2004, pp. 1-11].

La creación de los Juzgados de lo Mercantil es casi coetánea de esta reforma, ya que su introducción acaece por Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal (*BOE* núm. 164, 10.7.2003). Se trata de juzgados especializados por razón de la materia, competencia que se extiende más allá del Derecho concursal, siempre en el ámbito del Derecho mercantil como su propia denominación indica, pero en cuyo origen ha jugado un peso decisivo la *vis atractiva concursus*. En este sentido y aplicado a la reforma ahora operada por la Ley 13/2007, la fuerza centrípeta del procedimiento de insolvencia ya había hecho pronunciarse a todos aquellos que habían tenido la oportunidad de tratar el reconocimiento de decisiones concursas-

les extranjeras en el sentido de que el mismo correspondía a los Juzgados de lo Mercantil [vide, CARBALLO PIÑEIRO, L., «Aspectos de Derecho internacional privado del Derecho concursal», *Estudios de Derecho concursal* (Pérez-Cruz Martín, A., Dir.), Santiago de Compostela, 2005, pp. 705-770, pp. 746-747; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., «Las normas de Derecho internacional privado de la Ley Concursal: algunas pautas para su correcto entendimiento», *RJC*, 2004, pp. 1269-1291, p. 1287; SANJUÁN y MUÑOZ, E., «El procedimiento de insolvencia en el ámbito europeo y su coordinación en la Ley Concursal 22/2003», *P.J.*, 2003, pp. 183-211, pp. 196-197; VIRGÓS SORIANO, M., «Del exequátur de los laudos extranjeros. Artículo 46», *Comentario a la Ley de Arbitraje* (Martín Muñoz, A., Hierro Anibarro, S., Coords.), Madrid, 2006, p. 672. También se pronunciaba en este sentido, incluso antes de la reforma del artículo 955 LEC 1881, OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «Inclusión en los concursos de los créditos reconocidos por sentencias extranjeras conforme a la nueva Ley Concursal», *AEDIPr.*, 2003, t. II, pp. 235-260]. El artículo 87 ter 3 LOPJ viene a confirmar una opinión unánime, por tanto.

Por ello mismo es lícito cuestionarse su oportunidad, esto es, dichos Juzgados se integran en el orden jurisdiccional civil y su especialización es por razón de la materia. ¿Es, entonces, el reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras una «materia»? La pregunta, necesaria por el objeto de la reforma, tiene respuesta sencilla: más bien lo es el objeto de la decisión extranjera, que no la petición de reconocimiento. De ahí que pudiera mantenerse antes de esta reforma la competencia de los Juzgados de lo Mercantil para su conocimiento, una competencia que cabe atribuir a todos los órganos de primera instancia del orden jurisdiccional civil, una vez que se rompe la vinculación del procedimiento de reconocimiento a un determinado tribunal, el Tribunal Supremo. De hecho, la opción legislativa, de compilarlo como una materia más, parece fundada en esta tradición: en la ecuación se sustituye Tribunal Supremo por Juzgados de Primera Instancia, de ahí que haya de atribuirse expresamente dicha competencia a los Juzgados de lo Mercantil. Pero debe recordarse que éstos son también «órganos de primera instancia» [vide, por todos, RODRÍGUEZ MERINO, A., «Artículo Segundo.1 Ley Orgánica 8/2003», *Comentarios a la Legislación Concursal* (Sánchez-Calero, J., Guilarte Gutiérrez, V., Dirs.), t. IV, Valladolid, 2004, pp. 4023-4028]. Por otra parte, la petición de reconocimiento encaja perfectamente en el «conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil» (art. 87 ter.2, también 1, LOPJ), que encabeza las atribuciones a los Juzgados de lo Mercantil, para después detallar, precisamente, materias. Aunque lo que abunda no sobra y la precisión legal ataja cualquier posibilidad de discrepancia, entiendo que es preciso entender su justa necesidad (o mejor, no necesidad), en la medida en que no debe servir para obstaculizar la competencia de otros órganos jurisdiccionales, como pudieran ser los Juzgados de lo Social, para reconocer decisiones extranjeras que tuvieran por objeto materias de su conocimiento.

3. La especialidad del procedimiento de reconocimiento en Derecho autónomo estaba ligada a su atribución al Tribunal Supremo, pero, una vez que se produce esa desvinculación, la petición no sólo puede presentarse ante cualquier órgano jurisdiccional de primera instancia del orden civil, sino que, además, tampoco depende su tramitación de un concreto procedimiento; es decir, el cauce para el exequátur sigue siendo el previsto en los artículos 955 y ss. LEC 1881, pero no así cuando se pide el reconocimiento de una decisión concursal extranjera ante el Juzgado de lo Mercantil. En este supuesto se seguirá el cauce prescrito por la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (en adelante, LC. Vide. art. 86.1), donde también se prescriben motivos específicos de denegación del reconocimiento (art. 220), distintos de los previstos en el artículo 954 LEC 1881. Ello acrecienta las insuficiencias del viejo procedimiento, ya que, en el marco de la Ley Concursal, sí será posible plantear recurso frente al auto que decida sobre el reconocimiento (art. 197 LC).



Por otra parte, dejar en manos de los órganos jurisdiccionales del orden civil el reconocimiento de decisiones extranjeras implica que la petición también puede plantearse a título incidental. Mientras estuvo en manos del Tribunal Supremo, el reconocimiento a título incidental no cabía en el ordenamiento jurídico español por razones obvias (vide, al respecto, REMIRO BRETÓNS, A., *Ejecución de sentencias extranjeras en España*, Madrid, 1974, pp. 261-265). Pero ahora ninguna de esas razones sobrevive y, por tanto, debe admitirse el mismo. En realidad, ya las ponía en duda REMIRO BRETÓNS, A., *op. cit.*, p. 166, a partir de la distinción entre autoridad de cosa juzgada y eficacia ejecutiva de la decisión extranjera: aunque se reserve el exequátur para la ejecución, ello no impide acudir al reconocimiento incidental para hacer valer la autoridad de cosa juzgada. Hoy en día, una vez generalizada la competencia, es más evidente que no tiene sentido suspender el procedimiento principal a la espera de un pronunciamiento en un procedimiento específico que incluso puede acabar siendo tramitado por el mismo Juzgado que conoce del principal. Por ello, ha de hacerse uso de este mecanismo, el incidental, que sirve a la economía procesal, a la tutela judicial efectiva en definitiva.

Las bondades del reconocimiento incidental chocan, sin embargo, con el aserto generalizado de que no produce cosa juzgada y, por tanto, si se quisiera obtener un pronunciamiento firme sobre el reconocimiento o no de la decisión extranjera, habría de tramitarse igualmente el exequátur (vide entre otros, FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho internacional privado*, 4.ª ed., Madrid, 2007, pp. 204-205; VIRGÓS SORIANO, M., GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *Derecho procesal civil internacional*, 2.ª ed., Madrid, 2007, p. 578); la decisión dictada en el incidente de reconocimiento serviría sólo en relación con el procedimiento en el que se inserta, pero no en otros procesos. Ello, obviamente, hace perder interés a este mecanismo y dudar de sus beneficios. Ahora bien, yo entiendo que este aserto común es discutible, tanto, por lo menos, como lo viene siendo en la doctrina procesal, que no se pone de acuerdo en si recae cosa juzgada o no en el procedimiento incidental (como también puntualiza OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., «El reconocimiento en el Sistema Bruselas I: Del Convenio de Bruselas de 1968 al Reglamento 44/2001», *REDI*, 2005-LV, pp. 717-744, p. 731, nota 93).

La discusión gira en torno a los procesos sumarios, pero el posicionamiento en torno a la producción de cosa juzgada en los mismos afecta a las cuestiones incidentales. De una parte, un sector doctrinal niega tal autoridad a la decisión incidental por la precariedad de la discusión que allí se entabla (vide encabezando esta corriente de pensamiento, DE LA OLIVA SANTOS, A., *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, Madrid, 2005, pp. 135-152), aunque no se trata de una posición monolítica, ya que, por ejemplo, el autor citado acaba sorprendiéndonos al señalar que, de volver a plantearse la cuestión en un proceso posterior, ello implicaría atentar contra la economía procesal y un abuso del proceso (pp. 140-152). La afirmación es más llamativa si se tiene en cuenta que el artículo 447 LEC precluye expresamente la cosa juzgada respecto de determinados procesos sumarios, lo cual nos lleva a preguntarnos cómo puede haber abuso en un segundo proceso, cuando la propia ley veta la cosa juzgada en el primero (recuérdese que el precepto citado se refiere sólo a determinados procesos sumarios, que no a los incidentes). La propia contradicción alienta la comprensión de que existe un «acercamiento», al menos en las consecuencias, al segundo sector doctrinal. Así, de otra parte, este otro sector doctrinal hace hincapié en la discusión ante un tercero imparcial, en la oportunidad procesal que se abre a las partes de discutir sobre su derecho ante un juez y, por tanto, de ver resuelta su cuita con carácter definitivo (vide por todos, NIEVA FENOLL, J., *La cosa juzgada*, Barcelona, 2006, pp. 119-121, y en referencia concreta a la cosa juzgada en los procesos sumarios, pp. 153-164). Optar por esta segunda opinión elimina la posibilidad de decisiones contradictorias, posibilidad más evidente si se aplica al reconocimiento de decisiones extranjeras. De acuerdo con esta teoría, el límite de la cosa juzgada vendría dado por las posibilidades de discusión que se hubieran dado a las partes y que permiten afirmar que también hay cosa

juzgada en procesos sumarios, aunque después se vuelva a discutir sobre lo mismo, pero por motivos distintos.

Cuando el objeto del incidente es el reconocimiento, la cognición, paradójicamente, es completa, esto es, más completa que la que acontece en el procedimiento recogido en los artículos 955 a 958 LEC 1881, ya que se admite prueba y cabe interponer recursos, cuestión nada clara en el exequátur (vide, respectivamente, arts. 392 y 393.5 LEC). En definitiva y aunque no sea éste el lugar más apropiado, quiero romper una lanza a favor de la cosa juzgada de la decisión sobre el reconocimiento tomada en un procedimiento incidental, en tanto que sólo alguna opinión doctrinal impide la aceptación de su firmeza. Más dudas plantea la obtención de la eficacia ejecutiva de la decisión extranjera a través del procedimiento incidental de los artículos 387 y ss. LEC (dudas de carácter formal, ya que, en la práctica, una vez que conseguimos reconocer la decisión con efectos vinculantes, no hay alternativa para el juez de la ejecución): del mismo modo que en los Reglamentos comunitarios se establece un procedimiento específico para conseguir la declaración de ejecutividad, el enunciado del Título VIII del Libro Segundo de la LEC 1881, cuya Sección 2.<sup>a</sup> se ocupa de las «sentencias dictadas por tribunales extranjeros», se refiere a «la ejecución de las sentencias», de manera que no parece que quepa eludir la declaración a título principal de la ejecutividad, si se quiere conseguir la ejecución de la decisión extranjera.

4. Por último, una breve referencia a la cautela que se introduce en el artículo 86 ter 3 y que deja a salvo «lo acordado en los tratados y otras normas internacionales» que pudieran designar como competente para el reconocimiento un órgano distinto de los Juzgados de lo Mercantil. No cabe discutir esta cautela, dada la amplitud de las materias atribuidas a dicho órgano especializado, aunque también es innecesaria por los principios de jerarquía normativa y especialización; en todo caso, es una buena oportunidad para volver sobre la *vis atractiva concursus*. La Ley Concursal, que parte de una fuerza atractiva del concurso *quasi* absoluta, limita la misma en el ámbito internacional a las «acciones que tengan su fundamento jurídico en la legislación concursal y guarden una relación inmediata con el concurso» (art. 11 LC). Dejando a un lado el análisis de cuáles sean estas acciones [en nuestra doctrina, vide ESPINIELLA MENÉNDEZ, A., «Artículo 11», *Comentarios a la Legislación Concursal* (Sánchez-Calero, J., Guilarte Gutiérrez, V.), t. I, Valladolid, 2004, pp. 329-351, pp. 339-347], quedan fuera todas aquellas que se establen para discutir de bienes o derechos del deudor, al margen del procedimiento de insolvencia, como por ejemplo, la discusión sobre el impago en el marco de un contrato que vincula al concursado con un tercero, o sobre la propiedad de mercancías. Esta restricción se proyecta sobre el reconocimiento, en la medida en que el artículo 222 LEC se refiere a estas y sólo estas acciones a la hora de fijar los motivos de denegación del reconocimiento.

El artículo 87 ter 3 LOPJ refiere a «cuando éstas versen sobre materias de su competencia». Ello podría implicar que aquellas decisiones extranjeras recaídas en acciones no concursales, según la definición del artículo 11 LC, deberían someterse a reconocimiento de los Juzgados de Primera Instancia. Sin embargo, esta interpretación se cohonestaría mal con el carácter de «órganos de primera instancia» de los Juzgados de lo Mercantil, así como con alcance de la fuerza atractiva concursal en el orden interno (art. 8 LC); esto es, carecería de sentido que, por el hecho de que la acción versara sobre una situación privada internacional, su tratamiento fuera diverso del prescrito por la Ley Concursal para el caso de la insolvencia del deudor (supuesto en el que funcionarían como reglas de aplicación de la competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil los arts. 50 y 51 LC); por lo mismo, también carecería de sentido que el reconocimiento de las decisiones recaídas en acciones no concursales se residenciara ante los Juzgados de Primera Instancia, que no ante los Juzgados de lo Mercantil, en particular, cuando ello supondría un presupuesto, por ejemplo, de su competencia de reconocer los créditos del deudor. Por tanto, la referencia del artículo 87 ter 3 LOPJ debe entenderse en sentido

amplio, en coordinación con el artículo 8 LC, que no con el 11 ni con el 222 de la misma Ley. A este tratamiento procesal sólo cabe hacer una puntualización, que serviría para llenar la salvedad hecha en el precepto comentado a «lo acordado en los tratados y otras normas internacionales» que pudieran designar como competente para el reconocimiento un órgano distinto de los Juzgados de lo Mercantil: si la decisión proviene de un Estado miembro, la declaración de ejecutividad ha de obtenerse a través de un procedimiento específico, el previsto en el Reglamento núm. 44/2001, procedimiento que ha de respetarse; el artículo 86.1 LC señala como procedimiento para el reconocimiento el incidente concursal, procedimiento que entra en contradicción con lo dispuesto en el Reglamento núm. 44/2001, donde además existe una lista de órganos ante los que solicitar la mencionada declaración y entre los que no están los Juzgados de lo Mercantil (específicamente sobre este problema, vide OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, P., *Inclusión...* cit., pp. 250-259). Por mi parte, entiendo que el efecto directo y la primacía de los Reglamentos comunitarios debieran prevalecer sobre el mandato del artículo 86.1 LC y debiera admitirse también la tramitación de dicho procedimiento ante los Juzgados de lo Mercantil.

Laura CARBALLO

## 5. LA XVII SESIÓN DEL GRUPO EUROPEO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (HAMBURGO, 14-16 DE SEPTIEMBRE DE 2007)

1. Los días 14 a 16 de septiembre de 2007 ha tenido lugar en Hamburgo la XVII 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.). Las reuniones tuvieron lugar en la sede del *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht*, tan lleno de recuerdos para muchos miembros del Grupo y que, en esta ocasión, tenía el atractivo añadido de permitir conocer las nuevas instalaciones a aquellos que no habían visitado el Instituto recientemente. 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.

2. En este sentido debe hacerse constar que, si bien no es posible reunirse normalmente durante el resto del año, la información y trabajo utilizando la comunicación electrónica es particularmente frecuente y activa. En este caso, y a título únicamente de ejemplo, debe subrayarse la preparación de una respuesta al Libro verde sobre la revisión del acervo comunitario en materia de protección de los consumidores, sobre una versión original de M. Fallon. En relación a otros trabajos, se encuentra un reflejo en la página web del Grupo (<http://www.gedip-egpil.eu>).

3. El punto central de esta reunión ha sido «Derecho internacional privado comunitario y terceros Estados», un tema particularmente preocupante en relación a los Reglamentos Bruselas I y Bruselas II bis. No obstante, la mayor atención se prestó al Reglamento Bruselas I sobre la base de los documentos preparados por el subgrupo «Relaciones externas», que se había constituido en la reunión anterior, en Coimbra. En efecto, en unos detallados documentos se apuntaban los problemas de aplicación en el espacio de los actos comunitarios en materia de competencia judicial internacional y los diferentes problemas que pueden plantearse. Como se señaló en la reunión, el futuro del artículo 4 del Reglamento Bruselas I es particularmente

importante (de ahí el Informe sobre el mismo de A. Nuyts, *Review of the Member States' rules concerning the «residual jurisdiction» of their courts in civil and commercial matters pursuant to the Brussels I and II Regulations*, septiembre de 2007, junto con el informe general de B. Hess –T. Pfeiffer– P. Schlosser, *Report on the application of Regulation Brussels I in the Member States*, septiembre de 2007), ya que el Dictamen del Tribunal de Luxemburgo relativo a la competencia para la conclusión del Convenio revisado de Lugano no es acertado en relación a este tema, ya que resulta muy discutible que el artículo 4 haya comunitarizado las normas internas. Junto a ello se examinan los artículos 22 y 23 y la necesidad de establecer un efecto reflejo (una *règle miroir*) en los supuestos de competencia exclusiva o sumisión a tribunales de terceros Estados, situación que exige someterlo a determinadas condiciones. Asimismo, se examinaron los artículos 27 y ss., para tratar esencialmente del delicado tema de la litispendencia. Como resultado de las largas e intensas sesiones de trabajo se consensuó un texto que ha sido enviado a las instancias comunitarias correspondientes y que dice lo siguiente:

*«Constatando que el desarrollo del espacio judicial europeo amplía la competencia externa de la Unión Europea;*

*Considerando que esta evolución debe entrañar examinar de nuevo las reglas de competencia que derivan del artículo 4 del Reglamento núm. 44/2001, de 22 de diciembre de 2000 (Bruselas I);*

*El Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado estima que:*

*1. Conviene considerar la posibilidad de aplicar ciertas reglas de competencia del Capítulo II del Reglamento núm. 44/2001 a litigios en que el demandado no tiene su domicilio en el territorio de un Estado miembro, incluso añadiendo en este caso criterios de competencia complementarios.*

*2. Cuando ningún tribunal de un Estado miembro sea competente en un caso particular en virtud de las disposiciones del Reglamento 44/2001, conviene establecer competencias residuales basadas, en particular, en la situación del patrimonio del demandado en el territorio de un Estado miembro, en las formas que todavía habría que estudiar.*

*3. En el marco del examen de las reglas consideradas en los apdos. 1 y 2, podría darse al juez la facultad de declinar su competencia a favor de un foro de un Estado no miembro manifiestamente más apropiado.*

*4. Conviene examinar igualmente los efectos que pueden darse a las soluciones consagradas en los artículos 22, 23 y 27 y ss. del Reglamento núm. 44/2001 en las relaciones con Estados no miembros, lo que podría entrañar, además, la unificación de las normas sobre reconocimiento y ejecución de decisiones dictadas en Estados no miembros.*

*5. Conviene examinar estas cuestiones igualmente, mutatis mutandis, en relación al Reglamento núm. 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003 (Bruselas II bis).*

*6. Hay que preservar la compatibilidad de las normas de Derecho comunitario con los instrumentos internacionales que presentan un interés para la Unión Europea, en particular los Convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado.»*

El trabajo queda, pues, abierto y de ahí, en el momento en que se piensa en la revisión del Reglamento Bruselas I el debate tiene un interés indudable y de ahí que este tema sea central nuevamente para la próxima reunión del Grupo. Entretanto, el subgrupo integrado en esta ocasión por J. Basedow, A. Borrás, M. Fallon, C. Kessejian, P. Lagarde y H. D. Tebbens preparará los documentos preliminares y tendrá una reunión en Hamburgo, en febrero de 2008, considerando que no todo puede hacerse por vía electrónica.

4. La reciente adopción del Reglamento 864/2007, de 11 de julio de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones no contractuales («Roma II») (DO L 199, de 31 de julio de 2007)

y el hecho que el GEDIP hubiera realizado una propuesta al respecto en su reunión de Luxemburgo (25-27 de septiembre de 1998, en esta *Revista*, nota de información con J. D. González Campos, 1998, 2, pp. 296-298) llevó a dedicar una parte de las sesiones de trabajo a estudiar el nuevo texto y sus problemas, sobre la base de un documento preparado por K. Kreuzer en que se examinaban ambos textos en paralelo. Se señalaron las contradicciones que el texto contiene, la dificultad de comprensión de algunas de sus normas (como el art. 12 relativo a la culpa *in contrahendo*), las posibles lagunas (como en relación al *depaçage* o a la responsabilidad derivada de comercialización por Internet). Como un tema general, surge la cuestión relativa a la relación entre los considerandos y el texto del Reglamento, ya que hay algunos considerandos que son casi reglas (como, por ejemplo, el considerando 33). Se considera que habría que discutir el valor de los considerandos, en un momento en que ya no es posible disponer de un Informe explicativo por tratarse de actos de Derecho derivado. Considerándose, en conjunto, que el nuevo Reglamento constituye un progreso y es positivo, quedan muchas cuestiones abiertas que, sin duda, serán objeto de examen en muchos otros foros en Europa.

5. Habiendo adoptado un texto el GEDIP en materia de ley aplicable al divorcio (Roma III) en su reunión de Viena (en 2003, en esta *Revista*, nota en colaboración con J. D. González Campos, 2003, 2, pp. 1119-1122), se decidió en la reunión de Chania (Grecia) reabrir la discusión una vez que la Comisión hubiera presentado su propuesta, como hizo en 2006, lo que condujo a un primer examen en la reunión de Coimbra (en 2006, nota de A. Borrás en esta *Revista*, 2006, 2, en prensa). Se examinan, en particular, las cuestiones relativas a las competencias residuales o subsidiarias, con lo que se conecta directamente con el tema de los efectos *ad extra* de la comunitarización, y las cuestiones relativas a la ley aplicable a la separación y al divorcio, discutiéndose largamente el orden de las conexiones en ausencia de elección de la ley aplicable por las partes.

6. Como viene siendo habitual, Ch. Kohler y E. Jayme habían preparado un documento conteniendo los principales desarrollos comunitarios que afectan al Derecho internacional privado. En esta ocasión se han centrado esencialmente en el Proyecto de tratado modificando el TUE y el TCE y tomando en consideración que el nuevo texto va a adoptarse, previsiblemente, antes de fin de 2007. Subraya en su intervención Ch. Kohler el lugar que ocupa el Derecho internacional privado, ya que se ha producido un cambio en el cuadro sistemático importante, aunque pueda considerarse relativo, ya que en el artículo 3, apdo. 2, del TUE la cooperación civil, integrante del espacio de libertad, seguridad y justicia, precede al Mercado interior, que aparece en el apdo. 3. Se examina después el contenido del nuevo artículo 69D, destinado a sustituir al actual artículo 65, destacando como si bien se mantiene la limitación a los casos transfronterizos, lo que es importante para las cuestiones procesales como se ha visto en los textos recientemente adoptados, se suaviza el vínculo con el mercado interior, pues sólo aparece como una ilustración de la necesidad de las medidas (*particularly when necessary for the proper functioning of the internal market*). Una atención especial se presta a la introducción de una importante novedad en el ámbito del Derecho de familia, puesto que para utilizar el procedimiento legislativo ordinario y no la unanimidad, se modifica la norma ahora existente en el sentido de que se implica a los Parlamentos nacionales, que adquieren un verdadero derecho de veto, ya que la oposición de un solo Parlamento nacional bloquea la adopción de la decisión que permitiría utilizar la «pasarela».

Aun tratándose de un instrumento adoptado con anterioridad, E. Jayme realiza unas consideraciones en torno a la Directiva 2001/84/CE, de 27 de septiembre de 2001 relativa al derecho de participación en beneficio del autor de una obra de arte original (DO L 272, de 13 de octubre de 2001), que puede dar lugar a muchos conflictos de leyes, en particular por la diversidad entre las normas de transposición. La ausencia de norma de conflicto para la determinación de la ley aplicable a la venta que da lugar al derecho de participación es una laguna a la que debe prestarse atención. Por otra parte, hay un problema calificativo en relación a los «derechoha-

bientes» (art. 6), que son entendidos de diversa forma en los diversos países, con una complejidad añadida cuando los beneficiarios se encuentran en un tercer Estado (art. 7).

7. La Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de junio de 2007, en el asunto *Wagner et J. M. W. L. c. Luxembourg* (Requête núm. 76240/01) es objeto de comentario por parte de P. Kinsh, dando lugar a un animado debate. El asunto se refiere al no reconocimiento en Luxemburgo de una sentencia peruana de adopción plena realizada por una soltera por la razón que en Luxemburgo la adopción plena está abierta sólo a las parejas casadas, mientras que los solteros sólo pueden adoptar en forma simple. La particularidad del caso radica en que durante muchos años la práctica de los encargados del Registro civil en Luxemburgo había sido la de aceptar la transcripción de las sentencias extranjeras de adopción plena peruanas sin solicitar el exequátur y sin proceder incluso a controlar de forma incidental las condiciones legales. Pero esa práctica, generosa hacia las adopciones pero de dudosa legalidad, cesó en 1994. La Sra. Wagner, soltera luxemburguesa domiciliada en Luxemburgo, adoptó de forma plena en Perú y se le denegó la inscripción. Después de diversos incidentes, acudió al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, alegando la violación del artículo 8 del Convenio (derecho al respeto a la vida familiar). La solución del caso, utilizando el argumento de la proporcionalidad de las medidas luxemburguesas, no se preocupa de las normas luxemburguesas de Derecho internacional privado y, por tanto, es objeto de un examen por el Grupo, sobre todo desde la perspectiva del interés superior del niño (apdos. 132 y 133 de la Sentencia) y de la validez de los argumentos utilizados, ya que existe el peligro que estos argumentos puedan conducir al reconocimiento de adopciones que carezcan de los elementos esenciales de la institución y, en particular, a la luz del Convenio de La Haya de 1993.

8. Como viene siendo habitual, Hans Van Loon, miembro del GEDIP y Secretario General de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado, informó sobre los aspectos más destacados de la vida de la Conferencia en el último año. En primer lugar, se refiere al importante tema de la entrada de la Comunidad Europea como miembro de pleno derecho de la Conferencia de La Haya (al respecto, nota de A. BORRÁS en esta *Revista*, 2007, 1, en prensa y, más ampliamente, en «La Comunidad Europea como miembro de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado», *Anuario Español de Derecho internacional privado*, 2007, en prensa) y las consecuencias que de ello se derivan. En segundo lugar, se refiere también al ingreso de la India como miembro de la Conferencia, en la línea de universalización de la Conferencia. En tercer lugar, se refiere al estado de diversos Convenios y, en particular, a la ratificación del Convenio sobre acuerdos de elección de foro por México, que ha sido la primera, y al estado de los recientes Convenios sobre valores, protección de niños, protección de adultos, así como del Convenio sobre *trust*. En cuarto lugar, se refiere a los trabajos en curso en materia de obligaciones alimenticias (al respecto, nota en colaboración con Carmen PARRA, en esta *Revista*, 2007, 1, en prensa). En quinto y último lugar, se refiere a los posibles trabajos futuros, con especial atención en el tema de la administración del Derecho extranjero y los aspectos de las migraciones que pueden afectar al Derecho internacional privado.

9. La Comisión Europea viene siendo invitada habitualmente a la parte científica de la reunión anual del GEDIP, interesándose por los trabajos del Grupo y facilitando información sobre los trabajos en curso en la Comunidad y las perspectivas de futuro. Muestran su optimismo en relación a las realizaciones después del Programa de La Haya y solicitan ideas del GEDIP para lo que pueda hacerse en el período 2010-2015. En relación a los trabajos en curso, muestra la esperanza de que en un breve período se adopte el Reglamento «Roma I» y que también en un plazo breve se adopte el Reglamento «Roma III». Subraya la importancia de la evaluación de diversos instrumentos comunitarios y, en particular, la revisión del Reglamento Bruselas I, teniendo prevista una propuesta para el 2.º semestre de 2008. Finalmente, se refiere al tema de la elaboración de un Reglamento en materia de alimentos, su relación con los instrumentos en preparación en La Haya y la particularidad que represente, en el cuadro de los ali-

mentos, redelegar en los Estados miembros la celebración de acuerdos con terceros Estados, ya que habría problemas si lo hiciera la propia Comunidad Europea, siguiendo el modelo del Reglamento 847/2004 en materia de transportes (*DOUE* de 30 de abril de 2004).

10. La sesión administrativa, abierta sólo a los miembros del Grupo, tuvo lugar en la mañana del domingo 16 de septiembre. En lo que interesa a esta crónica, debe indicarse que se aceptó la invitación de Helge J. Thue para celebrar la Sesión de 2008 en Bergen (Noruega) entre los días 19 a 21 de septiembre, la cual tendrá como título genérico «Comunitarización del Derecho internacional privado y terceros Estados», continuando los trabajos en curso e introduciendo algunos nuevos. Para los años siguientes, L. Forlatti-Picchio mantiene su invitación para celebrar la Sesión de 2009 en Padua (Italia) y Pieter Nielsen se ofrece como anfitrión para la reunión de 2010 en Copenhague (Dinamarca).

11. Finalmente, y también como es habitual, debe resaltarse la excelente organización y acogida de Jürgen Basedow, uno de los directores del *Max-Planck-Institut* de Hamburgo, y de sus colaboradores, cuya dedicación a atender a los miembros del GEDIP es digna de subrayar. Asimismo, junto a un esmerado programa para los acompañantes, los miembros del Grupo también pudieron disfrutar de algunos momentos de descanso, cenando en el *Jungfernstieg*, junto al *Binnenalster*, o para visitar en alguna breve pausa alguna de las muchas exposiciones que los museos de Hamburgo ofrecen o, incluso, llegar hasta los *Landungsbrücken*, en el Elba.

Alegría BORRÁS

## 6. PROPUESTAS PARA LA MEJORA DE LA PROTECCIÓN TRANSFRONTERIZA DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL: LOS TRABAJOS DEL ALI Y DEL GRUPO EUROPEO MAX PLANCK

1. El creciente alcance transfronterizo y la cada vez mayor complejidad de las actividades de explotación e infracción de la propiedad intelectual han contribuido a acentuar el debate sobre la oportunidad de revisar el tratamiento que la protección de los bienes inmateriales recibe en los sistemas de DIPr así como a aumentar el interés por el progresivo desarrollo de estándares internacionales que favorezcan una más eficaz tutela transfronteriza de la propiedad intelectual. En lo relativo a la dimensión procesal, la imposibilidad de concluir con éxito las negociaciones en el seno de la Conferencia de La Haya encaminadas a la elaboración de un convenio multilateral sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de decisiones en materia civil y mercantil, en el que los aspectos relativos a la propiedad intelectual habían merecido significativa atención, contribuyó a partir de 2001 a la búsqueda de vías alternativas para la elaboración de reglas o estándares internacionales en la materia. Ciertamente, pese al progresivo desarrollo de estándares materiales e incluso procesales comunes a escala internacional sobre protección de la propiedad intelectual, fundamentalmente en el marco de la OMPI y, sobre todo, del Acuerdo ADPIC de la OMC, no se han desarrollado en el seno de organizaciones intergubernamentales reglas sobre el tratamiento de los litigios privados transnacionales relativos a derechos de propiedad intelectual.

Hasta el momento, proyectos dedicados a elaborar conjuntos de reglas, principios o estándares reguladores de los aspectos de competencia judicial, derecho aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones han alcanzado un notable desarrollo en el seno de dos instituciones o grupos: el *American Law Institute* (ALI) y el Grupo europeo Max-Planck sobre DIPr de la propiedad intelectual. Los motivos que fundamentan la actividad de los dos proyectos y sus objetivos son en parte coincidentes, si bien el distinto contexto en el que

surgen y se desarrollan determina que los planteamientos y enfoques sean en buena medida diferentes y muy posiblemente complementarios, de cara a la formulación futura de reglas con mayores posibilidades de ser aceptadas como estándares internacionales. Esta posibilidad se ve además favorecida por la existencia de influencias mutuas entre los dos proyectos y se puede ver complementada por la anunciada puesta en marcha de otro proyecto similar en el entorno japonés.

2. Común a los proyectos del ALI y del Grupo europeo Max-Planck es la idea de que un mayor desarrollo de las reglas de DIPr en el sector de la propiedad intelectual –en el sentido amplio del término, acorde con el significado que tiene en el Acuerdo ADPIC– puede contribuir decisivamente a mejorar la tutela de tales derechos en el plano internacional, siendo para ello apropiado combinar los esfuerzos de especialistas en cada uno de los dos sectores. Esa idea se relaciona también con el criterio de que en la actualidad la aplicación de las reglas tradicionales de DIPr no facilita en ciertas situaciones respuestas apropiadas para lograr una eficaz protección internacional de la propiedad intelectual.

En este sentido, destaca la convicción de que la necesidad de presentar demandas por separado ante una pluralidad de jurisdicciones en aquellos casos que implican actos de infracción de derechos de propiedad intelectual relativos a diferentes países por un mismo demandado –o varios demandados con particulares vínculos entre sí– puede en ocasiones generar inseguridad jurídica, costes excesivos e incluso menoscabar las posibilidades de obtener una reparación efectiva frente a tales infracciones. Por ello, ambos proyectos comparten la idea de que facilitar que un tribunal pueda conocer de reclamaciones relativas a la infracción de derechos de propiedad intelectual de varios países puede aportar significativos beneficios, al evitar la necesidad de presentar múltiples demandas simultáneas ante diferentes jurisdicciones, limitando el riesgo de decisiones contradictorias y facilitando al titular de derechos una vía menos costosa para obtener en el plano internacional una tutela efectiva de sus derechos de propiedad intelectual.

Proporcionar reglas apropiadas a tal fin obliga a tomar postura en el seno de los referidos grupos sobre cuestiones tan controvertidas como: la concreción del lugar de infracción de la propiedad intelectual a los efectos de atribuir competencia judicial internacional en litigios relativos a actividades que repercuten simultáneamente en un gran número de jurisdicciones; el alcance de la competencia exclusiva en materia de validez y existencia de derechos de propiedad industrial y sus implicaciones sobre la tramitación de litigios relativos a la infracción de derechos de propiedad industrial extranjeros; o el nivel de conexión entre codemandados requerido para admitir la posibilidad de demandar conjuntamente ante los tribunales del domicilio de cualquiera de ellos a varios infractores de derechos de países diferentes relativos a la protección de una misma invención, creación, signo o diseño en distintos territorios.

3. Otra preocupación compartida por ambos proyectos es la necesidad de abordar la tensión entre la estricta territorialidad característica de los derechos de propiedad intelectual y el desarrollo de medios de difusión de contenidos que presentan alcance mundial. Estos medios hacen posible actividades de explotación e infracción de derechos con impacto en múltiples países al mismo tiempo (e incluso potencialmente en todo el mundo). La necesidad de aplicar cumulativamente cada una de las leyes de los países para los que se reclama la protección puede dificultar en la práctica la posibilidad de obtener una tutela efectiva frente a actividades de infracción de derechos cometidas a través de esos medios, sin desconocer, no obstante, que los avances en la armonización internacional de las normas sustantivas sobre propiedad intelectual puede facilitar en la práctica la aplicación de leyes extranjeras en esta materia.

En todo caso, en el actual contexto tecnológico resulta de especial relevancia la reflexión acerca de si en determinadas situaciones podría ser apropiado que las normas sobre derecho aplicable a la protección de la propiedad intelectual –sin cuestionar la naturaleza territorial de los derechos ni el carácter básico de la regla *lex loci protectionis*– contemplaran ciertas excep-



ciones o limitaciones puntuales a la imperativa aplicación de cada una de las leyes de los países para los que simultáneamente se reclama la protección. No obstante, la determinación de en qué supuestos excepcionales esa posibilidad podría llegar a ser admitida y qué criterio determinaría la ley aplicable a esas situaciones es también objeto de especial controversia. Además, la reciente unificación de las normas sobre ley aplicable en el seno de la UE Reglamento (CE) 864/2007, de 11 de julio de 2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) reafirma con carácter general en su artículo 8 el criterio tradicional de que la ley aplicable a la obligación extracontractual derivada de una infracción de un derecho de propiedad intelectual es la del país para cuyo territorio se reclama la protección, rechazando la posibilidad de que la ley aplicable en virtud de esa norma pueda ser excluida mediante un acuerdo entre las partes.

4. En el seno del ALI el texto del proyecto sobre los Principios relativos a la competencia judicial, la ley aplicable y el reconocimiento de decisiones en litigios transnacionales relativos a la propiedad intelectual fue aprobado el 14 de mayo de 2007, estando previsto que el texto oficial definitivo se publique a principios de 2008, una vez revisado por los redactores. En la versión aprobada, la de la Propuesta final de 30 de marzo de 2007, se trata de un elaborado conjunto de principios, acompañados de valiosos comentarios explicativos y notas. Las reglas que incorpora abarcan los tres sectores característicos del núcleo del DIPr. Destaca también que en relación con la competencia judicial contempla mecanismos específicos de coordinación entre tribunales de diferentes Estados para tratar de evitar la tramitación de procesos paralelos sobre un mismo asunto o asuntos conexos en varias jurisdicciones. Por obvios motivos de espacio no cabe realizar aquí un análisis del contenido de estos Principios.

Acerca del potencial significado de estos Principios con vistas a la creación o consolidación de estándares internacionalmente aceptados, cabe reseñar que el resultado alcanzado refleja en buena medida el especial esfuerzo realizado en el marco del ALI por tratar de que el texto no fuera un producto exclusivamente estadounidense ni siquiera de la órbita del *common law*, sino que incluyera categorías de otros sistemas jurídicos y muy especialmente del entorno europeo. A este respecto, además de la participación de especialistas no estadounidenses en la redacción de los Principios, cabe reseñar que en sus comentarios y notas se hacen numerosas referencias a fuentes extranjeras, con utilización frecuente de precedentes legislativos, jurisprudenciales y doctrinales europeos, incluidos los trabajos del mencionado Grupo europeo Max Planck. En ese sentido, entre otros muchos ejemplos, resulta significativa la referencia a la doctrina de la prestación característica en el comentario que justifica la regla –§ 315 de los Principios– según la cual se presume que el país con el que los contratos de cesión o licencia se hallan más estrechamente conectados es el de la residencia del cedente o licenciante (aunque al tiempo de ejecución del contrato). Pese a la influencia de los precedentes europeos, no cabe sin embargo desconocer que en su conjunto los Principios del ALI se caracterizan por un empleo reiterado de categorías propias del sistema jurídico estadounidense, lo que unido a una orientación muy favorable a los intereses empresariales en la formulación de algunas de sus reglas puede menoscabar su impacto como fuente de estándares internacionalmente aceptados.

Los Principios del ALI son también reflejo de las dificultades que en la práctica presenta concretar la eficacia y ámbito de aplicación de este tipo de recopilaciones de reglas con aspiración internacional. En concreto, sus normas sobre reconocimiento y ejecución aparecen configuradas para ser de aplicación sólo cuando se pretende la eficacia de una resolución en la que el tribunal extranjero ha aplicado los Principios, como se afirma expresamente en la § 401 de los Principios (y en la Nota Introductoria a la Parte IV de los Principios, que es la relativa al reconocimiento y ejecución). Si bien este enfoque parece corresponderse con el carácter recíproco que con gran frecuencia presentan los instrumentos internacionales en materia de reconocimiento y ejecución de decisiones, lo cierto es que en el contexto de un conjunto de reglas

como estos Principios esa opción puede menoscabar decisivamente su significado práctico. En la medida en que los Principios no están destinados a ser como tales un convenio internacional susceptible de ser ratificado por los Estados ni es previsible su incorporación tal cual en las legislaciones nacionales, difícilmente en el futuro próximo un tribunal estatal adoptará una decisión aplicando propiamente los Principios. De modo que el criterio de que sus normas sobre reconocimiento y ejecución sólo deben operar cuando la decisión extranjera aplica los Principios –en caso contrario, la propia § 401 prevé que la eficacia de la decisión debe decidirse con base en la normativa de fuente interna del Estado requerido y no en los Principios– parece menos apropiado que un diseño de este conjunto normativo que admitiera la aplicación de las reglas sobre reconocimiento y ejecución de los Principios a las decisiones extranjeras relativas a litigios transfronterizos sobre propiedad intelectual –para aceptar o rechazar su reconocimiento y ejecución– con independencia de la aplicación de los Principios por el tribunal extranjero del que procede la decisión. Esta posibilidad favorecería el potencial impacto de los Principios como modelo para los legisladores nacionales al adaptar o establecer sus regímenes de reconocimiento y ejecución, así como la posible toma en consideración de los Principios por parte de los tribunales nacionales al aplicar sus reglas de fuente interna sobre reconocimiento y ejecución en el sector de la propiedad intelectual.

5. El Grupo europeo Max-Planck sobre DIPr de la propiedad intelectual (CLIP) fue constituido en 2004 por los Institutos Max Planck de propiedad intelectual (Múnich) y de derecho internacional privado (Hamburgo) y tiene ahora como principal objetivo la culminación de su proyecto de Principios sobre Derecho internacional privado de la propiedad intelectual. Además, desde su creación el Grupo ha actuado como foro de discusión en este sector y formulado propuestas sobre la revisión de las normas comunitarias de competencia judicial internacional y de derecho aplicable en materia de propiedad intelectual. Los documentos elaborados hasta la fecha así como información relevante sobre las actividades del grupo se hallan disponibles en su sitio de Internet, <<http://www.cl-ip.eu>>.

En concreto, entre los documentos redactados por el grupo cabe reseñar los Comentarios relativos a la Propuesta de Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, así como las propuestas para la revisión del Reglamento 44/2001 contenidas en el documento «Exclusive Jurisdiction and Cross Border IP (Patent) Infringement: Suggestions for Amendment of the Brussels I Regulation», que incluye una valoración de las implicaciones de las Sentencias TJCE de 13 de julio de 2006 en los asuntos C-4/03, *GAT*, y C-539/03, *Roche*, acerca de la interpretación de los artículos 22.4 y 6.1 Reglamento 44/2001. Precisamente, la opinión del Grupo Max-Planck en lo relativo a la eventual revisión de la norma sobre pluralidad de demandados contenida en el artículo 6.1 Reglamento 44/2001 para superar ciertas dificultades derivadas de la jurisprudencia *Roche*, en particular en supuestos de infracción de patentes nacionales emanadas de la misma patente europea, ha recibido una acogida muy favorable en el Informe sobre la aplicación del Reglamento 44/2001 en los Estados miembros, presentado en septiembre de 2007 por B. Hess, T. Pfeiffer y P. Schlosser (Study JLS/C4/2005/03, especialmente pp. 348 y 364), que fue encargado por la Comisión CE con el propósito de preparar el Informe sobre la aplicación del Reglamento y, en su caso, propuestas destinadas a su adaptación, que según el artículo 73 Reglamento 44/2001 debe presentar la Comisión al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social (en realidad debía haberlo hecho antes de transcurridos cinco años desde la fecha de entrada en vigor del Reglamento).

En lo relativo a la formulación de sus Principios, el Grupo Europeo Max-Planck celebró una nueva reunión de trabajo los días 9 y 10 de julio de 2007 en Múnich. Objeto de discusión en esta sesión fueron especialmente las propuestas de reglas sobre competencia judicial internacional en materia contractual, en litigios relativos a la infracción de derechos de propiedad intelectual y en los supuestos de pluralidad de demandados, presentadas por Annette Kur. También se alcanzó un acuerdo acerca de la redacción provisional de las reglas sobre

competencia judicial internacional en materia de adopción de medidas provisionales o cautelares, con base en la propuesta elaborada por Christian Heinze. En el ámbito del derecho aplicable, cabe destacar que fue objeto de análisis la posible inclusión de reglas específicas para los contratos de licencia y de suministro de bienes corporales que incorporan derechos de propiedad intelectual concluidos con destinatarios finales, a partir de la propuesta presentada por Axel Metzger.

Tras los avances logrados en la reseñada reunión de Múnich existe ya una versión provisional de la estructura de los Principios y del texto de las reglas en las cuestiones más relevantes objeto de tratamiento en las partes relativas a competencia judicial internacional y ley aplicable. Precisamente, por ello el objeto de la próxima reunión del Grupo, prevista en enero de 2008, estará centrado en las reglas relativas al reconocimiento y ejecución de decisiones.

Pedro A. DE MIGUEL ASENSIO