

B) DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

25.ª REUNIÓN DEL GRUPO EUROPEO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO (LUXEMBURGO, 18 A 20 DE SEPTIEMBRE DE 2015)

1. La 25.ª Reunión del Grupo Europeo de Derecho internacional privado (en adelante, GEDIP) tuvo lugar en Luxemburgo, los días 18 a 20 de septiembre de 2015, mencionándose expresamente por el Presidente, M. Fallon, el hecho de constituir un importante aniversario. En esta ocasión, la organización de la reunión corrió a cargo de Ch. Kohler y P. Kinsch. Las reuniones se celebraron en el edificio que comparten la Universidad de Luxemburgo y el Max Planck Institute contando con la colaboración, respectivamente, del Prof. G. Cuniberti y de los Profs. B. Hess y M. Requejo.

2. La reunión comenzó con dos exposiciones, una a cargo de Ch. Kohler, sobre el Dictamen 2/13 del TJUE y otra a cargo de T. Hartley sobre la Sentencia del TJUE C-536/13 *Grazprom*.

C. Kohler resumió el contenido del Dictamen 2/13, en el que el TJUE ha concluido que el Proyecto de acuerdo de adhesión de la UE al Convenio Europeo de Derechos Humanos no es compatible con el Derecho de la Unión. Según el TJUE, el Derecho de la UE es el fundamento constitucional de la Unión y por lo tanto no es posible someterlo a otra norma nacional o convencional. C. Kohler analizó con detalle el impacto de esta decisión sobre el Derecho internacional privado de la UE, en particular la importancia que la decisión del TJUE otorga al principio de confianza mutua y sus consecuencias, por ejemplo: i) que este principio prevalece sobre cualquier convenio eventualmente concluido por los Estados y, por consiguiente, no puede utilizarse el CEDH para denegar sin más el reconocimiento de una decisión dictada en otro Estado miembro; ii) que hay una presunción general favorable a que el Estado de origen de la decisión ha respetado el Derecho de la Unión. Ch. Kohler, no obstante, puso de relieve también la cierta «inconsistencia» entre esta decisión y la jurisprudencia del TJUE en aplicación del Reglamento Bruselas I, donde ha reconocido que la cláusula de orden público no excluye absolutamente esa revisión de la compatibilidad de la decisión del Estado de origen con el Derecho de la Unión. En su intervención apuntó que la Sentencia de 16 de julio de 2015, en el asunto C-681/13 *Diageo Brands BV* (en

Revista Jurídica de Catalunya, 2016.1, en prensa) intenta dar respuesta a esta aparente inconsistencia, ya que afirma, por un lado, la validez del control de orden público incluso cuando se alega una violación del Derecho de la Unión. Pero, por otro lado, añade que esto solo cabe cuando se trate de circunstancias extraordinarias y de una violación grave y manifiesta. En este caso, el TJUE apunta también las condiciones en las que el hecho de no plantear una cuestión prejudicial en el Estado de origen puede invocarse para denegar el reconocimiento de una decisión como parte de la cláusula de orden público. El Tribunal, en particular, exige que el interesado haya agotado los recursos disponibles en el Estado de origen. Por último, C. Kohler analizó la jurisprudencia del TJUE en los casos en los que el Derecho derivado excluye cualquier motivo de denegación (por ejemplo, en materia de restitución de menores) y concluyó que incluso en estos casos cabría una posibilidad de denegar el reconocimiento cuando la violación de los derechos fundamentales es extraordinariamente grave y manifiesta.

3. Por su parte, T. Hartley analizó el contenido de la sentencia *Grazprom* (en esta *Revista*, con comentario de ARENAS, R., 2015, 2, pp. 184 y ss., y en la *Revista Jurídica de Catalunya*, con comentario de FERNÁNDEZ ROZAS, J. C., 2015.4, pp. 1115 y ss.), donde el TJUE ha considerado que las *anti-suit injunctions* dictadas en el marco de un procedimiento arbitral quedan fuera del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I. T. Hartley revisó la jurisprudencia del TJUE en materia de arbitraje y *anti-suit injunctions*, en particular el caso *West Tankers* (en esta *Revista*, con comentario de REQUEJO, M., 2009, 1, pp. 186 y ss., y en *Revista Jurídica de Catalunya* con comentario de REQUEJO, M., 2009.3, pp. 897 y ss.). A partir de aquí explicó con detalle la sentencia en el caso *Grazprom* y concluyó que, a su juicio, esta decisión no corrige la jurisprudencia *West Tankers* ya que el supuesto fáctico es distinto: la *antisuit* no era dictada por un tribunal estatal ni iba acompañada de multas coercitivas.

4. La última sesión del primer día y la primera del día siguiente se dedicó a presentar y discutir los trabajos del Grupo en el ámbito de la ley aplicable a las sociedades, integrado por los Profs. Stefania Bariatti, Michael Bodgan, F. J. Garcimartín, Trevor Hartley, Monika Pauknerova, Kurt Siehr y Teun Struycken, La presentación corrió a cargo de F. Garcimartín, ponente del tema, quien describió el documento preparado por el subgrupo de trabajo [véase *REDI*, 67 (2015) 1, p. 344] a raíz de los comentarios y aportaciones de la reunión anterior. El contenido del nuevo borrador de Reglamento se estructuraba sobre cuatro capítulos.

El *primero* contenía dos artículos relativos, respectivamente, a su ámbito de aplicación material (art. 1), donde se optaba por una solución muy amplia, comprendiendo tanto las sociedades mercantiles como civiles, de responsabilidad limitada o de personas, y al carácter universal del texto (art. 2). La definición del ámbito de aplicación material descansaba sobre una regla positiva, basada en fórmula del art. 1 (2) (f) del Reglamento Roma I (esto es, el Reglamento se aplica a las sociedades y demás personas jurídicas), y una regla negativa, donde se enumeraban una serie de cuestiones excluidas de su ámbito de aplicación: por ejemplo, el Derecho laboral, el Derecho público o las cuestiones relativas a la responsabilidad extracontractual de socios y directivos frente a terceros. Al margen de cuestiones de redacción, que se incorporaron a la nueva versión del texto, las discusiones se centraron en la definición del ámbito de aplicación del proyecto de Reglamento, en la exclusión de la responsabilidad de los socios y directivos frente a terceros y la exclusión de las normas de Derecho público.

El resto de los capítulos se discutió en la primera sesión del segundo día. El *segundo capítulo* del texto presentado establecía la regla general, basada en la teoría

de la incorporación (art. 4), una regla subsidiaria para los supuestos en los que las partes no habían incorporado o constituido la sociedad bajo una ley nacional particular (art. 5), una norma sobre el ámbito de cuestiones sometidas a la ley rectora de la sociedad o *lex societatis* (art. 6) y dos conexiones especiales, una para la capacidad (art. 6) y otra para la responsabilidad (art. 7). El *tercer capítulo* fijaba las reglas aplicables a los cambios de *lex societatis* y, en particular, establecía la posibilidad de proceder a dicho cambio conservando la personalidad jurídica, esto es, sin necesidad de liquidación de la sociedad anterior y constitución de una sociedad *ex novo* (arts. 8 y 9). El *cuarto capítulo* contenía algunas soluciones a los problemas de aplicación: leyes de policía, orden público, Estados plurilegislativos, reenvío, convenios internacionales y entrada en vigor.

Al margen de cuestiones de redacción, la mayor parte del debate se centró en el juego de las leyes de policía y el contrapeso que debían ofrecer a la regla de base (autonomía de la voluntad). Al final, no hubo acuerdo dentro del Grupo en relación a la aplicación de normas de policía de terceros Estados. Unos miembros defendieron limitarlas a las del Estado de la sede real, mientras que otros eran partidarios de aplicar cualquier norma de policía de cualquier Estado donde la sociedad llevase a cabo actividades. La cuestión queda abierta para la próxima reunión.

5. La reunión continuó con el análisis del proyecto de Reglamento sobre competencia judicial, ley aplicable, reconocimiento de sentencias y cooperación en materia de divorcio. La presentación de los trabajos del subgrupo constituido en la sesión anterior para preparar dicho texto corrió a cargo de E. Pataut. El subgrupo de trabajo ha estado compuesto por A. Borrás, A. Bonomi, H. Gaudement-Tallon, Ch. Kohler, P. Lagarde, H. van Loon y R. M. Moura Ramos.

El objetivo del proyecto es, fundamentalmente, incorporar en un instrumento único sobre separación y divorcio las reglas establecidas en el Reglamento Bruselas II bis y Roma III, y asimismo aprovechar la ocasión para resolver los problemas que ha planteado su aplicación hasta ahora. El texto del proyecto de Reglamento se divide en cuatro capítulos: ámbito de aplicación, competencia, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones. La discusión se centró en el ámbito de aplicación del texto y en las reglas de competencia. En primer lugar, en cuanto a su ámbito de aplicación, se acordó que se aplicará al divorcio de parejas del mismo sexo. Se plantearon dudas, no obstante, sobre la inclusión de la nulidad matrimonial en el nuevo texto y el reconocimiento de decisiones no judiciales (divorcios privados). Tanto la nulidad como la anulabilidad quedan, en principio, incluidas, salvo en lo relativo a la ley aplicable. Los divorcios no judiciales (por ejemplo, notariales) se incluyen en el ámbito de aplicación de texto aclarando que el concepto de autoridades judiciales comprende también autoridades nacionales que cumplen una función equivalente. Se plantearon dudas en relación a los divorcios puramente privados, esto es, sin intervención de autoridad alguna. También se discutió la cuestión de si debe aplicarse a las parejas registradas o figuras equivalentes, aunque en principio el acuerdo es excluirlas.

En materia de competencia se parte de las reglas de Bruselas II bis, pero se entiende que este instrumento es demasiado generoso y se plantea la necesidad de reducir el elenco de alternativas que contiene, por ejemplo el foro basado en la nacionalidad común de los cónyuges. La mayoría, no obstante, se manifiesta a favor de mantener una buena parte de los foros, incluido la nacionalidad común, y solo suprimir los basados en la residencia habitual del demandante. En cuanto al juego de la autonomía de la voluntad, la mayoría manifiesta su posición favorable, pero dentro de un elenco de opciones. Se discute también si limitar la cláusula de jurisdicción exclusiva solo en

favor de Estados miembros o también a favor de terceros y si es vinculante durante toda la vida del matrimonio. Se plantean varias objeciones a una posibilidad muy amplia. Al final, la cuestión quedó abierta. Se discutió también el juego de los foros residuales y si es preciso incluir un foro de necesidad cuando no haya ningún tribunal dentro de la UE competente. Y, por último, se debatió la posibilidad de incluir una regla de *forum more conveniens* cuando hay otro tribunal competente que está conociendo de un proceso conexo (por ejemplo, en materia de responsabilidad parental o de obligaciones alimenticias).

6. Tras el análisis del proyecto de Reglamento sobre divorcio, M. Pertegás y K. Vandekerckhove presentaron, respectivamente, las novedades y trabajos de la Conferencia de La Haya y de la Unión Europea. M. Pertegás destacó las actividades de impulso y difusión de la Conferencia, en particular en relación con los países africanos y sudamericanos. Destacó la entrada en vigor del Convenio sobre acuerdos de elección de foro y los trabajos de fomento de este instrumento. Asimismo, apuntó los trabajos en el seno de la Conferencia en relación a nuevos instrumentos: la conclusión de los principios sobre ley aplicable a los contratos internacionales, o el llamado «proyecto sentencias» y la maternidad subrogada, que son los dos proyectos prioritarios en este momento. Por su parte, K. Vandekerckhove resumió los trabajos de la Unión Europea durante el último año. En particular, señaló que la revisión del Reglamento Bruselas II bis ha recibido aprobación política y, por tanto, continúan los trabajos. Resumió los instrumentos que se habían aprobado o ratificado este último año: el Reglamento de insolvencia o el Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro, así como las consecuencias del Dictamen 1/2013 en materia de aceptación por los Estados miembros de las adhesiones al Convenio de La Haya de 1980 sobre sustracción internacional de menores. En cuanto a los trabajos en marcha señaló el instrumento sobre el reconocimiento de documentos públicos, la situación del proyecto de Reglamento sobre ley aplicable al régimen económico matrimonial, la revisión del Reglamento sobre *small claims* o anunció una futura propuesta de armonización de las normas imperativas en materia de contratos de venta de contenidos digitales y mercaderías. Por último, H. van Loon presentó un documento sobre la problemática de los refugiados y la necesidad de que el Grupo aprobase algún documento al respecto. Sobre esta propuesta se decidió constituir un subgrupo de trabajo encargado de preparar una declaración del Grupo, limitándose a los aspectos de Derecho internacional privado.

7. El último día intervino P. Kinsch para resumir la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en el ámbito de Derecho internacional privado. P. Kinsch comenzó señalando que durante el último año, el TEDH no había dictado sentencias verdaderamente relevantes en ese ámbito. No obstante, comentó algunos casos de relativa importancia. En particular, la sentencia en el asunto *Chbihi Loudoudi et autres v. Belgique* de 16 de diciembre de 2014, donde el Tribunal concluyó que el hecho de que la normativa de DIPr belga sobre adopción no permita la adopción de un nacional marroquí acogido mediante una *kafala* —ya que su ley nacional no lo permite— no contraviene el art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos. En la sentencia en el asunto *Paradiso et Campanelli v. Italia* de 27 de enero de 2015, el TEDH analiza la negativa de las autoridades italianas a reconocer los vínculos de filiación derivados de una gestación por sustitución constituida en Rusia. El asunto tenía la complicación adicional de que la prueba de ADN practicada en Italia demostró que quien se suponía padre biológico no era tal por lo que, además de no reconocer la relación de filiación, privan a los padres de la custodia del menor y lo entregan a una institución pública. El Tribunal no reprocha a Italia el no reconocimiento de la relación

de filiación sino las medidas de alejamiento del menor y concluye que esta decisión supone una injerencia desproporcionada en la vida privada, contraria al Convenio.

8. Finalmente la reunión concluyó con la sesión administrativa, que eligió a P. Mcleavy (Reino Unido) y M. Szpunar (Polonia) como nuevos miembros del GEDIP. S. Symeonides, P. Lagarde y H. Gaudemet-Tallon anunciaron su retirada como miembros activos del Grupo y se confirmó su nombramiento como miembros honorarios. En otro orden de cosas, J. Basedow fue designado nuevo Presidente del Grupo. En cuanto a la próxima reunión se decidió que tenga lugar en Milán, entre los días 16 a 18 de septiembre de 2016, donde ya tuvo lugar la segunda reunión del GEDIP, en 1992.

Alegría BORRÁS y Francisco J. GARCIMARTÍN
Universidades de Barcelona y Autónoma de Madrid
<http://dx.doi.org/10.17103/redi.68.1.2016.4b.01>