

CRÓNICA DE ACTUALIDAD DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Coordinador: Iván Heredia Cervantes*

Colaboran en este número:

**M^a Jesús Elvira Benayas, Elisa Torralba Mendiola,
Rosario Espinosa Calabuig, Iñigo Iruretagoiena,
Carlos Nieto Delgado, Mónica Vinaixa Miquel Nerea
Magallón, Sergi Prats Jané, Maria Álvarez Torné**

Sumario

I. FAMILIA Y SUCESIONES

II. DERECHOS REALES

III. OBLIGACIONES CONTRACTUALES

IV. DERECHO CONCURSAL INTERNACIONAL

V. OBLIGACIONES EXTRA CONTRACTUALES

VI. ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

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

I. FAMILIA Y SUCESIONES**

Siguiendo la tónica de la crónica anterior, en el periodo que comprende ésta es abundante la producción de estudios en materia de derecho de familia y más reducida la que se refiere al derecho de sucesiones.

En materia de familia destaca no sólo el aumento de trabajos que analizan las cuestiones derivadas de las uniones de hecho, incluidas las relativas a parejas del mismo sexo (entre otras, S. Tonolo, *Le unione civili nel Diritto internazionale privato*, ed. Giuffré, Milán, 2007; A. Quiñones Escámez, “Propositions pour la formation, la reconnaissance et l’efficacité internationale des unions conjugales ou de couple”, *RCr.* 2007-2, pp. 96 y ss; y A. Quiñones Escámez, *Uniones Conyugales o de Pareja: formación, reconocimiento y eficacia internacional. Actos públicos y hechos (o actos jurídicos) en*

* Profesor Titular de Derecho internacional privado. Universidad Autónoma de Madrid.

** M^a Jesús Elvira Benayas. Profesora Contratada Doctora Derecho internacional privado (UAM).

el Derecho internacional privado, ed. Atelier, Barcelona, 2007; I. Curry-Sumner, "Private International Law Aspects of Homosexual Couples: The Netherlands Report", *Electronic Journal of Comparative Law*, mayo 2007 (www.ejcl.org) sino, también, el de obras que analizan las cuestiones del Derecho europeo de familia, sin duda por el interés que éstas poseen, como demuestra el Eurobarómetro sobre el Derecho de familia publicado recientemente (http://ec.europa.eu/public_opinion/flash/fl188b_en.pdf).

En este sentido, también destacar la entrada en vigor, el 1 de enero de 2007, de Ley suiza sobre parejas registradas del mismo sexo que modifica los arts. 45, 65a a 65d de la Ley suiza de DIPr (*ISDC'S Letter*, núm. 12, febrero 2007. www.isdc.ch).

En el marco europeo de Derecho de familia cabe mencionar, entre otras: AA.VV. *Yuxtaposing Legal Systems and the Principles of European Family Law on Divorce and Maintenance*. E. Öricü/j. Mair (eds). Ed. Intersentia, 2007; AA.VV., *Internacional family law for the European Union*, J. Meeusen, G. Straetmans, M. Pertegás, F. Swennen (eds). Ed. Intersentia, 2007; F. Salerno, "I Criteri di giurisdizione comunitari in materia matrimoniale", *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007-1, pp. 63 y ss; P. Domínguez Lozano, "Nuevas estructuras familiares en la UE", en AA.VV. *Derecho, sociedad y familia: cambio y continuidad. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, edición a cargo de A.M. Morales y J.M^a Miquel, coed. UAM/BOE, Madrid, 2007, pp. 189 y ss; S. Morano-Foadi, "Problems and Challenges in Researching Bi-national migrant families within the European Union", *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2007, pp. 1 y ss. Además, también son destacables las colaboraciones publicadas en la Parte. I de la obra AA.VV. *Hacia la supresión del exequátur en el espacio judicial europeo: el título ejecutivo europeo. "La libre circulación de resoluciones judiciales en la unión europea en materia de Derecho de familia"* (pp.17 y ss) que abordan distintos aspectos de las normas europeas en este ámbito.

En otro orden de cosas, aunque conectado con lo anterior, son destacables dos actos conexos a lo anterior: por una parte, las jornadas celebradas los días 9 y 10 de marzo en la Universidad Carlo Cattaneo bajo el título "EU Harmonization of Private International Law and External Relations in Family and succession Matters"; y, por otra, la Conferencia organizada por la Comisión sobre el derecho europeo de familia y el Departamento de Derecho privado de la Universidad de Oslo, los días 7 a 9 junio 2007 con el título "European challenges in contemporary family law".

Por otra parte, también los problemas que genera el incremento en el movimiento de personas y sus repercusiones en el Derecho de familia son objeto de análisis, incluidos los problemas derivados de la pertenencia de tradiciones culturales diversas . Así, son destacable el trabajo de N. Bouza Vidal , "Inmigración y Derecho internacional privado de la familia", en AA.VV., *Migraciones y desarrollo, II Jornadas Iberoamericanas de Estudios internacionales. Montevideo 25,26 y 27 octubre 2006*, Marcial Pons, 2007, pp. 485 y ss; o el de J. Rehman, "The Sharia, Islamic Family Laws and internacional Human Rights Law: Examining the Theory and Practice of Poligamy and Talaq", *International Journal of Law, Policy and the Family*, 2007, pp. 108 y ss, entre otros.

En lo relativo a la práctica española debemos mencionar los artículos de S. Álvarez González, “Matrimonio entre personas del mismo sexo y doctrina de la DGRN: Una lectura más crítica”, *Diario La Ley*, núm. 6629, 15 enero 2007; y A. L. Calvo-Caravaca/J. Carrascosa González, “Los matrimonios de complacencia y la instrucción de la DGRN de 31 de enero de 2006”, *Diario La Ley*, núm. 6622, 4 enero 2007, conectados con actuaciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Conectada con éste último, destacaremos la Resolución DGRN, de 4 enero 2007 (*BOE* 27 enero 2007) sobre la calificación de matrimonio de conveniencia a un matrimonio celebrado en forma coránica.

Por otra parte, son múltiples las Resoluciones de abordan el problema de la eficacia de matrimonios celebrados en el extranjero, por extranjeros cuando alguno de ellos adquiere la nacionalidad española y los problemas de suficiencia y regularidad de los documentos aportados. Así, las Resoluciones de 20 de marzo (*BOE* 21 abril 2007); y de 29 marzo (*BOE* 27 abril 2007).

En materia de régimen económico matrimonial destacaremos el artículo de S.A. Aldeeb Abu-Sahlieh, “Les régimes matrimoniaux en droits arabe et musulman- cas de l’Egypte et du Maroc: normes matérieles et normes de conflit” *Études Suisses de droit comparé*, núm. 8, 11 junio 2007 (www.isdc.ch). La Resolución de 23 de noviembre de 2006 (*BOE* 28 marzo 2007) incide en el tema planteado por aquel ya que en ella se establecen los requisitos para la eficacia de las capitulaciones matrimoniales celebradas en Pakistán, entre española y paquistaní, vinculadas a un matrimonio coránico.

También sobre la determinación del régimen económico matrimonial, aunque en este caso como cuestión previa para realizar una anotación preventiva de embargo, se refiere la Resolución DGRN de 10 de abril (*BOE* 1 junio 2007) en el caso de dos nacionales rusos. En la misma materia encontramos la Resolución de 7 de marzo (*BOE* 28 marzo 2007) en la que se plantea la cuestión de la determinación del régimen económico matrimonial de dos nacionales polacos para practicar la inscripción de un bien inmueble en el Registro de la propiedad. En esta ocasión se entendió preferible postergar este extremo al momento de la enajenación.

En materia de divorcio destacan las resoluciones que tienen por objeto cuestiones vinculadas con la aplicación de los Reglamentos 1347/2000, 2201/2003 y, en algunos casos, también el 44/2001. Así, destacaremos la Sent. Cour cassation 1ere cham. civ. 12 diciembre 2006, núm. 04-15.099 (www.courdecassation.fr); Sent. Cour cassation 1ere cham. civ. 12 diciembre 2006 núm. 04-11.088 (www.courdecassation.fr) y Sent. Cour cassation 1ere cham. civ. 12 diciembre 2006 núm. 05-16.705 (www.courdecassation.fr), ésta última anotada por J.G. Mahinga (*Recueil Dalloz*, 2007, núm. 11, pp. 781 y ss); Sent. Court of Appeal (Civil Division), 20 abril 2007, asunto Moore c. Moore (www.bailii.org) o la Sent. Østre Landsret danés, de 24 de octubre de 2006, asunto M. c. H., *ILP*, 2007-8, pp. 516 y ss., en la que finalmente se aplicaría el Convenio nórdico sobre matrimonio.

En esta misma línea de problemas se encuentra la petición de decisión prejudicial planteada por el Högsta domstolen sueco, asunto C-68/07, 12 febrero 2007 en relación a la aplicación del art. 3 del Reglamento 2201/2003 (*DO* núm. C 82, 14 abril 2007).

Asimismo, cabe señalar la Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial, de 28 de junio de 2007 (núm. 11295/07 [PDF](#)).

Para concluir con esta materia tres decisiones a mencionar. La primera es la Sent. English Court of Appeal (Civil Division), de 6 marzo 2007, asunto Bentick c. Bentick, *ILP*, 2007-6, pp. 391 y ss, en la que el tribunal debe pronunciarse sobre la validez o no de una cláusula de sumisión contenida en un acuerdo prematrimonial y la competencia, o no, de los tribunales británicos.

La segunda, es la Resolución de la DGRN, de 23 de mayo (*BOE* 16 junio 2007) en la que se negaba la inscripción de un matrimonio celebrado entre españoles en Venezuela por existencia de otro anterior. No se había solicitado el exequátur de la sentencia venezolana de divorcio por lo que no existía constancia registral de la disolución del vínculo previo.

Por último, aludir a la polémica Sentencia Amtsgericht Frankfurt am Main, de 21 de marzo de 2007 (cuyo extracto puede consultarse en www.ag-frankfurt.justiz.hessen.de) en la que una juez alemana inadmitía una demanda de divorcio de una mujer de nacionalidad marroquí, que había contraído matrimonio en Marruecos conforme al rito coránico con otro nacional marroquí y, ambos residentes en Alemania, por entender que en la cultura musulmana los malos tratos son consustanciales a la misma y que, por ende, no pueden justificar la disolución del matrimonio en una cultura en la que estas prácticas son aceptadas.

La adopción internacional sigue siendo una abundante fuente de obras. Así, entre otras, destacaremos M. Guzmán Peces, *La adopción internacional. Guía para adoptantes, mediadores y juristas*, ed. La Ley, Madrid, 2007; G. Esteban de La Rosa/ F. Calvo Babío, *Regulación de la adopción internacional. Nuevos problemas, nuevas soluciones*, ed. Aranzadi, Navarra, 2007; o el artículo de H. Fulchiron, “Adoption sur *kafala* ne vaut (à propos des arrêts Civ. 1re 10 octobre 2006)” *Recueil Dalloz*, núm. 12, pp. 816 y ss.

En relación con ésta, por último, hacer mención a la Resolución de la DGRN de 14 de marzo de 2007 (*BOE* 27 abril 2007) sobre la inscripción de una adopción realizada en la India y la competencia concurrente registros consulares y los del domicilio del adoptante, así como al Proyecto de Ley de adopción internacional, de 26 de junio de 2007 (*Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie A*, núm. 143-1, 29 junio 2007).

Por lo que se refiere a la materia de obligaciones de alimentos debemos destacar la Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos, de 28 junio 2007 (núm. 11281/07 [PDF](#)).

También es preciso referirnos a la jurisprudencia comparada. En este sentido, citaremos la Sent. OGH de 13 febrero 2007 en la que se aplicó el Convenio de La Haya de 1973 sobre reconocimiento y ejecución decisiones en materia de alimentos para evitar el reconocimiento en Alemania de una sentencia húngara adoptada por encontrarse en Hungría la residencia del acreedor (en *ZfRV*, 2007-3, pp. 115 y ss). En este mismo sentido (excepciones para el reconocimiento) debe referirse la Sent. Frostating Lagmannsrett noruego, de 4 mayo 2007 (citada en www.conflictoflaws.net, de 11 junio 2007). En ella se plantea el reconocimiento en Noruega de una sentencia alemana relativa a alimentos. No obstante, tal efecto pretende evitarse al amparo de los arts. 34-37 del Convenio de Lugano ya que existe una sentencia alemana posterior a la de alimentos que declara insolvente al deudor de los alimentos por lo se consideran aplicables las excepciones del art. 2 (sic) del Convenio de La Haya de 1973 sobre reconocimiento y ejecución deudas alimentos al existir incompatibilidad entre ambas resoluciones.

Para concluir con esta materia, cabe recordar la Sent. Cour cass (1re ch. Civ) de 23 de enero de 2007 (www.courdecassation.fr) comentada por P. Lagarde, *RCr.* 2007-2, pp. 403 y ss en la que se determina la norma aplicable a los alimentos conforme al Convenio de La Haya de 1973 relativo al derecho aplicable.

Respecto a las relaciones paterno-filiales, sólo mencionar el trabajo de R. Pawlowski, “Alternative Dispute Resolution for Hague Convention Child Custody Disputes” (*Family Court Review*, 2007, pp. 302 y ss).

Para concluir, y a la espera de que la Comisión cumpla con el encargo del Parlamento Europeo para que elabore una propuesta legislativa en materia de sucesiones *mortis causa* y testamentos (Informe del PE del 16 de octubre de 2006 A6-0359/2006), son escasos los trabajos y actividades destacables. Así, podemos citar el Comentario de sentencia de H. Gaudemet-Tallon, “Comentario a la sentencia de la Cour de cassation, 20 junio 2006” (*Clunet* 2007-1, pp.126 y ss) sobre la ley aplicable a la sucesión que afectaba a un inmueble situado en el extranjero, cuando éste no poseía, al tiempo del fallecimiento, residencia habitual en Francia.

Destacar, asimismo, la conferencia impartida por A. Bonomi el pasado 15 de marzo de 2007 en el ISDC, bajo el título de la “La scission des successions internationales”.

II. DERECHOS REALES*

Los derechos reales y derechos análogos han sido analizados, principalmente, a partir de la labor desarrollada en la CNUDMI y en la Unión Europea. No obstante, también cabe mencionar, con un enfoque más general, los trabajos de Z. Crespi Reghizzi, *Lex rei sitae e disciplina delle garanzie mobiliari nel Diritto internazionale privato*, ed. Guiffré, Milan, 2007; J.J. Forner y Delaygua, “El estatuto real: aspectos generales”, en AA.VV., *Propiedad y Derecho internacional*, J.D. González Campos/P. Blanco Morales (ed), Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2007, pp.75 y ss; o J.L. Gimeno y Gómez-Lafuente, “El reconocimiento automático de documentación extranjera en los Registros de la Propiedad y de bienes Muebles”, *Noticias de la Unión Europea*, 2007, pp. 101 y ss.

En la aplicación jurisprudencial de la regla *lex rei sitae* en la determinación del derecho aplicable a los derechos reales -cuando estos son, concretamente, una obra de arte-, cabe citar la Sent. High Court of Justice. Queen`s Bench Division, de 1 febrero 2007, en asunto The Islamic Republic of Iran c. Denyse Berend (www.bailii.org). En cuanto a los derechos reales sobre créditos dinerarios, se publicó en De CITA (7/8) el trabajo “Las transacciones internacionales sobre créditos en el ordenamiento español: cuestiones jurídico-reales”, escrito por Francisco J. Garcimartín Alférez e Iván Heredia Cervantes.

Sobre el material relacionado con la labor de la CNUDMI, destacaremos el Proyecto de guía legislativa sobre las operaciones garantizadas, elaborado en la reunión del Grupo de Trabajo VI (Garantías reales) celebrado en Nueva York, de 12 a 16 febrero de 2007 (en www.uncitral.org,).

Más prolífica resulta los materiales vinculados con la labor de la Unión Europea, tanto en lo que se refiere a aspectos generales como a aquellos que se refieren a las denominadas propiedades especiales. Además son destacables algunos trabajos que analizan las reglas de competencia judicial internacional relativas a las mismas.

En primer lugar, destacaremos los estudios de M.E. Lauroba Lacasa, *Garantías reales mobiliarias en Europa*, Marcial Pons, Madrid, 2007; A. Bercovitz Rodríguez Cano/A. Arroyo Aparicio, *Derecho de la competencia y propiedad industrial en la Unión Europea*, ed. Aranzadi, Navarra, 2007; o A. F. Salomons, “Deformalisation of Assignment Law and the Position of the Debtor in European Property Law, *European Review of Private Law*, 2007-5, pp. 639 y ss.

Por lo que se refiere a los comentarios sobre las reglas de competencia judicial internacional y, en algunos casos, su aplicación por los tribunales, cabe mencionar P. Torremans, “Exclusive jurisdiction and cross-border IP (patent) infringement:

* M^a Jesús Elvira Benayas. Profesora Contratada Doctora Derecho internacional privado (UAM).

suggestions for amendment of the Brussels I Regulation”, *European Intellectual Property Review*, 2007-5, pp. 195 y ss (www.sweetandmaxwell.co.uk); M. Wilderspin, “La compétence juridictionnelle en matière de litiges concernant la violation des droits de propriété intellectuelle. Les arrêts de la Cour de Justice dans les affaires C-4/30, GAT c. LUK et C-539/03, Roche Nederland c. Primus et Goldberg”, *Revue Critique dipr*, 2006-4, pp. 777 y ss; M. Lehmann/S. Sánchez Lorenzo, “Der Rumpfgerichtsstand für dingliche Klagen nach art. 16 Nr 1 EuGVÜ (Art. 22 Nr1 EuGVVO)”, *IPrax*, 2007-3, pp. 190 y ss; y N. Downes, “Conflicting Interest in Timeshare Contracts Revisited on the Occasion of the ECJ (First Chamber) Case C-73/04 Judgment 13 October 2005, Brigitte and Marcus Klein v. Rhodos Management Ltd”, *European Review of Private Law*, 2007-1, pp. 157 y ss.

Para concluir con este apartado relativo a la Unión Europea, debe mencionarse la Propuesta de Directiva del PE y del Consejo relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos del aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, los productos vacacionales de larga duración, la reventa y el intercambio, Documento COM (2007) 303 final, de 7 junio 2007.

Por último, daremos noticia de distintas iniciativas y proyectos en marcha. En primer lugar, informamos sobre la celebración de un simposio organizado por la Unidad de Derecho internacional privado de la Universidad Libre de Bruselas, en Bruselas, el pasado 2 de marzo de 2007 bajo el título “Judicial Cooperation in Matters of Intellectual Property and Information Technology”.

En segundo lugar, el Grupo Europeo del Max-Planck para los conflictos de leyes (en terminología inglesa, CLIP) en materia de Propiedad intelectual ha abierto al acceso público una dirección de Internet donde se pueden consultar los documentos que elabora así como materiales y noticias de interés relacionados con su objeto de investigación. Esta dirección es: www.cl-ip.eu.

Concluimos con la mención de la actividad que se está desarrollando en el seno de UNIDROIT entorno al Proyecto sobre valores depositados en un intermediario. De entre la multitud de documentos elaborados destacaremos los *Documentos núms. 94* (Doc. 94 anteproyecto de la convención sobre las reglas de derecho material aplicables a los títulos intermediados, adoptado por el comité de expertos gubernamentales los días 21 a 25 de mayo) y *95* (Doc. 95 Informe del Comité de expertos gubernamentales de UNIDROIT para la preparación de un proyecto de convención relativo a las reglas de derecho material aplicables a los títulos intermediados, elaborado del 21 al 25 de mayo de 2007).

III. OBLIGACIONES CONTRACTUALES*

En el periodo que comprende esta crónica, la producción normativa, jurisprudencial y doctrinal se ha desarrollado, principalmente, entorno a tres elementos: 1. el Derecho europeo de los contratos; 2. la aplicación del Convenio de Roma y su conversión en Reglamento comunitario (Roma I); y 3. la labor de la CNUDMI y de UNIDROIT.

Junto a lo anterior, algunos trabajos abordan cuestiones más genéricas sobre la materia contractual. Así, entre otros, cabe destacar la obra de R. Medrán Vioque, *Manual práctico de contratación internacional*, Difusión Jurídica y Temas de actualidad, 2007; A. Viguri Perea, *Los contratos comerciales internacionales análisis de la compraventa desde la perspectiva del Derecho comparado: (Derecho español, Derecho norteamericano, Principios Unidroit y Convención de Viena)*, Colegio de Registradores de la Propiedad, Madrid, 2007; o de J. Coetzee, “Securing the Future of Electronic Sales in the Context of International Sales”, *Vindobona Journal of International Commercial Law & Arbitration*, 2007, pp. 11 y ss (<http://web2.westlaw.com>).

Por lo que respecta al primer bloque (Derecho contractual europeo), debemos señalar los “Comments on the European Commission’s Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I)” *Rabels Zeitschrift*, 2007-2, pp. 225 y ss, elaborados por el Grupo de Trabajo relativo a Roma I perteneciente al Instituto Max Planck de Derecho comparado y derecho internacional privado. Asimismo, son destacables *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa*, F.Ferrari/S. Leible, (eds.), Sellier, European Law Publishers, 2007; R. Zimmermann, “European Contract Law: General Report”, *EuZW*, 2007, pp. 455 y ss; o el artículo de L. Miller, “The common law frame of reference and the feasibility of a common contract law in Europe”, *Journal of business law*, 2007, pp. 378 y ss.

También deben mencionarse los trabajos sobre el mismo tema publicados en *Journal of Private International law*, vol. 3, 2007 (O. Lando/P. A. Nelson, sobre Roma I; A. Dickinson, sobre normas imperativas de terceros Estados en la ley aplicable; o L. Pilles sobre elección ley aplicable en los contratos electrónicos celebrados por consumidores). Igualmente, señalar los artículos doctrinales que analizan aspectos específicos de aquél (M.E. Storme, “Freedom of Contract: Mandatory and Non-Mandatory Rules in European Contract law”, *European Review of Private Law*, 2007-2, pp. 233 y ss).

Por lo que se refiere a las resoluciones relativas a la aplicación de las normas europeas mencionadas, debemos destacar la existencia de un elemento común entre ellas: la cuestión de la determinación del lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda. Así, en primer lugar, la Sent. TJCE de 3 mayo 2007, asunto C-

* M^a Jesús Elvira Benayas. Profesora Contratada Doctora Derecho internacional privado (UAM).

386/05 (Color Crack GMBH c. Lexx Internacional) en la que el Tribunal de Justicia establece una regla de determinación del lugar de cumplimiento cuando éste deba realizarse en distintos lugares dentro de un mismo Estado.

En segundo lugar, también deben mencionarse las Sents. Cour cassation (1ere cham civ) de 23 enero y de 27 marzo de 2007 (ambas en www.courdecassation.fr). En la primera el tribunal se remite al derecho aplicable a la obligación que sirve de base a demanda para determinar su lugar de cumplimiento. Concretamente, el art. 4 del Convenio de Roma de 1980. Y, en la segunda, la determinación del lugar de cumplimiento debe establecerse en relación a un contrato combinado de prestación de servicios y compraventa de bienes.

Para concluir con este apartado, destacar la conferencia “The New European Contract Law: From the Rome Convention to the “Rome I” Regulation”, organizada en Bari por la Fondazione Italiana per il Notariato y la Universidad de Bari y celebrada los días 23 y 24 marzo de 2007.

El segundo bloque de cuestiones se integra por trabajos que abordan distintos aspectos de las actividades desarrolladas en la CNUDMI y en UNIDROIT, así de las normas y reglas concluidas en ellas. Así deben destacarse los estudios de U.Verweyen/V. Foerster/O.Toufar, *Handbuch des Internationalen Warenkaufs UN-Kaufrecht (CISG)*, Richard Boorberg Verlag, Stuttgart, 2007; AA.VV. *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*, J. Felemegas (ed), Cambridge University Press, 2007; M. Heidemann, *Methodology of uniform contract Law the UNIDROIT principles in international legal doctrine and practice*, Springer GmbH & Co., Dordrecht 2007; B. Zeller, *CISG and the unification of International Trade Law*, ed. Routledge, Londres, 2007; y M. P. Perales Viscasillas, “La aplicación jurisprudencial en España de las Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional, los principios UNIDROIT y los Principios de Derecho Contractual Europeo: de la mera referencia a la integración de lagunas”, *Diario La Ley*, núm. 6725, 31 mayo 2007.

Por último, cabe referirse a los trabajos que abordan tipos contractuales concretos.

Así, en relación al contrato individual de trabajo, puede verse el artículo de M.P. Rivas Vallejo, “Ley aplicable y jurisdicción competente en litigios relativos a contratos de trabajo internacionales”, *Actualidad Laboral*, marzo 2007, pp. 557 y ss.

También los contratos de seguros son objeto de análisis en el artículo de A. Th. Müller, “Vers un droit européen d’assurances. Le “Project Group Restatement of European Insurance Contract Law”, *European Review of Private Law*, 2007-1, pp. 59 y ss.

Finalmente, sobre el contrato celebrado por un consumidor, cabe mencionar a M.W. Hessenlik “European Contract Law: A Matter of Consumer Protection, Citizenship, or Justice?”, *European Review of Private Law*, 2007-3, pp. 323 y ss.; y M.B.M. Loos,

“The Influence of European Consumer Law on General Contract Law and the Need for Spontaneous Harmonization”, *European Review of Private Law*, 2007-3, pp. 515 y ss.

IV. DERECHO CONCURSAL INTERNACIONAL *

1. Jurisprudencia

A) *Derecho de la Unión Europea*

La determinación de cuál sea el **Centro de los Intereses Principales** del deudor como elemento delimitador de la competencia de la autoridad ante la que se puede abrir el procedimiento principal de insolvencia sigue siendo una de las cuestiones centrales a las que se enfrenta la jurisprudencia de los Estados miembro de la Unión Europea.

Esa es, efectivamente, la discusión que se plantea en la sentencia de 31 de enero de 2007 del Tribunal de Distrito de Amsterdam (Sección Civil). Los hechos del litigio son los siguientes: Benq Mobile Holding BV (en adelante “Holding”) es una sociedad registrada en Ámsterdam cuya sede estatutaria (registered office) y centro principal de negocios se encuentran también en esa ciudad. Benq Mobile Holding BV es filial 100% de Benq, sociedad taiwanesa. OHG y Wireles son dos sociedades alemanas filiales de Holding.

Holding solicitó en Holanda la suspensión de pagos voluntaria. Dos días después, el 29 de diciembre de 2006, el Amtsgericht de Munich, a solicitud de OHG y Wireles, ordenó el concurso provisional de Holding y nombró un administrador provisional.

El 1 de enero de 2007, por resoluciones separadas, el Amtsgericht de Munich abrió el concurso involuntario de OHG y Wireles y nombró un administrador concursal.

Posteriormente el Tribunal holandés constató que Holding no iba a poder pagar a sus deudores, por lo que, de acuerdo con el artículo 242 de la Dutch Bankruptcy Act, había que retirar la suspensión de pagos y declarar la liquidación involuntaria de la sociedad. Los administradores concursales nombrados en Alemania en los procedimientos que afectan a Holding y a sus filiales alegan que ordenar la liquidación involuntaria es abrir un procedimiento de insolvencia en el sentido del artículo 3.1 del RPI y que no es competente para ello el Tribunal de Ámsterdam, ya que el centro de los intereses principales de Holding no está situado en Holanda, sino en Alemania.

* Elisa C. Torralba Mendiola. Profesora Titular Derecho internacional privado (UAM).

En estas circunstancias el tribunal de Ámsterdam analiza su competencia. Los partidarios de situar el centro de intereses principales en Alemania alegan: el “managing director” de Holding trabaja habitualmente en Munich; es él el que determina las decisiones a adoptar en Holding y sus resoluciones se envían a Ámsterdam sólo para obtener la firma del administrador de Holanda, limitándose éste a firmar los documentos sin comentarios ni instrucciones; todas las filiales de Holding están gestionadas por empleados de OHG desde Munich, a cuyos efectos se otorgaron poderes a favor de OHG, que se conservan en Munich; todas las actividades de tesorería se llevan a cabo en Munich; las copias de las cuentas bancarias de Holding en distintos lugares del mundo se envían a Munich; en los contratos de préstamo entre Holding y sus filiales siempre se declara aplicable la ley alemana y competentes los tribunales de Munich; el administrador de Holding no vive en Holanda y fue nombrado con la única finalidad de dar la impresión a las autoridades holandesas de que el domicilio de la sociedad está en Holanda para acogerse al régimen fiscal holandés; Holding sólo tiene nueve empleados en Holanda, que se limitan a llevar la contabilidad de varias filiales, ya que los asuntos legales y fiscales de Holding se llevan desde el departamento legal y fiscal de OHG en Munich.

Los argumentos de quienes defienden que el centro principal de intereses se sitúa en Holanda son, entre otros: ese es el domicilio que figura en los estatutos; el lugar de negocios actual está en Ámsterdam, donde trabajan nueve personas; el Sr. Lee es el único “managing director” que puede actuar individualmente y vive en Holanda; los empleados no reciben instrucciones desde Munich sino desde Holanda; dos empleados en Holanda son los responsables de los asuntos fiscales de Holding y las cuentas anuales se redactan de acuerdo con la normativa holandesa y se publican en Holanda.

El tribunal holandés cita la sentencia del TJUE en el asunto Eurofood para llegar a la conclusión de que sólo si en el Estado del domicilio estatutario de la sociedad no se desarrolla ninguna, o prácticamente ninguna actividad, puede desvirtuarse la presunción establecida en el RPI de que el centro principal de intereses y el domicilio estatutario coinciden. Dadas las circunstancias del caso, Holanda es el centro de los intereses principales de Holding porque en este país desarrolla la sociedad actividades conocidas por terceros desde un establecimiento permanente que dispone de personal propio, sin que frente a terceros la apariencia sea que Holding sólo actúa desde Munich.

Una vez afirmada su competencia el Tribunal holandés se cuestiona cuál es el momento que hay que tomar en consideración para entender abierto el concurso, ya que asume que, de haberse abierto primero en Alemania, éste debe considerarse concurso principal, pese a la afirmación del párrafo anterior. La cuestión es si la suspensión de pagos voluntaria que se abrió en Holanda ya puede considerarse inicio del procedimiento concursal, lo que nos sitúa en una fecha anterior a la apertura del concurso en Alemania, o si aquel no se inicia hasta que se abre el procedimiento de liquidación involuntaria, lo que nos situaría en una fecha posterior. El Tribunal llega a la conclusión de que la liquidación involuntaria es continuación de la suspensión y que la fecha relevante es la del inicio de ésta, por lo que el procedimiento abierto en Ámsterdam es anterior al alemán (www.eir-database.com/download/cases/181/174).

En relación con el mismo deudor insolvente el AG de Munich dictó el 5 de febrero de 2007 una resolución en la que afirma su competencia para la apertura de un procedimiento secundario, considerando que no procede la apertura de uno principal porque éste ya ha sido abierto en Holanda, donde se había iniciado dos días antes que el que se instó en Alemania (www.eir-database.com/download/cases/181/173).

Por otra parte, tanto el texto del RPI como la delimitación del concepto “centro de intereses principales” realizada por el TJUE con la sentencia Eurofood son utilizados por tribunales de terceros Estados en apoyo de sus tesis. Es lo que ocurre en la sentencia del Tribunal de Insolvencias del Distrito Sur de Nueva York, en la que al plantearse el reconocimiento en Nueva York de un procedimiento de insolvencia abierto en las islas Caimán aquel se deniega tanto a título principal como secundario. Para llegar a esta conclusión el tribunal analiza si el centro principal de intereses de los deudores está en Caimán y concluye que no es así utilizando para definir este concepto, junto a otros argumentos, la mencionada concepción comunitaria (www.mofo.comdocs/pdf/BearSteamsOpinion0907.pdf).

Por otra parte, la determinación de la *lex societatis* es una cuestión que está ocupando a los tribunales alemanes con cierta frecuencia tras las conclusiones a las que obligatoriamente conduce la jurisprudencia del TJUE iniciada con la sentencia Centros. En ciertos casos la cuestión se plantea en asuntos situados en el ámbito concursal. Es el caso de la sentencia de 20 de febrero de 2007 en la que el Tribunal Regional de Duigsburg se enfrenta a la determinación de la *lex societatis* de una sociedad constituida conforme al Derecho inglés pero con sede real en Alemania en un litigio en materia concursal: en Alemania se insta la insolvencia de una SRL de derecho inglés cuyo asiento en el registro inglés (Cardiff) fue cancelado. Como consecuencia de ello el Amstgericht decidió que no procedía abrir el concurso porque la sociedad inglesa había dejado de existir. Frente a ello recurre la demandante, recurso que se resuelve mediante la sentencia que recogemos.

El tema que se plantea es cuál es la ley que tiene que determinar en este caso si la sociedad se halla efectivamente disuelta como consecuencia de la cancelación registral. El tribunal recuerda la jurisprudencia del Tribunal de justicia en esta materia y llega a la conclusión, tras un detallado y bien argumentado análisis, de que el sistema de sede real tradicional en Derecho alemán no puede mantenerse en el ámbito intracomunitario, sino que hay que aplicar el sistema de constitución, y que, por tanto, la ley aplicable a la sociedad cuya insolvencia se insta es la de su constitución. Aplica en consecuencia el Derecho inglés aunque la sede real de la sociedad se encuentra en Alemania. Es el Derecho inglés, como *lex societatis*, afirma, el que debe decirnos si la sociedad disuelta puede ser sometida a un procedimiento de insolvencia. Dado que el Derecho inglés considera en este caso disuelta la sociedad, frente a ella no se puede abrir un procedimiento concursal en Alemania. Ello no impide que pueda exigirse responsabilidad conforme al Derecho alemán a quien actuaba en nombre de la sociedad (www.eir-database.com/download/cases/181/195). De esta misma cuestión, la determinación de la *lex societatis* y las consecuencias para el Derecho alemán de la

jurisprudencia del TJUE, se ocupa también en la sentencia del Tribunal Regional de Hamburgo de 30 de marzo de 2007 (www.eir-database.com/download/cases/181/196).

B) Derecho autónomo

También ha tenido que ocuparse la reciente jurisprudencia alemana de los efectos de un procedimiento de insolvencia abierto en USA, de acuerdo con el Capítulo XI del Bankruptcy Code, sobre un procedimiento individual en curso en Alemania que afecta a los bienes del deudor. En este caso el Tribunal Regional de Frankfurt llega a la conclusión de que procede la suspensión del procedimiento alemán porque el concurso abierto en USA puede ser reconocido en Alemania conforme al Derecho interno alemán y que, además, la suspensión se produce conforme a éste, incluso si, como en el caso, el deudor conserva la administración de sus bienes (www.eir-database.com/download/cases/181/194).

Por último, el Kreisgericht de St. Gallen afirma la posibilidad de aplicar el orden de prelación de créditos establecido en un procedimiento concursal abierto en Alemania a los acreedores del deudor establecidos en Suiza, por considerar que no está en contradicción con el orden público suizo ya que es un orden muy similar al previsto por el Derecho suizo, que no se puede considerar que resulte discriminatorio para dichos acreedores (www.eir-database.com/download/cases/181/199).

V. OBLIGACIONES EXTRACONTRACTUALES*

1. Normativa

La novedad más relevante de los últimos meses ha sido, sin lugar a dudas, la adopción el pasado 11 de julio de 2007 del Reglamento 864/2007, más conocido como Reglamento “ROMA II” sobre ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (DO L 199/40, 31 de julio de 2007). Tal como se venía anunciando en las crónicas anteriores de esta sección, el camino recorrido hasta este momento ha sido largo y complejo, dadas las dificultades inherentes a todo proceso de unificación normativa, en este caso sobre las normas de conflicto aplicables en el sector de las obligaciones extracontractuales. El reglamento resultará aplicable 18 meses después de la fecha de adopción, excepto el artículo 29, sobre la lista de convenios, que lo hará 12 meses después de dicha fecha.

El texto aprobado por el Parlamento Europeo, en tercera lectura, ha mantenido las normas relativas a los accidentes de tráfico, daños al medio ambiente y competencia desleal, que desde hace tiempo venían proponiéndose, pero ha retirado las enmiendas

* Rosario Espinosa Calabuig (Universitat de València).

sobre la difamación en los medios de comunicación. De hecho, ha sido la materia relativa a la violación de la privacidad, incluida la difamación, una de las más conflictivas y en la que mayores desacuerdos ha habido, en todo el proceso de negociaciones, entre los eurodiputados y los gobiernos de los Estados miembros, más incluso que los desacuerdos sobre los accidentes de tráfico, la competencia desleal y las cláusulas de revisión.

En concreto, el Reglamento presenta dos cláusulas de revisión. Una sección especial con un plazo más breve hasta 2008, para tratar la difamación, y una sección general en la que se prevé que la Comisión Europea presente un informe de aplicación del Reglamento 4 años después de su entrada en vigor. En dicho informe está previsto que se realice un estudio sobre la aplicación y tratamiento del derecho extranjero en los Estados miembros.

La finalidad buscada con el nuevo Reglamento es la unificación de la normativa conflictual de los Estados miembros relativa a los litigios entre ciudadanos de distintos Estados que sean consecuencia de accidentes de tráfico, así como la responsabilidad derivada de daños por productos defectuosos, la competencia desleal y las obligaciones extracontractuales derivadas de restricciones de la competencia, los daños al medio ambiente, las infracciones de derechos de propiedad intelectual o las acciones de conflicto colectivo, entre las principales. Se trata, pues, de un ámbito de aplicación material amplio, que parte de un concepto autónomo de obligación extracontractual (dadas las divergencias entre los Estados) y que, se espera, guarde coherencia con las normas del Reglamento 44/2001 (“BRUSELAS I”), así como con los instrumentos que tratan la ley aplicable a las obligaciones contractuales, esto es, el futuro Reglamento “ROMA I” (ver Considerando 7 del Reglamento). Tal como ya se anunciaba a través del Comunicado de Prensa de 28 de junio de 2007, un mes antes de que el Reglamento se publicara en el Diario Oficial, el texto comunitario aspira a aumentar la seguridad jurídica sobre el derecho aplicable y mejorar la previsibilidad del resultado de los litigios y la libre circulación de las resoluciones judiciales (para más información ver documento 9713/07, así como <http://www.consilium.europa.eu/Newsroom>).

En concreto, la exigencia de seguridad jurídica y de hacer justicia en casos individuales, en cuanto elementos esenciales en un área de justicia, justifican que el Reglamento haya elegido los factores de conexión que considera más apropiados, a través de lo que considera “un marco flexible de normas”, con el que los órganos jurisdiccionales pueden tratar los casos individuales de forma adecuada (Considerando 14). Dicho marco normativo se compone de una regla general, como es la aplicación de la ley del país donde se produce el daño, que se acompaña de unas reglas específicas y en algunos casos, además, de lo que se califica como una “cláusula de escape”, cuando se desprenda de todas las circunstancias que el hecho dañoso está “manifiestamente más vinculado con otro país”. Se busca de esta forma la solución más oportuna a cada caso concreto. El Reglamento reconoce también el criterio de autonomía de la voluntad en ciertos supuestos, permitiendo que las partes puedan establecer la ley aplicable si la elección demuestra tener “razonable evidencia”.

Haciendo una breve mención al contenido esencial del nuevo Reglamento, se han puesto de manifiesto las dificultades inherentes al mismo. Así, siguiendo la información facilitada por <http://www.futureofeuropa.parlament.gv.at/news>, se ha señalado que: a) En materia de accidentes de tráfico transfronterizos, la norma general puede llevar a situaciones insatisfactorias debido a la existencia de niveles diferentes de indemnizaciones fijadas por los tribunales nacionales. Cuando la víctima del accidente reside en un país distinto de dónde éste se produjo, el importe de la indemnización que se concede se calcula conforme al derecho y estándares de este último país, y no conforme a los del Estado de residencia de la víctima, donde tendrá que recuperarse. El Parlamento Europeo logró incluir una referencia para que los jueces, a la hora de cuantificar las lesiones corporales, tengan en cuenta todas las circunstancias de la víctima, incluidas “las pérdidas reales y los costes de la convalecencia y de la atención médica”. La Comisión Europea presentará antes de 2008 un estudio sobre todas las cuestiones relativas a los problemas específicos que afrontan estas víctimas. b) En materia de competencia desleal, se insistió en establecer una disposición específica que respete el principio de aplicación de una sola ley nacional “que limite en gran medida el peligro de búsqueda de foros de conveniencia”, es decir, la posibilidad de que los litigantes presenten la demanda en el Estado miembro de su elección. c) En materia de daños medioambientales, los diputados abogaron por que se introdujera una definición de “daños al medio ambiente” (Véase <http://www.futureofeuropa.parlament.gv.at/news> en relación con el Informe realizado por la ponente Diana Wallis. Debate, 09.07.2007. Ver A6-0257/2007, Informe sobre el texto conjunto, aprobado por el Comité de Conciliación, del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (“ROMA II”). CONS 3619/2007 – C6-0142/2007 –2003/0168 (COD).

El Reglamento busca, en definitiva, la unificación de la normativa conflictual en una gran diversidad de cuestiones atinentes a las obligaciones extracontractuales, lo que no ha sido fácil, de ahí el recurso a una regla general y a otra serie de “elementos de la cascada” (como se destaca en el Considerando 21 en relación con la responsabilidad por productos defectuosos). Las dificultades existentes en el proceso de unificación de este sector temático explican que se siga trabajando en él desde diversos frentes. Así, por ejemplo, situados en el marco del medio ambiente cabe hacer referencia a los trabajos que se están realizando incesantemente sobre el mismo. En este sentido, la Agencia Europea de Medio Ambiente (AEMA) ha hecho público en octubre de 2007 el informe que, bajo el título “El Medio ambiente en Europa: cuarta evaluación”, fue presentado en Belgrado (Serbia) durante la sesión inaugural de la sexta conferencia ministerial, en el marco del proceso “Medio ambiente para Europa” celebrada bajo los auspicios de la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa (CEPE-ONU) (en <http://www.eea.europa.eu/pan-european/fourth-assessment>). El Informe evalúa el progreso en materia de medioambiente en 53 países, pertenecientes a Europa Oriental, el Cáucaso y Asia Central, Europa Sudoriental y Europa Occidental y Central. Una de las principales recomendaciones de dicho informe es mejorar la aplicación de las políticas existentes y establecer unos objetivos claros y realistas. Asimismo, se llama la atención sobre la necesidad de un sistema compartido de información medioambiental

que compense la actual escasez de información “fidedigna, accesible y comparable” sobre el medio ambiente (en <http://www.eea.europa.eu>).

Cabe señalar que en materia de difamación, como ya se ha indicado, no se ha alcanzado una posición común por parte de los Estados miembros dejándolo para un momento posterior, de ahí que la Comisión Europea tenga previsto la elaboración de un estudio antes de 2008 sobre dicha materia con vistas a una regulación futura de la misma.

2. Jurisprudencia

Un repaso por la jurisprudencia estatal y comunitaria nos ofrece alguna que otra sentencia relacionada, en mayor o menor medida, con la responsabilidad extracontractual. A este respecto, resulta interesante la sentencia de la *Cour de cassation* francesa de 25 enero 2007 (*Juris-Data* nº 2007-037153) en relación con la determinación de la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual derivada del accidente del *Jet-ski* ocurrido en EEUU. La *Cour* decide la aplicación de la ley francesa a la indemnización de las víctimas por el daño sufrido sobre la base de asegurar una indemnización que se funda en la “solidaridad nacional”; un sistema de garantía del riesgo social de la delincuencia confiado a una jurisdicción civil especializada que aplica la ley francesa, en cuanto ley de aplicación necesaria, que excluye cualquier referencia a un derecho extranjero y, por tanto, con derogación de la ley del lugar del daño. Comentario en *Journal du droit international*, julio-septiembre 2007, p. 943. En la jurisprudencia italiana, es asimismo interesante la sentencia de la *Corte di Cassazione* de 19 de enero de 2007 (nº 1183), en *Riv.dir.int.pr.proc.* 2007, nº 3, p. 777, en la que se valora la institución de los *punitive damages* como extraños al derecho italiano siendo juzgada contraria al orden público y, en consecuencia, denegando el reconocimiento de la decisión extranjera, dictada en el Estado de Alabama (EE.UU).

Dentro de la jurisprudencia comunitaria cabe mencionar una diversidad de asuntos vinculados directa o indirectamente con la responsabilidad extracontractual como son, por ejemplo, el asunto C-327/05 relativo a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 5 de julio de 2007, “*Comisión de las Comunidades Europeas/Reino de Dinamarca*” por incumplimiento de Estado de la Directiva 85/374/CEE sobre responsabilidad por daños causados por los productos defectuosos. Se ha considerado que Dinamarca ha incumplido dicha Directiva por haber adoptado y mantenido en vigor normas por las que los distribuidores son responsables en la cadena comercial en las mismas condiciones que los productores (2007/C 199/10). Igualmente, el asunto C-331/05 P, con la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 28 de junio de 2007, “*Internationaler Hilfsfonds eV/Comisión de las Comunidades Europeas*”, sobre responsabilidad extracontractual, relación de causalidad y gastos correspondientes a procedimientos de reclamación ante el Defensor del Pueblo Europeo (2007/C 199/11), así como el asunto T-90/03, con Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de julio de 2007, “*Fédération des industries condimentaires de France y otros/Consejo*”, en el que se debate la responsabilidad extracontractual e incompatibilidad con las normas de la Organización Mundial del Comercio (OMC) de la prohibición comunitaria de importar determinadas carnes que contengan sustancias de efecto hormonal. Como

consecuencia del establecimiento por EE.UU. de una sobretasa a la importación de productos de origen comunitario, en virtud de una autorización de la OMC, la Comisión habría decidido un procedimiento de examen de obstáculos al comercio. Al final, la Comisión desestima el recurso de indemnización presentado por diversas agrupaciones de exportadores comunitarios afectados por la sobretasa (2007/C 199/50).

Cabe señalar también el asunto C-354/04 P, de 27 de febrero de 2007, *Gestoras Pro Amnistía, Olano Olano, Zelarain Errasti/Consiglio dell'Unione europea*, sostenido por España y Reino Unido. En esta ocasión se ha considerado que la falta de previsión en el contexto del título VI del TUE, de un recurso ante el Tribunal de Justicia por responsabilidad extracontractual, análogo al de los arts. 235 y 288.2 del TCE, no implica una violación del derecho de los particulares a una tutela judicial efectiva (art. 6.3. TUE) ya que las instituciones están en todo caso sujetas al control de la conformidad de sus actos y a los principios generales del derecho, de igual modo que los Estados miembros cuando dan actuación al derecho de la Unión. El Tribunal de Justicia puede ser demandado en vía prejudicial, en el sentido del art. 35.1 del TUE, esto es, mediante un recurso directo propuesto por la Comisión o por un Estado miembro con base en el art. 35.6, incluso con respecto a las disposiciones de una posición común adoptada por el Consejo, en virtud del art. 34.2 a), cuando éstas vayan dirigidas a producir efectos frente a terceros.

Por último, el asunto T-351/03, Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de julio de 2007, "*Schneider Electric/Comisión*", en el que se decide la responsabilidad extracontractual de la Comunidad por los perjuicios sufridos por la empresa *Schneider*, como consecuencia de una infracción del Derecho comunitario, en relación con el procedimiento de control de la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común. Se ha considerado, así, que se ha producido una "grave y manifiesta vulneración del derecho de defensa de *Schneider* por parte de la Comisión que constituye una infracción del Derecho comunitario suficientemente caracterizada para justificar la indemnización". Ya el Tribunal de Primera Instancia había recordado que "la generación de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad está supeditada a la existencia de un comportamiento ilícito de sus instituciones, apreciado según el criterio de violación manifiesta y grave de los límites impuestos a su facultad de apreciación" (2007/C 199/55). Todas ellas en <http://www.curia.europa.eu>.

3. Estudios doctrinales

Entre las obras doctrinales –españolas y extranjeras- publicadas en el primer semestre de 2007 relativas, en general, a las obligaciones extracontractuales cabe destacar, entre otros, a AGUILERA RULL, A. y AZAGRA MALO, A., "Transposición de la Directiva 2004/35/CE, de 21 de abril, sobre responsabilidad medioambiental en Alemania y en España", *InDret*, nº 3, 2007 (24/07/2007); GEORGE M.P., "Maritime law in maritime torts", *Journal of Private international law*, vol. 3, nº 1, abril 2007, pp. 137-172, MARCO MOLINA, J., *Responsabilidad Civil del Fabricante por Productos Defectuosos. Fundamentos y Aplicación*, Madrid, Atelier, 2007; MARTIN-CASALS, M (ed.), *Children in Tort Law. Part II: Children as Victims*, Wien/New York, Springer,

2007; MORENO MARTÍNEZ, J.A. (Coord.), *La Responsabilidad civil y su problemática actual*, Madrid, Dykinson, 2007; RAMOS GONZÁLEZ, S., FERNÁNDEZ CRENDE, E., FARNÓS AMORÓS, E., MILÁ RAFAEL, R. y ALASCIO CARRASCO, L., “30 Casos de Derecho de Daños (2004-2006)”, *InDret*, nº 3, 2007; RUÍZ GARCÍA, J.A., “Otra Vuelta de Tuerca a los daños punitivos (Philip Morris v. Williams, tras la estela de State Farm v. Campbell y BMW v. Gore)”, *InDret*, nº 3, 2007; SCHIANO DI PEPE, L., “Competenze comunitari e reati ambientali: il “caso” dell’inquinamento provocato da navi”, 11 *Dir.Un.Eur.*, 2007, p. 769; WINIGER B., KOZIOL H., KOCH B.A. y ZIMMERMANN, R., (eds.), *Digest of European Tort Law, Essential Cases on Natural Causation*, Vol. I., Wien/New York, Springer, 2007.

4. Varios

La relevancia que tiene la próxima entrada en vigor del Reglamento 864/2007 ha provocado la celebración de una diversidad de seminarios como, por ejemplo, el de Sevilla, en octubre de 2007, o el de Madrid, previsto en principio para el 21 y 22 de febrero de 2008 en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense. Asimismo en Lisboa durante los días 12 y 13 de noviembre de 2007 el seminario sobre el futuro ROMA I y el reciente ROMA II o en Viena, en marzo de 2008, la *Annual Conference on European Tort Law* organizada por el *European Center of Tort and Insurance Law (ECTIL)*.

V. ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL*

1. Normativa convencional

La situación de los Tratados internacionales, en el ámbito del arbitraje comercial internacional, ha variado durante en primer semestre del 2007. La *Convención sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecha en Nueva York, el 10 de julio de 1958*, ha entrado en vigor para Gabón, Bahamas e Islas Marshall, el 15, 20 y 21 de marzo respectivamente. Ninguno de los tres Estados ha introducido reserva alguna, de modo que la misma será aplicable en dichos Estados incluso a las sentencias arbitrales dictadas en territorio de Estados no contratantes, haya o no reciprocidad; se aplicará en las controversias derivadas de relaciones jurídicas independientemente de si las mismas se consideren mercantiles conforme al Derecho interno de los Estados mencionados; por último, el Convenio se aplicará tanto a las sentencias arbitrales anteriores como posteriores a su entrada en vigor.

* Iñigo Iruretagoiena y Nerea Magallón (UPV/EHU).

En la crónica de actualidad del número anterior, resaltábamos la relevancia de la firma del *Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965*, por parte de Canadá, por el protagonismo futuro que pueda adoptar el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias en materia de Inversiones (CIADI) en las disputas originadas en el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN). Este primer semestre ha sido escenario de otro suceso importante para el Convenio de Washington de 1965. Conforme al art. 71 del Convenio, el 2 de mayo de 2007 el Banco Mundial ha recibido notificación escrita de la primera denuncia del Convenio por parte de la República de Bolivia. La denuncia tendrá efectos a los seis meses de la notificación, esto es, el 3 de noviembre de 2007. El Banco Mundial ha notificado, en su condición de depositario del Convenio del CIADI, a todos los Estados contratantes la denuncia realizada por Bolivia.

Siendo ésta la primera denuncia del Convenio, surge la pregunta de si esta decisión podría ser seguida por otros Estados. En este sentido, esta denuncia puede entenderse como consecuencia de los cambios político acaecidos en los últimos años en algunos Estados de América Latina, de forma particular en aquellos que integran el programa de integración Alternativa Bolivariana para las Américas – Tratado de Comercio de los Pueblos: Bolivia, Venezuela y Nicaragua (ALBA-TCP). La opinión profundamente crítica de estos Estados respecto al arbitraje de inversión, centrada en el rechazo al CIADI, ha sido puesta en evidencia en la Cumbre Presidencial de la ALBA, celebrada en Barquisimeto en abril de 2007, donde los países integrantes del programa de integración ALBA-TCP acordaron retirarse y denunciar de forma conjunta el Convenio de Washington “para garantizar el derecho soberano de los países a regular la inversión extranjera en su territorio nacional”. Entre los motivos que han fundamentado la decisión de Bolivia se encuentran la percepción de que el CIADI favorece la posición de las empresas multinacionales sobre los intereses de los Estados, la confidencialidad de las audiencias del CIADI -especialmente cuando los procesos tratan materias de relevancia pública-, la imposibilidad de apelar respecto al fondo las decisiones de los tribunales del CIADI y las dudas que suscita sobre la imparcialidad de los árbitros del CIADI. Las autoridades políticas del país, además, consideran que el Convenio de Washington resulta inconstitucional por ir en contra de lo dispuesto en el art. 135 de la Constitución, donde se establece que todas las empresas situadas en Bolivia “para explotaciones, aprovechamiento o negocios, se considerarán nacionales y estarán sometidas a la soberanía, a las leyes y a las autoridades de la República”.

Por último, respecto al Convenio ha de destacarse también la firma y depósito realizado por Serbia el 9 de mayo de 2007. Con ésta son 159 los Estados que han firmado el Convenio hasta la fecha. El Convenio para Serbia ha entrado en vigor el 8 de junio de 2007.

2. Decisiones judiciales y arbitrales

Desde un punto de vista jurisprudencial hallamos la Sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos de Estrasburgo (sección 4), de 3 de mayo de 2007. El asunto

tiene su origen en una demanda dirigida contra la República de Turquía realizada por una persona jurídica turca, con causa en una notificación defectuosa practicada en la sede social de la demandante. La demandante firmó un contrato de compraventa con una empresa rusa. Por cláusula compromisoria las partes se comprometieron a someter al Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo los litigios que pudieran plantearse entre ellas. Posteriormente las partes incorporaron una modificación a la cláusula compromisoria mediante la cuál los litigios que pudieran nacer del contrato podrían ser resueltos por el Tribunal Internacional de Arbitraje Mercantil de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa (la CIAC), en aplicación del derecho ruso. Un mes más tarde la demandante trasladó su domicilio social y la sociedad rusa recurrió ante la CIAC con el fin de hacer constar su crédito sobre la demandante. La CIAC admitió esta demanda al término del proceso en el que no participó el demandante y, seguidamente, la sociedad rusa solicitó al Tribunal mercantil de Ankara el *exequatur*.

El Tribunal mercantil turco rechazó la demanda presentada por la sociedad rusa al considerar no válida la última modificación de la cláusula compromisoria referida a la competencia de la CIAC, debido a que la competencia había sido atribuida a dos Tribunales arbitrales simultáneamente y que la designación de los árbitros era contraria al orden público ruso. Señaló que la sociedad rusa no era capaz de establecer el carácter definitivo de la sentencia arbitral. Pero el Tribunal de casación anuló esta sentencia y estableció que el derecho a designar a los árbitros correspondía a la parte demandante, es decir a las dos partes, y que en consecuencia la cláusula no era contraria al orden público y la sentencia arbitral era definitiva y ejecutable. Finalmente el Tribunal mercantil interno ejecutó la sentencia, aunque se encargó de resaltar que la sociedad turca no había comparecido y en el texto figuraba la dirección de la antigua sede social.

En este punto la demandante alega que los Tribunales internos concedieron el *exequatur* a una sentencia arbitral al término de un proceso no equitativo en el que sus derechos de defensa fueron vulnerados. Y al respecto señala que la notificación había sido efectuada a su antigua sede social y, por tanto, violaba el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. El Tribunal de Estrasburgo da la razón a la empresa turca y declara que, efectivamente, ha habido violación del artículo 6 del citado Convenio.

La vitalidad del arbitraje de inversión, que enfrenta a inversores privados y Estados, encuentra reflejo en la numerosa "jurisprudencia" arbitral publicada en el sector. En el primer semestre del 2007 se han emitido varias decisiones en la materia, entre ellas: *M.C.I. Power Group L.C. c. República de Ecuador* (ICSID Case No. ARB/03/6), laudo, de 31 de julio de 2007; *LG&E c. Argentina* (ICSID Case No. ARB/02/1), APPRI EE UU – Argentina, decisión sobre los daños, de 25 de julio de 2007; *Fireman's Fund Insurance Company c. México* (ICSID Case No. ARB (AF)/02/1), NAFTA, de 17 de julio de 2007, laudo final y decisión sobre las cuestiones preliminares de jurisdicción; *Kardassopoulos c. Georgia* (ICSID Case No. ARB/05/18), decisión sobre jurisdicción, de 6 de julio de 2007; *Bayview Irrigation District et al c. México* (ICSID Case No. ARB(AF)/05/1), NAFTA, laudo, de 6 de julio de 2007; *United Parcel Service c.*

Canadá (UNCITRAL), NAFTA, laudo y opinión disidente, de 11 de junio de 2007; *Malaysian Historical Salvors Sdn, Bhd c. Malasia* (ICSID Case No. ARB/05/10), laudo, de 28 de mayo de 2007; *Siag & Vecchi c. Egipto* (ICSID Case No. ARB/05/15), decisión sobre jurisdicción, de 28 de mayo de 2007; *Enron and Ponderosa Assets c. Argentina* (ICSID Case No. ARB/01/3), APPRI EE UU – Argentina, laudo, 22 de mayo de 2007; *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. c. Chile* (ICSID Case No. ARB/01/7), APPRI Malasia – Chile, decisión sobre anulación del Comité *ad hoc*, de 21 de marzo de 2007; *Saipem S.p.A. c. Bangladesh* (ICSID Case No. ARB/05/07), decisión sobre jurisdicción y recomendación sobre medidas provisionales, de 21 de marzo de 2007; *Siemens c. Argentina* (ICSID Case No. ARB/02/8) APPRI Alemania – Argentina, laudo y opinión separada, de 6 de febrero de 2007; *PSEG Global Inc. and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Limited Srketi c. Turquía* (ICSID Case No. ARB/02/5), APPRI EE UU – Turquía, laudo, de 19 de enero de 2007. Los textos de las decisiones arbitrales enumeradas pueden consultarse en los siguientes sitios de Internet: <http://www.investmentclaims.com> y <http://ita.law.uvic.ca>.

3. Información varia

Las Cámaras de Comercio de Andalucía y Marruecos han creado un órgano para resolver de forma extrajudicial los litigios comerciales entre empresas de Andalucía y el Norte de Marruecos. Se trata de un acuerdo, suscrito por las catorce Cámaras de comercio andaluzas y los seis del Norte de Marruecos (Alhucemas, Tetuán, Tánger, Nador, Oujda y Taza), mediante el que se crea la Corte Internacional de arbitraje Andalucía-Norte de Marruecos. En la misma línea se consolida la Corte Atlántica entre Canarias y Agadir con el fin de facilitar una mayor estabilidad para el ejercicio del comercio y la actividad inversora de ambos países. El 17 de abril las Cámaras de Comercio de Canarias y Agadir participaron en la sesión constitutiva del Comité Permanente de la Corte Atlántica y durante el acto se firmaron sus Estatutos y Reglamento. El 20 de Julio el representante del Poder Judicial de Canarias afirmó que el Tribunal Superior de Justicia de canarias apoya de forma “incondicional” esta medida.

Mientras tanto, Corea del Sur avanza hacia el arbitraje internacional. Recientemente la *Korean Commercial Arbitration Board* (KCAB) anunció la promulgación de reglas especiales para el arbitraje de disputas internacionales. Con anterioridad tan sólo un reducido grupo de leyes de arbitraje habían sido aplicadas a casos nacionales e internacionales. La nueva regulación permite que tres árbitros decidan el o los idiomas a aplicar en ausencia de acuerdo de las partes y las leyes competentes, aunque en el caso de que no exista acuerdo entre ambas partes, será Seúl el lugar de arbitraje. En esencia el contenido de la nueva regulación es análogo al anterior, pero la aplicación de los nuevos cambios permitirá a la *Korean Commercial Arbitration Board* ganar reputación en el arbitraje internacional.

El 12, 13 y 14 de septiembre tuvo lugar en la residencia La Cristalera en Miraflores de la Sierra, un interesante curso de verano de la Universidad Autónoma de Madrid bajo el título “Cuestiones actuales del arbitraje comercial internacional” dirigido por I. Heredia Cervantes y C. Esposito Massicci.

Entre las numerosas aportaciones doctrinales en la materia destacamos la publicación de un nuevo número de la *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, correspondiente al año 2007, en la que encontramos los artículos de B. Maria Cremades sobre “Arbitraje internacional: del arbitraje comercial internacional al arbitraje de protección de inversiones”, pp. 13-22; J. C. Fernández Rozas “Arbitraje y justicia cautelar”, pp. 23-62 y F. González de Cossío “El principio *compétence-compétence* revisado”, pp. 63-84. Asimismo, en la sección relativa a la *Practica Arbitral* se encuentra la participación de A. Mourre mediante “Arbitraje y Derecho concursal: reflexiones sobre el papel del juez y del arbitro”; de S. P. Stolley en “Contractual expanded review of arbitration award” y de R. Pelayo Jiménez con su artículo relativo a la “Renuncia (resolución por mutuo disenso) tácita al arbitraje pactado (convenio arbitral)”. Por último, en la sección de la Revista correspondiente a *Documentación* se integra el nuevo Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional y un comentario al mismo realizado por J. Merguerat.

Junto a los artículos citados subrayamos las contribuciones de J. C. Fernández Rozas al *Anuario Argentino de Derecho Internacional* de 2006, de reciente publicación, a través de un artículo titulado “El arbitraje internacional y sus dualidades”; y a la Revista *Lima Arbitration* núm. 2, 2007, con “Determinación del lugar de arbitraje y consecuencias del control del laudo por el tribunal de la sede arbitral”. En el *Diario La Ley* han sido varios los artículos relacionados con el arbitraje internacional publicados durante el 2007. En el núm. 6679 (2007) M. Virgós Soriano se refiere al “Arbitraje comercial internacional y Convenio de Nueva York de 1958”; en el núm. 6758(2007) P.J. Martínez-Fraga, “Globalización procesal y arbitraje internacional”, y en el núm. 6634 (2007) A. M. Lorca Navarrete trata los “Problemas prácticos y teóricos que plantea la adopción de medidas cautelares en el modelo de arbitraje UNCITRAL/CNUDMI”. Por último cabe mencionar la ya habitual recopilación de la *Revue suisse de droit international et de droit européen* de la jurisprudencia suiza en materia de arbitraje internacional dirigida por F. Knoepfler y P. Schweizer.

VII. CRÓNICA SOBRE DERECHO DE LA NACIONALIDAD Y EXTRANJERÍA*

1. Derecho de la nacionalidad

Durante el primer semestre de 2007 la Dirección General de los Registros y del Notariado realizó una intensa labor en el ámbito del Derecho de la nacionalidad, tal y como lo demuestra la adopción de cuatro Instrucciones que directa o indirectamente

*

Carlos Nieto Delgado y Mònica Vinaixa Miquel (Profesores de Derecho internacional privado de la Universitat Pompeu Fabra. Carlos Nieto se ha encargado de la parte de la Crónica referente a Extranjería, mientras que la correspondiente a Nacionalidad ha sido redactada por Mònica Vinaixa).

inciden en este sector del Derecho. Dos de las cuatro Instrucciones a las que nos referimos conciernen a los expedientes de adquisición de la nacionalidad española. La primera se refiere a los expedientes de adquisición de la nacionalidad española por *ius soli* y, más concretamente, a los supuestos en los que es de aplicación el art. 17.1 c) C.c (*Instrucción de 28 de marzo de 2007, sobre competencia de los Registros Civiles Municipales y demás reglas relativas a los expedientes de declaración de la nacionalidad española con valor de simple presunción*, B.O.E núm. 86, de 10 de abril de 2007), y la segunda, aunque adoptada a inicios del segundo semestre, a los expedientes de adquisición de la nacionalidad española por residencia (*Instrucción de 26 de julio de 2007, sobre tramitación de las solicitudes de adquisición de la nacionalidad española por residencia*, B.O.E núm. 189, de 8 de agosto de 2007). Las otras dos Instrucciones, en cambio, no incorporan directrices relativas a los expedientes de adquisición de la nacionalidad española sino relacionadas con aspectos referidos a la identificación de los nacionalizados españoles, tales como la expedición del Documento Nacional de Identidad (*Instrucción de 7 de febrero de 2007, sobre requisitos registrales de la expedición de la certificación literal de nacimiento para la obtención del Documento Nacional de identidad*, B.O.E núm. 42, de 17 de febrero de 2007) y los apellidos con los que registralmente deben ser identificadas tales personas (*Instrucción de 23 de mayo de 2007, sobre apellidos de los extranjeros nacionalizados españoles y su consignación en el Registro Civil español*, B.O.E núm. 159, de 4.7.2007). A continuación se reseñan las directrices establecidas por la DGRN en cada una de las citadas Instrucciones.

A) Instrucción de 28 de marzo de 2007, sobre competencia de los Registros Civiles Municipales y demás reglas relativas a los expedientes de declaración de la nacionalidad española con valor de simple presunción.

La Instrucción a la que nos referiremos a continuación tiene por objeto evitar la aprobación irregular o indebida que diversos órganos registrales españoles vienen realizando de los expedientes registrales tramitados por parte de los interesados con el objeto de obtener la declaración de la nacionalidad española con valor de simple presunción. Las irregularidades más sobresalientes son tanto la apreciación indebida de la propia competencia para dicha tramitación, como la falta de aplicación en tales expedientes de los criterios y doctrina contenidos en las Resoluciones de la DGRN en cuanto a los supuestos en los que procede o no la declaración de la nacionalidad española, en particular, en los supuestos previstos en el art. 17 .1 c) C.c. Según el citado precepto “Son españoles de origen los nacidos en España de padres extranjeros, si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad”. Con esta finalidad la DGRN se propone indicar cuál es el camino procedimental adecuado para la subsanación de tales irregularidades, clarificar los efectos que se derivan de tales situaciones y contribuir a aumentar la difusión de los criterios utilizados y dispersos en numerosas resoluciones. A tal efecto, la DGRN ha acordado a través de la presente Instrucción hacer públicas cinco directrices que se enumeran sucintamente a continuación. En primer lugar, en los casos en los que resulte aplicable el art. 17.1 c) C.c y, concretamente, cuando no se trate de un supuesto de apatridia originaria, es imprescindible conocer el alcance y el contenido de la ley o de

las leyes -en el caso de que los padres del nacido en España ostenten distinta nacionalidad- en materia de adquisición de la nacionalidad de dicho o dichos países por parte de hijos de nacionales nacidos en el extranjero.

El art. 17.1 c) C.c ha tenido una amplia aplicación práctica y ha dado lugar a numerosas resoluciones a través de las cuales la DGRN con el fin de evitar su apatridia originaria ha resuelto cómo debe interpretarse el derecho extranjero a los efectos de atribuir *iure soli* la nacionalidad española a los nacidos en el territorio español. Con la presente Instrucción la DGRN no modifica los criterios utilizados hasta la fecha a efectos de aplicar e interpretar el art. 17.1 c) C.c, sino que lo que pretende es difundirlos y agruparlos a través de la incorporación de un Anexo en el texto de la Instrucción. En segundo lugar, la vía registral adecuada para determinar la aplicabilidad en cada caso concreto del art. 17.1 c) C.c, es el expediente de declaración de la nacionalidad española con valor de simple presunción, que decide en primera instancia el Encargado del Registro Civil del domicilio del interesado (art. 335 RRC). Este órgano es el competente tanto para instruir como para resolver el expediente. En tercer lugar, en el caso de que no se respete la norma de competencia indicada, dicha infracción se sancionará por parte de la DGRN con la nulidad de las actuaciones. En cuarto lugar, es preciso diferenciar entre la resolución del expediente y la anotación de la misma al margen de la inscripción de nacimiento del interesado en aquellos casos en que ambos Registros no coincidan. En quinto lugar, también se declarará la nulidad de la declaración de la nacionalidad española cuando habiéndose respetado las normas de competencia se hubieren infringido las que regulan el fondo de la materia, esto es, cuando por haberse realizado una errónea interpretación del Derecho extranjero se haya aplicado indebidamente la regla del apartado c) del art. 17.1 C.c. En tal caso, el problema que se plantea es el de saber cuál es el procedimiento adecuado para dejar sin efecto la declaración con valor de simple presunción de la nacionalidad española, ya firme, así como la anotación practicada en el Registro Civil. Según la DGRN es un principio básico de la legislación registral civil lograr la existencia de concordancia entre el Registro Civil y la realidad. Motivo por el cual la DGRN ha venido defendiendo que en el ámbito del Registro Civil no resulta operativo el principio de autoridad de cosa juzgada, por lo que es posible reiterar un expediente sobre una cuestión ya decidida si resulta que las nuevas actuaciones tienen su fundamento en hechos descubiertos con posterioridad. Por este motivo debe ser posible que, ya sea de oficio o por iniciativa del Ministerio Fiscal, de las autoridades de la Dirección General de Policía o de cualquier interesado, se inicie de nuevo un expediente para declarar con valor de simple presunción que a los nacidos en España les corresponde o no la nacionalidad española de origen. Una vez recaída la declaración es necesario que ésta, en caso de ser negativa, tenga acceso al Registro Civil para cancelar en su virtud la declaración preventiva practicada. Según el art. 147 RRC las anotaciones pueden ser rectificadas y canceladas en virtud de expediente gubernativo en el que se acredite la inexactitud de las mismas, debiéndose en todo caso notificar formalmente a los interesados o a sus representantes legales, tal como exige el art. 349 RRC.

b) Instrucción de 26 de julio de 2007, sobre tramitación de las solicitudes de adquisición de la nacionalidad española por residencia

En los últimos años en España se ha producido un notable incremento del número de ciudadanos extranjeros que residen en el territorio nacional y que una vez cumplen los requisitos legalmente previstos (art. 22 C.c) inician los trámites para adquirir la nacionalidad española por residencia. Este fenómeno ha provocado un aumento de los expedientes y por consiguiente un aumento de la carga de trabajo tanto de los Registros Civiles como de la DGRN. Ante esta situación la Administración ha de responder adoptando las medidas necesarias para facilitar y agilizar la tramitación de los expedientes de adquisición de la nacionalidad española por residencia y velar por los intereses de todos los ciudadanos y, en particular, de los más débiles, como es el caso de los menores. Es precisamente el cumplimiento de este objetivo lo que ha llevado recientemente a la DGRN a adoptar la presente Instrucción, a través de la cual se revisan todos los pasos a seguir para la instrucción y tramitación de dicho expediente.

En primer lugar, con respecto a la tramitación del expediente de adquisición de la nacionalidad española por residencia, la DGRN entiende que: 1º. Deben fijarse unos criterios generales sobre el orden y numeración que deben seguir los documentos que conforman los expedientes de adquisición de la nacionalidad española por residencia. Es importante destacar aquí, que la documentación aportada debe ir precedida de una solicitud de adquisición de la nacionalidad española, cuyo modelo ha sido normalizado por la Resolución de la DGRN de 7.5.2007 (BOE de 25.7.2007). 2º. Debe controlarse la autenticidad de los documentos. Los documentos extranjeros que figuran en el expediente deben estar legalizados, salvo que provengan de Estados que sean parte del Convenio de La Haya de 1961 sobre la apostilla, y traducidos al español. 3º. Debe suprimirse la aportación por parte del interesado tanto del certificado de residencia como del certificado de antecedentes penales, al tratarse de documentos que ya se encuentran en poder de la Administración y cuya aportación no hace más que dilatar el procedimiento.

La Instrucción de la DGRN dedica una especial atención a la tramitación de tales expedientes cuando los solicitantes son menores de edad, al ser personas que deben ser objeto de una protección especial. En el caso de que los interesados sean incapacitados o menores, serán los representantes legales los que deben formular la solicitud de adquisición de la nacionalidad española por residencia tal y como establece el art. 21 C.c. Aunque, si así lo autoriza la sentencia de incapacitación o el menor tiene 14 años, pueden ser ellos mismos los que la formulen, aunque asistidos por su representante legal. Cuando el menor se encuentra sometido a la patria potestad de sus progenitores o a una tutela el problema fundamentalmente se plantea cuando los progenitores se encuentran en proceso de crisis matrimonial. En estos casos la solicitud en representación del menor deberá ser formulada conjuntamente por quienes ostenten la patria potestad o la tutela, a salvo lo establecido en el convenio regulador de la separación, divorcio y nulidad y en las disposiciones judiciales sobre privación o ejercicio individual de la patria potestad, y sin perjuicio de lo que pueda resolver el juez en caso de desacuerdo entre los progenitores sobre la conveniencia de promover el expediente. Por lo que a la competencia registral se refiere, la DGRN considera que en los casos de menores sometidos a un régimen de acogimiento familiar la competencia

para emitir la autorización previa que se concede en interés del menor a sus representantes legales, debe recaer en el Encargado del Registro Civil del domicilio de sus representantes legales y no en el Encargado del Registro Civil del domicilio del menor y de la persona que lo guarda en acogimiento familiar. Ahora bien, en el caso de que los progenitores residan en distintos Municipios, la competencia recaerá en el Encargado del Registro Civil del domicilio de aquel de los progenitores en cuya compañía se encuentre el menor. En la tramitación de tales expedientes siempre ha de ser oído el Ministerio Fiscal, que es quien tiene la función de velar por la instrucción y por la tramitación adecuada del expediente y de proponer las diligencias o pruebas que estime oportunas.

En segundo lugar, con respecto a la instrucción del expediente en el Registro Civil, la DGRN centra la atención en el trámite consistente en el examen o verificación del suficiente grado de integración del solicitante en el territorio español, requisito que necesariamente debe cumplirse para que pueda adquirirse la nacionalidad española por residencia (art. 22.4 C.c). La normativa española no desarrolla los factores que deben tenerse en cuenta para constatar que un extranjero está suficientemente integrado en el territorio español, aunque en la práctica suelen tenerse en cuenta elementos tales como el conocimiento del idioma español y la adaptación al estilo de vida y a las costumbres de la sociedad española. Para comprobar el cumplimiento de dicho requisito la audiencia personal al interesado por parte del Encargado del Registro Civil se configura como un medio imprescindible y prácticamente exclusivo.

c) Instrucción de 7 de febrero de 2007, sobre requisitos registrales de la expedición de la certificación literal de nacimiento para la obtención del Documento Nacional de identidad

La entrada en vigor del RD 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del Documento Nacional de identidad y sus certificados de firma electrónica, ha generado diversas dudas en la práctica registral relacionadas con la expedición de las certificaciones literales de nacimiento que se solicitan para la obtención del DNI. Las dudas planteadas han sido dos en particular: una, si en la certificación literal de nacimiento debe constar que su expedición es a efectos de la obtención del DNI y, otra, si en la inscripción de nacimiento debe dejarse constancia mediante nota marginal de la expedición de dicha certificación a efectos de obtención del DNI. Ambas cuestiones han sido contestadas afirmativamente por la DGRN en la citada Instrucción con el fin de lograr uniformidad y seguridad jurídica en una materia como es el derecho de la nacionalidad española. El art. 1.2 del RD 1553/2005 en relación con la naturaleza y efectos del DNI afirma que “Dicho documento tiene suficiente valor, por si solo, para acreditar la identidad y los datos personales del titular que en él se consignan, así como la nacionalidad española del mismo”. Se trata de una norma que reafirma lo previsto en la normativa anterior, el RD 1245/1985, de 17 julio de 1985, motivo por el cual la citada norma según la DGRN debe ser igualmente criticada e interpretada restrictivamente en el sentido de que su ámbito de aplicación no puede extenderse a los expedientes del Registro Civil que no tienen naturaleza administrativa. La DGRN en la actualidad sigue avalando la interpretación realizada en

su Resolución de 1 de julio de 1992, según la cual, si bien el DNI debe expedirse únicamente a los nacionales españoles y para su expedición es necesaria la certificación de nacimiento librada con esta exclusiva finalidad, ninguna norma registral ni administrativa puede imponer al Encargado del Registro Civil el deber de averiguar, previa su expedición, que el solicitante ostenta o no la nacionalidad española. El Encargado del Registro Civil debe librar la certificación sin realizar ninguna verificación a tal efecto, siendo *a posteriori* los órganos competentes, esto es, las autoridades del Ministerio de interior a través de la Dirección General de Policía, a quienes corresponderá decidir si efectivamente el titular es o no español y si por consiguiente tiene o no derecho a obtener el DNI.

Según el art. 15 LRC, los nacimientos acaecidos en España deben constar en el RC español. Sin embargo, no es una tarea fácil sin una adecuada investigación saber con certeza si al nacido en España le corresponde o no la nacionalidad española de origen. El Encargado con el solo examen de la inscripción de nacimiento no puede tener la seguridad de que al nacido en España le corresponda *ex lege* la nacionalidad española puesto que son muchos los factores a tener en cuenta, por ejemplo, si el padre o la madre son o no españoles, si siendo extranjeros los padres uno y/o el otro le transmite al hijo su nacionalidad, entre otros, así como también, cuál es la normativa en materia de adquisición de la nacionalidad española que resulta aplicable teniendo en cuenta que en el Derecho de la nacionalidad rige el principio *tempus regit actum* y que la normativa sobre la materia ha ido cambiando con el transcurso del tiempo sin que las normas posteriores derogasen a las normas anteriores.

d) Instrucción de 23 de mayo de 2007, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre apellidos de los extranjeros nacionalizados españoles y su consignación en el Registro Civil

El objeto de esta Instrucción es clarificar las dudas existentes en torno al régimen legal de los apellidos de los extranjeros que adquieren la nacionalidad española y fijar los criterios y pautas a que habrá de ajustarse la práctica registral en beneficio de la uniformidad y de la seguridad jurídica en un ámbito tan sensible como lo es la debida identificación de los nacionales españoles. Durante los últimos años en España se ha experimentado un aumento considerable del número de extranjeros que adquieren la nacionalidad española. Y ello, sin lugar a dudas, implica un aumento de las inscripciones de nacimiento de ciudadanos extranjeros. El problema con el que nos encontramos, es que al realizar tales inscripciones diversos órganos registrales lo están haciendo utilizando un solo apellido e incluso expidiendo certificaciones literales de nacimiento para la obtención del DNI que incluyen un solo apellido entre los datos de filiación del inscrito (vid. Instrucción de 7 de febrero de 2007). Todo ello no se ajusta al ordenamiento jurídico español, motivo por el cual tales hechos deben ser corregidos y evitados en la práctica registral en el futuro.

Con esta finalidad la DGRN a través de esta Instrucción hace públicas tres directrices. La primera es que la ley aplicable a la determinación de los nombres y apellidos de los nacionales españoles será la ley española, en virtud de lo dispuesto en el art. 1 del

Convenio relativo a la ley aplicable a los nombres y apellidos, hecho en Munich el 5.9.1980. Según la legislación registral española, los extranjeros que adquieren la nacionalidad española y cuya filiación está determinada deben ser inscritos en el Registro Civil con dos apellidos. En primer lugar, el primero del padre y, en segundo lugar, el primero de la madre. Aunque también pueda solicitarse la inversión del orden de los apellidos. En el caso de que la filiación no esté determinada y por lo tanto no puedan determinarse los apellidos del interesado, éste podrá mantener los apellidos que viniera usando, aunque si solo fuere uno el apellido utilizado éste deberá duplicarse a fin de cumplir con la exigencia legal de la duplicidad de apellidos.

El problema se plantea cuando el interesado ostenta además de la nacionalidad española otra u otras nacionalidades. Este problema se aborda en la segunda de las directrices de la presente Instrucción. En estos supuestos rige igualmente la regla de la aplicación de la ley nacional. Sin embargo, en tales casos para determinar cuál es la ley nacional a tener en cuenta deberá aplicarse el art. 9.9 apartado 2º C.c, según el cual debe otorgarse prioridad a la nacionalidad española cuando el individuo ostente varias nacionalidades y una de ellas sea la nacionalidad. El problema es que la prioridad de la ley nacional es una solución muy generalizada en el ámbito del Derecho comparado y ello frecuentemente puede dar lugar a que una misma persona sea identificada con apellidos distintos en cada uno de los Estados de los que es nacional. Esta solución también tiene el inconveniente de que en el ámbito intracomunitario ocasiona una obstaculización de la libre circulación de los individuos que por ser nacionales de Estados miembros ostentan el estatus de ciudadanos europeos. Esta problemática precisamente se planteó en el caso que dio lugar a la STJCE de 2.10.2003, en el As. García Avello. En aplicación de la jurisprudencia García Avello, disposiciones como la española, coincidente con la legislación belga aplicable en aquel caso, no pueden aplicarse sistemáticamente e imponer a los españoles que ostentan otra nacionalidad comunitaria los apellidos que correspondan según la ley española. En los casos de doble nacionales comunitarios debe dejarse, según el tribunal comunitario, libertad a los sujetos para que elijan cualquiera de las leyes estatales que en ellos concurren para que rija sus nombres y apellidos, sin necesidad de que la ley elegida coincida con la nacionalidad más efectiva, tal y como sucedió en el caso García Avello. La libertad de elección de los nacionales comunitarios se canaliza a través de los expedientes registrales de cambio de apellidos (art. 57 LRC) cuya instrucción corre a cargo del Encargado del Registro Civil del domicilio del interesado y son resueltos por el Ministerio de Justicia. En España cuando el interesado figura inscrito en un Registro Civil extranjero con los apellidos que le corresponden según la ley de dicho país, se admite que este hecho sea anotado en el Registro Civil español. De esta manera se consigue que haya una correspondencia entre el Registro español y el Registro extranjero y se evitan las dudas en cuanto a la identidad del interesado.

La Instrucción en su tercera directriz también se refiere a los efectos que sobre los apellidos producen los cambios sobrevenidos de la nacionalidad por parte de las personas físicas, problemática que no prevé el Convenio de Munich de 1980. Ante esta laguna han surgido dos tesis, siendo la respaldada por la DGRN la denominada tesis de la retroactividad, en virtud de la cual el sujeto que cambia de nacionalidad debe cambiar

de apellido para adecuarlo a su nueva ley nacional. El principal inconveniente que plantea esta solución es que obliga al sujeto a un cambio brusco y forzoso de los apellidos. Por ello, para paliar tales efectos la nueva ley nacional debe poder establecer mecanismos para que la persona pueda conservar los apellidos ostentados con arreglo a la ley nacional anterior. Esta es precisamente la solución contemplada por el art. 199 RRC. El citado precepto prevé que el interesado en conservar sus apellidos tiene dos meses a contar desde la adquisición de la nacionalidad española para manifestar dicha voluntad. Para que opere la opción de la conservación no solo es necesario que se cumpla el plazo fijado sino también que no se vulnere el orden público español en materia de apellidos. Los principales principios rectores de nuestro ordenamiento jurídico en materia de apellidos son: el principio de la duplicidad de apellidos (todo español tiene que ser designado legalmente por dos apellidos) y el principio de la infungibilidad de las líneas paterna y materna, en virtud del cual es contrario al orden público español la transmisión exclusiva de los dos apellidos por una sola de las líneas, sea la paterna o la materna.

Por último, la cuarta directriz de la Instrucción recoge una idea ya defendida por la DGRN en diversas de sus Resoluciones, que es la incompatibilidad existente entre el ejercicio de la facultad de conservación de los apellidos anteriores a la adquisición de la nacionalidad española (art. 199 RRC) y la facultad de todo español mayor de edad de invertir el orden de los mismos (art. 109 C.c). Es decir, que si en el momento de adquirir la nacionalidad española el interesado manifiesta su voluntad de conservar los apellidos que ostentaba con anterioridad a su nacionalización como español, con posterioridad ya no podrá solicitar la inversión del orden de sus apellidos. La opción por la conservación descarta la posibilidad de invertir *a posteriori* el orden de los apellidos.

2. Extranjería

A) Legislación

a) Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (B.O.E. núm. 51, de 28 de febrero de 2007)

Desde la adhesión de España a la Comunidad Europea, varias han sido las normas reglamentarias que se han sucedido referidas a la entrada y residencia en nuestro país de los nacionales de nuestros vecinos comunitarios y sus familias: las principales, el Real Decreto 1099/1986, de 26 de mayo, el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio, y el Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero. La necesidad de un nuevo Reglamento, transcurridos escasamente cuatro años desde la entrada en vigor del último, ha venido motivada fundamentalmente por la promulgación de la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Dicha Directiva modifica, refunde y deroga la panoplia de normas comunitarias vigentes en este ámbito, integrada por las Directivas

64/221, 68/360, 72/194, 73/148, 75/34, 75/35, 90/364 y 93/96 así como por el Reglamento nº 1612/68 (sólo parcialmente derogado). Al margen de la incorporación al ordenamiento español de la nueva Directiva comunitaria, la reforma también introduce en sus Disposiciones finales nuevas previsiones referidas a los cónyuges o parejas de ciudadanos españoles, así como a los descendientes menores de veintiún años o mayores dependientes, que están destinadas a sustituir diversos preceptos del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000 aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre. La entrada en vigor del nuevo Reglamento, el 28 de marzo del corriente año, ha venido acompañada de las Instrucciones de la Dirección General de Inmigración DGI/SGRJ/03/2007, de 22 de marzo, disponibles en la página web del Ministerio de Trabajo así como en los sitios web más conocidos dedicados a la Extranjería.

La primera gran novedad del nuevo texto se encuentra en su ámbito de aplicación: el régimen denominado de forma abreviada y coloquial “comunitario” pasa a aplicarse no sólo al cónyuge sino también “a la pareja con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o que sea parte del Espacio Económico Europeo, siempre que este último impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado y no conste la cancelación de dicha inscripción. Todo ello deberá ser suficientemente acreditado”, considerándose incompatibles las situaciones de matrimonio e inscripción como pareja registrada. Por el momento, parece que podrán beneficiarse de las nuevas previsiones las parejas de hecho inscritas en Alemania, Francia, Reino Unido, Chequia, Dinamarca, Eslovenia, Finlandia, Luxemburgo y Suecia, pero no por desgracia las inscritas en los registros de parejas de hecho existentes en diversas Comunidades Autónomas y Ayuntamientos de España. Para despejar posibles dudas, la DGI ya ha indicado que sí se admitirá como beneficiario al cónyuge o pareja inscrita del mismo sexo, incluso aunque su estatuto personal no lo permita, dando aplicación a la doctrina contenida en la Resolución Circular de la DGRN, de 29 de julio de 2005 para la celebración de tales uniones. Desde el punto de vista formal, las primeras instrucciones de desarrollo antes citadas concretan (en un modo no previsto en el Reglamento) que la certificación registral deberá haber sido expedida con una antelación máxima de tres meses respecto a la fecha de presentación de la solicitud de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión.

El régimen comunitario sigue aplicándose como hasta ahora a los descendientes y los del cónyuge, a los que ahora se suman los de la pareja registrada, siempre que no haya recaído acuerdo o declaración de nulidad, divorcio o separación legal (en el régimen anterior sólo se aludía a la separación) y sean menores de veintiún años o bien mayores a su cargo o incapaces; así como a los ascendientes y los del cónyuge o pareja registrada que vivan a su cargo, siempre que igualmente no exista resolución de nulidad, separación o divorcio. El nuevo Reglamento sigue sin aclarar (art. 8.3) qué se entiende por la expresión “a su cargo”, lo que las primeras Instrucciones citadas ya precisan no será objeto de prueba tasada. Se admitirá por tanto la acreditación recurriendo a cualquier tipo de prueba admitida en Derecho, siempre que pueda atestiguar que los medios de vida del beneficiario proceden de forma exclusiva o con carácter principal del ciudadano comunitario o bien de su cónyuge o pareja registrada.

La segunda y principal novedad del nuevo Reglamento consiste en la desaparición de la tarjeta de residente comunitario exclusivamente para los ciudadanos comunitarios que residan en España por plazo superior a tres meses, que será sustituida por la obligación de solicitar su inscripción en el Registro Central de Extranjeros. Esta inscripción se verificará mediante solicitud presentada en la Oficina de Extranjeros de la provincia en que deseen residir o, en su defecto, en la Comisaría de Policía correspondiente. No desaparece en cambio la tarjeta de familiar de residente comunitario, que pasa ahora a denominarse tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, pudiendo convertirse cumplidos los requisitos reglamentarios en tarjeta de residencia permanente de familiar de ciudadano de la Unión. Valorando en términos generales el cambio, se revela escasamente práctico, a efectos de documentación, la sustitución de las tarjetas de residente comunitario por lo que el nuevo Reglamento denomina certificados de registro o certificados del derecho a residir permanente, que además sólo acreditan la inscripción en el Registro Central de Extranjeros en compañía del pasaporte o documento nacional de identidad en vigor.

En el estrecho marco de estas líneas poco comentario puede hacerse de toda la problemática aplicativa que puede suscitar el nuevo Real Decreto (especialmente compleja en la combinación con el régimen transitorio aplicable a ciudadanos rumanos y búlgaros). Podemos por ejemplo mencionar las nuevas previsiones sobre pérdida del derecho de residencia del miembro de la familia del ciudadano miembro de la UE o AEEE en caso de nulidad, separación o divorcio, en que se contempla como excepción la posibilidad de mantener el status comunitario “cuando se acredite que han existido circunstancias especialmente difíciles como haber sido víctima de violencia doméstica durante el matrimonio o situación de pareja registrada, circunstancia que se considerará acreditada de manera provisional *cuando exista una orden de protección...*”. Habrá que seguir las estadísticas del Ministerio de Justicia y el CGPJ para ver el impacto que estas nuevas previsiones puedan tener en un futuro y previsible incremento de las solicitudes de órdenes de protección ante los (ya de por sí sobrecargados) Juzgados de VIDO, habida cuenta de la conocida laxitud en la concesión de órdenes de protección fundadas en hechos que en fases posteriores del procedimiento no justifican la prosecución de la causa. De tal posibilidad conviene también que estén avisados los ciudadanos españoles o comunitarios que, de forma unilateral y con las facilidades de la Ley 15/2005 pretendan obtener la separación o el divorcio frente a cónyuge “extracomunitario”.

Sin embargo, uno de los puntos del nuevo Reglamento que más ha concitado las críticas se encuentra precisamente en las disposiciones finales. Ya el dictamen del Consejo de Estado referido al Proyecto, de 2 de noviembre de 2006, había detectado una posibilidad de discriminación “à rebours” respecto a la reagrupación de ascendientes de nacionales españoles en comparación con los ascendientes de ciudadanos nacionales de otro Estado de la UE o del AEEE. La redacción final de la norma no pone sin embargo remedio a la misma: en efecto, dice ahora el punto d) de la Disposición vigésima del Reglamento de de la L.O. 4/2000, en la redacción resultante de la Disposición final tercera del R.D. 240/2007, que este último es aplicable a los ascendientes de ciudadano español, sea cual sea su nacionalidad siempre que ya tuvieren una tarjeta de familiar de residente

comunitario en vigor, en tanto que la reagrupación familiar (punto 2º) se regirá por la normativa general del R.D. 2393/2004. El asunto ha atraído la atención del propio Defensor del Pueblo, que ha remitido al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales una recomendación instando la modificación del citado inciso, sujetando la reagrupación de ascendientes de españoles a los mismos requisitos que en el nuevo Reglamento 240/2007 rigen para los de ciudadanos de la UE o AEEE.

b) Orden PRE/1282/2007, de 10 de mayo, sobre medios económicos cuya disposición habrán de acreditar los extranjeros para poder efectuar su entrada en España (B.O.E. de 11 de mayo de 2007)

Se actualiza una de las normas más obsoletas de nuestro Derecho de extranjería que, extrañamente, ha sobrevivido durante casi veinte años los vaivenes de esta disciplina: la Orden del Ministerio del Interior de 22 de febrero de 1989. Se trata de la reglamentación de los concretos medios económicos que deben acreditar los extranjeros para poder efectuar su entrada en España y que vienen exigidos en diversas normas de rango legal o fuente comunitaria (art. 25 de la L.O. 4/2000 y 8 del R.D. 2393/2004, art. 5.3 del Reglamento (CE) 562/2006). La exigencia, que únicamente resulta de aplicación a los extranjeros a quienes no se aplique la disciplina comunitaria recogida en el R.D. 240/2007, se concreta en una nueva y compleja fórmula de cálculo, equivalente al 10% del salario mínimo interprofesional bruto o su equivalente legal en moneda extranjera multiplicado por el número de días de estancia en España, representando como mínimo el 90% del salario mínimo interprofesional bruto, vigente en cada momento. La norma se hace acreedora de un par de objeciones. La primera es que resulta extraño el recurso al SMI y no al IPREM (Indicador Público de Renta a Efectos Múltiples), sobretodo por lo dicho en el art. 1 del Real Decreto Ley 3/2004, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía, que expresamente establece la desvinculación del SMI de otros efectos o finalidades distintos de la garantía salarial mínima de los trabajadores por cuenta ajena según se establece en el artículo 27 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Creíamos que el SMI había visto reducido su campo de acción al ámbito estrictamente laboral, con las solas excepciones enumeradas en los incisos 2 y 3 del art. 1 del Real Decreto Ley 3/2004. Gazapo aparte, no tiene desperdicio el modo de acreditación de los medios económicos, al permitirse la exhibición del extracto de cuenta bancaria o libreta bancaria puesta al día. Dependiendo de la procedencia de los extranjeros extracomunitarios (chinos, coreanos, rusos...), el examen por los funcionarios encargados del control de fronteras de una documentación semejante puede deparar situaciones tan delirantes como surrealistas.

c) Orden PRE/1283/2007, de 10 de mayo, por la que se establecen los términos y requisitos para la expedición de la carta de invitación de particulares a favor de extranjeros que pretendan acceder al territorio nacional por motivos de carácter turístico o privado (B.O.E. de 11 de mayo de 2007).

En el mismo día y B.O.E. que la anterior disposición, se publica otra norma reglamentaria que pretende reducir los márgenes de discrecionalidad administrativa

definiendo lo indefinible: la carta de invitación a la que vagamente se alude el art. 25.1 de la L.O. 4/2000 con la sucinta referencia a “los documentos que se determinen reglamentariamente que justifiquen el objeto y condiciones de estancia” y que es expresamente mencionada en el art. 7 del Real Decreto 2393/2004. De poca utilidad se revela ahora que se especifiquen los requisitos formales de las cartas de invitación: allí donde hay un propósito real de controlar los escurridizos flujos migratorios que se esconden tras los viajes turísticos, de negocios o inspirados por otros motivos personales, lo que se impone, en el trámite de concesión del visado, es una entrevista con el “anfitrión” residente, o incluso una visita de inspección al lugar de alojamiento del supuesto invitado. Conscientes de que los medios personales y materiales de la Administración no permiten tales alardes, veamos qué se nos ofrece en su sustitución.

Para empezar, y por si fuera poca la sobrecarga de trabajo de las unidades de extranjería y documentación, las cartas de invitación pasan a expedirse en las Comisarías de Policía del lugar de residencia. Otro trámite configurado como un nuevo mini-proceso administrativo hasta hoy inexistente, condenado a las colas, números y citas previas. En la solicitud, el invitante debe hacer constar que está informado de las penas y sanciones administrativas en que podría incurrirse en caso de inmigración ilegal. Vano intento de preconstituir pruebas del conocimiento de la antijuridicidad de las conductas tipificadas en los correspondientes preceptos legales, cuando lo difícil es subsumir la falta de veracidad en la carta de invitación en dichos tipos, a falta de previsión legal expresa (un problema más bien de atipicidad de las conductas). Tristemente anecdótico resulta que la norma contenga como Anexo un modelo de carta de invitación pero no un modelo de solicitud de la misma, lo que (una vez más) abona el campo a la intervención de profesionales y exige la dedicación de nuevos medios personales a tareas informativas en las dependencias administrativas, redundando en los mismos males ya de sobras conocidos. Por cierto, la carta devenga tasa.

d) Resolución de 28 de febrero de 2007, de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros, de 16 de febrero de 2007, por el que se aprueban las instrucciones por las que se determina el procedimiento para autorizar la entrada, residencia y trabajo en España, de extranjeros en cuya actividad profesional concurren razones de interés económico, social o laboral, o relativas a la realización de trabajos de investigación y desarrollo, o docentes, que requieran alta cualificación, o de actuaciones artísticas de especial interés cultural (B.O.E. de 16 de marzo de 2007).

El título de la Instrucción reseñada es suficientemente expresivo de su objeto, que no es otro que el desarrollo de la Disposición Adicional Primera del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000. Nos hallamos aquí ante autorizaciones de residencia y trabajo destinadas a personal directivo, técnicos y científicos altamente cualificado contratados por las Administraciones públicas (Universidades, centros de investigación, etc.) o en el marco de proyectos privados de I+D; así como las destinadas a artistas de reconocido prestigio internacional y sus familiares. En el caso de los directivos y personal contratado altamente cualificado, los requisitos que la Instrucción introduce parecen restringir de forma extraordinaria e injustificada el círculo de beneficiarios a empleados

de grandes empresas (más de 1000 trabajadores, inversiones en España de más de 200 millones de euros, inversión registrada en el Registro de inversiones de la Subdirección General de Inversiones Exteriores, de más de 20 millones de euros). Para los beneficiarios con destino a Universidades y otros centros de investigación la disposición es más benevolente, exigiéndose en la mayoría de los casos una simple memoria. Curioso resulta el caso de los artistas, a los que se pide un plan de actuaciones y un *currículum* del artista, a valorar por la Dirección General de Inmigración. Nos viene a la mente la pretensión del Ayuntamiento de Barcelona de sujetar los artistas callejeros a autorización administrativa, incluidos las conocidas “estatuas vivientes”. ¿Se le pedirá también el currículum a Woody Allen? ¿Y a Yossou N’Dour?

e) Instrucción DGI/SGRJ/05/2007, de 29 de junio de 2007, sobre la incorporación a los expedientes de autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta propia de determinados informes que tendrán la consideración de medios de prueba del cumplimiento de ciertos requisitos reglamentarios, sin perjuicio de cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho (disponible en la web del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, www.mtas.es).

Una de las batallas perdidas de antemano por el Derecho de extranjería es la de reducir a límites insignificantes el margen de apreciación de la Administración, allí donde la norma emplea conceptos jurídicos indeterminados: “arraigo”, “circunstancias excepcionales”, “medios económicos suficientes”, “a su cargo”, etc. Un claro ejemplo lo tenemos en el art. 58 del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, que para las autorizaciones de residencia y trabajo por cuenta propia exige verificar entre otros puntos que se dispone de la “cualificación profesional exigible o experiencia acreditada suficiente”, que la inversión es “suficiente” o que el ejercicio de la actividad producirá recursos económicos “suficientes”. Con la excusa de objetivar al máximo la apreciación de tales requisitos, se impone un nuevo trámite: la obtención de un “informe de valoración”, emitido por entidades u organizaciones públicas o privadas de reconocida solvencia y prestigio que hayan firmado un Convenio con la Administración General del Estado. La Instrucción cita una entidad que ya se beneficia del “sello de homologación”: la Unión de Profesionales y Trabajadores Autónomos. Habrá que ver cuáles son los resultados del sistema y, sobretodo, qué coste económico entrañará para el sufrido administrado la introducción del nuevo sistema veladamente privatizado de acreditación.

B) Jurisprudencia

a) Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de enero de 2007, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 4ª. Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Baena del Alcázar.

El Tribunal Supremo desestima el recurso contencioso administrativo contra el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, que había sido interpuesto por la Asociación de los Chinos en Euskadi. Se trata de una resolución larga y prolija, en la que se da respuesta una a una a las alegaciones de ilegalidad vertidas contra el Reglamento por los recurrentes. No es

este el espacio adecuado para un estudio detallado de los argumentos esgrimidos por el Alto Tribunal, a cuya lectura remitimos. En la difícil labor de resumir el fallo en dos líneas, el Tribunal Supremo no acepta que la falta de audiencia de la entidad recurrente contradiga lo preceptuado en el art. 105 de la Constitución y 24.c) de la Ley del Gobierno 50/1997, de 27 de noviembre, que imponen a la Administración la obligación de dar audiencia a las organizaciones y asociaciones interesadas; y estima, respecto al resto de motivos del recurso, que parten de una errónea concepción de la potestad reglamentaria del Gobierno, que no queda limitada a una mera repetición mimética de los preceptos legales que le dan cobertura. Como siempre, los márgenes de discrecionalidad de la Administración en lo que el Tribunal Supremo reconoce ser “una materia tan delicada como esta de extranjería, que afecta a los derechos y deberes de las personas en cuanto a las entradas y salidas del territorio nacional, desde luego de los extranjeros pero también en ocasiones de los españoles” (F.J. 3º) siguen siendo objeto de crítica y debate.

b) Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2007, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 5ª. Ponente. Excmo. Sr. D. Pedro José Yagüe Gil.

La mayoría de foros y sitios web de Extranjería se hacen eco de esta Sentencia del Tribunal Supremo, que no supone ciertamente variación ni apertura respecto a la doctrina ya sentada en otras anteriores, plasmada entre otras en las SsTS de 21 de abril de 2006, 27 de enero de 2006 o 22 de diciembre de 2005. Se trata de una problemática bien conocida: en los supuestos de infracción previstos por los apartados a), b), c), d) y f) del art. 53 de la L.O. 4/2000 (en el punto a): “encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente”), cabe tanto la imposición de la sanción de multa como la de expulsión. A falta de criterios claros en la Ley sobre la elección entre una u otra sanción y las relaciones entre ambas, la jurisprudencia de algunos Tribunales Superiores de Justicia (STSJ Navarra de 2 de diciembre de 2004, STSJ Valencia de 11 de julio de 2002, STSJ Cataluña de 6 de marzo de 2006) había venido negando que la multa fuera la sanción principal y la expulsión tuviera carácter subsidiario, así como la exigencia de una motivación específica para la elección entre una y otra (discrecionalidad administrativa). Otras resoluciones en cambio (STSJ de La Rioja de 4 de diciembre de 2003 o STSJ de Baleares, de 8 de octubre de 2004) han venido exigiendo en la elección una motivación y control con arreglo al principio de proporcionalidad. El Tribunal Supremo ya había aceptado con anterioridad en las resoluciones antes citadas que la sanción de multa goza de preferencia frente a la expulsión, y que la opción por esta última precisa ser motivada y proporcional. Ahora bien, como contrapeso a dicha doctrina también ha declarado reiteradamente que la motivación no necesariamente debe figurar especificada en la resolución por la que se acuerda la expulsión, sino que basta con que se deduzca de datos obrantes en el expediente administrativo sobre la conducta del interesado o sus circunstancias. En el caso enjuiciado, concluye el Tribunal que dichos datos no constan en el expediente administrativo aportado a los autos. No ha

dicho en cambio el Tribunal Supremo que la estancia o residencia ilegal no pueda ser, mediando los requisitos expresados, causa de expulsión.

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

1. Conferencia de La Haya

A) Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya

Respecto del primer semestre del año 2007, debe destacarse en primer lugar la entrada en vigor el 1 de enero de los nuevos Estatutos de la Conferencia de La Haya, lo cual permitió que el pasado día 3 de abril se procediera de forma oficial a la admisión de la Comunidad Europea como miembro de la Conferencia de la Haya a través del depósito del instrumento de aceptación de los nuevos Estatutos de esta organización internacional. La admisión de la Comunidad Europea como miembro de la organización vino precedida de la modificación de los Estatutos que habían sido aprobados el 31 de octubre de 1951 y que entraron en vigor el 15 de julio de 1955, para dar cabida dentro del seno de la Conferencia Internacional a organizaciones regionales de integración económica tales como la Comunidad Europea, la cual ha sido la primera en formar parte de dicha organización.

Asimismo en el acto de admisión de la Comunidad Europea, la delegación de Alemania ratificó el Convenio de 13 de enero de 2000 sobre protección Internacional de Adultos, la delegación suiza firmó el mismo convenio y ratificó el de 1 de julio de 1985 relativo a la ley aplicable al Trust y su reconocimiento y la delegación de Ucrania presentó su adhesión a los Convenios de 2 de octubre de 1973 y al de 19 de octubre de 1996.

Finalmente, dentro de este apartado sobre asuntos generales, es de destacar que desde el 1 de marzo de 2007 la Conferencia de La Haya cuenta con un miembro más, el Estado de Montenegro, ampliándose así hasta 67 los miembros de esta organización internacional.

B) Anteproyecto de Convenio sobre cobro internacional de alimentos con respecto los niños y otras formas de manutención de la familia.

* Sergi Prats Jané y Maria Álvarez Torné (Universidad de Barcelona).

Como hemos visto en crónicas anteriores (*vid.* REEI 12/2006 y 13/2007) el futuro Convenio sobre cobro internacional de alimentos con respecto a los niños y otras formas de manutención de la familia tenía inicialmente el objetivo de sustituir a los cuatro Convenios de La Haya existentes en este campo y al de Nueva York de 1956, pero finalmente no será así, y el ámbito de aplicación del Anteproyecto de Convenio comprende el reconocimiento, la ejecución y la cooperación de Autoridades y, tal y como veremos a continuación, en relación a la ley aplicable se ha decidido incorporar su regulación en un protocolo independiente.

En la reunión de la Comisión Especial sobre cobro internacional de alimentos con respecto a los niños y otras formas de manutención de la familia, que tuvo lugar entre los días 19 y 28 de junio de 2006, se acordó celebrar una nueva reunión de la Comisión Especial sobre ley aplicable durante la primavera de 2007, la cual tuvo lugar entre los días 8 a 16 de mayo. Su finalidad era estudiar y discutir las modificaciones introducidas en el texto por el Grupo de Trabajo sobre la Ley aplicable en relación al artículo 28(5) del anteproyecto de Convenio¹, así como las propuestas presentadas en el informe presentado por las relatoras del proyecto, la Profesora Alegría Borrás y la Sra. Jennifer Degeling, en relación a los artículos 8, 14 y 20 del proyecto, artículos que se refieren a los costes de la Autoridad central, el acceso efectivo a los procedimientos y al procedimiento para las solicitudes de reconocimiento y ejecución. En relación a la ley aplicable, que en principio debía formar parte del futuro Convenio, finalmente se decidió que la redacción la llevara a cabo el Grupo de Trabajo sobre Ley aplicable y que formara parte de un Protocolo independiente, el cual ya ha sido realizado². El mismo será presentado junto al anteproyecto del Convenio definitivo elaborado por el Comité de redacción en la Vigésimo-primer sesión diplomática, que tendrá lugar entre los días 5 y 23 de noviembre de 2007 para ser firmado por los Estados miembros de la Conferencia y por los Estados participantes de esta reunión.

De la reunión de mayo de la Comisión Especial surgió un anteproyecto definitivo del cual vamos a destacar la redacción final de los artículos 8, 14, 20 y 28, artículos que fueron objeto de estudio y debate en la mencionada reunión.

El artículo 8 quedó redactado en el sentido de que cada Autoridad Central debe asumir sus propios costes y no imponer al solicitante ningún cargo por los servicios que las mismas presten en virtud del Convenio, a excepción de los costes o gastos excepcionales que se deriven de una petición de una medida específica en virtud del artículo 7 (petición de medidas específicas).

La redacción final del artículo 14, dedicada al acceso efectivo a los procedimientos, la asistencia jurídica gratuita respecto de solicitudes de alimentos para los niños, la asistencia jurídica gratuita respecto de solicitudes de alimentos para otras formas de manutención de la familia y, finalmente, a la prestación de fianza respecto de los costes, no ha quedado completamente cerrada, ya que en el anteproyecto se proponen dos

¹ Doc. Preliminar número 25, enero de 2007.

² Doc. Preliminar número 30, junio de 2007.

redacciones alternativas. La primera propone un único artículo, mientras que la segunda propone la división en un artículo 14 dedicado al acceso efectivo a los procedimientos, un artículo 14 bis, dedicado a la asistencia jurídica gratuita respecto de solicitudes de alimentos para los niños, más minucioso en cuanto a las posibilidades que tiene la Autoridad Central en relación al cobro de los costes o la posible concesión del derecho de asistencia jurídica gratuita y finalmente, un artículo 14 ter donde se establecen aquellas solicitudes que no se benefician de la asistencia jurídica gratuita en virtud del artículo 14 bis.

Al margen de la opción de redacción que finalmente sea aprobada en el texto final del Convenio, el artículo 14 establece que el Estado requerido garantizará a los solicitantes el acceso efectivo a los procedimientos, incluidos los recursos, que resulten de las solicitudes presentadas incluyéndose, en su caso, la prestación de asistencia jurídica gratuita, a excepción de aquellos procedimientos concebidos para que los solicitantes puedan defender sus intereses sin necesidad de esa asistencia y cuando la Autoridad Central preste gratuitamente los servicios que resulten necesarios. Asimismo se establece que la prestación de la asistencia jurídica gratuita podrá supeditarse a un examen de los recursos del solicitante o del fondo del asunto, no pudiendo ser las condiciones de acceso más restrictivas que las que se apliquen en asuntos internos equivalentes. Finalmente se afirma que no se podrá exigir ninguna fianza, caución o depósito, sea cual fuere su denominación, para garantizar el pago de los costes y gastos en los procedimientos iniciados por un acreedor en virtud del Convenio.

En el artículo 20 se ha establecido el procedimiento en relación a las solicitudes de reconocimiento y ejecución, el cual se regirá por la ley del Estado requerido. El procedimiento se iniciará con la presentación de la solicitud directamente ante la Autoridad Central la cual se encargará de la transmisión de la solicitud a la autoridad competente, quien declarará la ejecutividad o la registrará para su ejecución, previéndose también, en el artículo 34, la posibilidad de la presentación directa ante la autoridad competente. Se establecen como causas de denegación de la declaración de ejecución o del registro las establecidas en los provisionales artículos 17 y 19 del anteproyecto. Finalmente, en los apartados 6º a 11º del artículo 20 se regula el procedimiento a seguir en caso de recurso u oposición por motivos de hecho o de derecho por parte del solicitante o del demandado.

En relación a la redacción final del apartado 5º del artículo 28, tal y como ya se ha dicho anteriormente, ésta ha sido realizada por el Grupo de Trabajo sobre la ley aplicable a través del informe de abril de 2007³ presentado ante la Comisión Especial en la reunión de mayo, la cual ha sido incorporada a la redacción final del anteproyecto. El artículo 28 es el primero de los artículos del Capítulo VI dedicados a la ejecución. En este artículo 28 se establece que la ley aplicable a la ejecución será la del Estado requerido, no exigiéndose más acción por parte del solicitante que la presentación de la solicitud, aplicándose las normas del Estado de origen de la decisión en aquellos aspectos relativos a la duración de la obligación alimenticia. Finalmente el apartado 5º afirma

³ Informe del Grupo de Trabajo sobre la ley aplicable, Doc. Preliminar número 27, abril de 2007.

que el plazo de prescripción para la ejecución de atrasos se determinará conforme a la ley del Estado de origen de la decisión o a la ley del Estado requerido, según la que prevea un plazo mayor.

Deberemos esperar a la Vigésimo-primer sesión diplomática, en la que por primera vez participará una organización internacional (la Comunidad Europea) como miembro de la Conferencia, para ver cuántos Estados finalmente aceptan el texto del anteproyecto del Convenio. Asimismo en la sesión diplomática se deberá adoptar una decisión final en relación al anteproyecto de Protocolo sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, es decir, si formará parte del futuro convenio sobre cobro internacional de alimentos con respecto a los niños y otras formas de manutención de la familia, como anexo al mismo, o por otro lado, se aprobará como instrumento jurídico independiente del Convenio o sencillamente se pospondrá su aprobación a futuras reuniones.

2. Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado (GEDIP)

Analizaremos a continuación la actividad del GEDIP en el primer semestre de 2007, sin referirnos a la XVII reunión celebrada en Hamburgo el pasado mes de septiembre de 2007, que se tratará en la siguiente crónica relativa al segundo semestre de este año.

A) Respuesta del GEDIP al Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo.

El Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo⁴ se fija como objetivo la revisión del marco regulador de este ámbito analizando ocho directivas recogidas en su Anexo II, en aras de posibilitar un verdadero mercado interior para los consumidores comunitarios en que resulten compatibles su protección y la competitividad empresarial. A través de la simplificación de la normativa existente, el Libro Verde pretende garantizar la igualdad de derechos para los consumidores con independencia del Estado Miembro en que se encuentren sin menoscabo de los intereses empresariales. La Comisión parte en el Libro Verde de actividades previas enfocadas al proceso de modernización de esta materia y dedicadas en gran parte al análisis de las directivas sobre consumo existentes y al diseño de una posible Directiva marco.

Ante la difusión del Libro Verde y la petición de la Comisión de que le sean remitidas respuestas sobre las cuestiones planteadas por parte de todos los interesados, el GEDIP reacciona lamentando no poder reunirse antes del vencimiento del plazo para enviarlas, pero formula pese a ello una contribución de sus miembros coordinada por el Profesor M. Fallon y orientada a los aspectos de Derecho Internacional Privado (DIPr) relativos a la pregunta “N” del cuestionario: “¿Hay alguna otra cuestión o ámbito que requiera un análisis o un tratamiento más profundo a nivel de la UE en el contexto de la protección de los consumidores?”. Tras la recepción de más de 300 respuestas por parte de la Comisión, la Dirección General de Sanidad y Protección de los Consumidores publicó

⁴ Diario Oficial C 61 de 15 de marzo de 2007.

un documento de trabajo que se completará tras el análisis detallado de las contribuciones⁵.

En cuanto a la respuesta remitida por el GEDIP⁶, la misma hace hincapié en primer lugar en el hecho de que el Libro Verde asegura de modo introductorio que no pretende incidir a través de la citada revisión en las normas de conflicto existentes en este ámbito, extremo que no vuelve a abordarse en el cuestionario que se incluye. El GEDIP objeta a tal afirmación que la revisión del acervo comunitario en materia de consumo puede afectar no obstante a las normas de conflicto según cuál resulte ser la opción elegida para llevarla a cabo. En este sentido, el Grupo articula su respuesta aduciendo diversas vías de revisión contempladas por el Libro Verde que conllevarían consecuencias para sectores regulados por normas de conflicto y por tanto a la disciplina del DIPr.

Afectaría por ejemplo al ámbito del DIPr, en opinión del GEDIP, el mantenimiento de ciertos artículos de directivas en materia de consumo que contienen normas de conflicto unilaterales en el contexto del proyecto de una futura Directiva marco, como el artículo 6.2 de la Directiva 93/13 sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores⁷ y el artículo 9 de la Directiva 94/47 relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido⁸. Tendría consecuencias asimismo en cuanto al DIPr la eventual elección de una armonización mínima del Derecho de los consumidores que conviviese con la disparidad de legislaciones nacionales. Asimismo afectaría al DIPr la posible subsistencia de la descoordinación entre las normas de conflicto contenidas en diversos instrumentos comunitarios y extracomunitarios. Entre otras apreciaciones, el Grupo mantiene además en su contribución que complementar una eventual armonización mínima con una cláusula de reconocimiento mutuo, por la que los Estados miembros podrían prever normas más estrictas sobre protección de los consumidores en sus respectivos ordenamientos jurídicos, pero sin exigir estos requisitos más estrictos a empresas establecidas en otros Estados miembros para no atentar contra la libre circulación de mercancías o a la libertad de prestación de servicios, incidiría en la determinación de la ley aplicable a la relación contractual y por tanto en el DIPr.

Por lo anterior y a tenor del análisis completo llevado a cabo en su contribución, el GEDIP ofrece diversos argumentos que rebaten la afirmación sostenida en el Libro Verde en virtud de la cual el proceso de revisión que proyecta no tiene influencia alguna en el ámbito de las normas de conflicto.

⁵ Al respecto, *vid.* http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/acquis/index_en.htm.

⁶ Puede consultarse la respuesta del GEDIP en el link al que se refiere la anterior nota al pie, o directamente en la web del GEDIP en <http://www.gedip-egpil.eu/documents/gedip-documents-27.html>.

⁷ Diario Oficial L 95 de 21 de abril de 1993.

⁸ Diario Oficial L 280 de 29 de octubre de 1994.