

Crónica de Derecho Internacional Privado

BEATRIZ CAMPUZANO DÍAZ
M.^a ÁNGELES RODRÍGUEZ VÁZQUEZ

1. INTRODUCCIÓN

En la presente Crónica vamos a realizar un somero análisis de las novedades normativas más relevantes para el Derecho internacional privado durante el año 2005. Al igual que en el número anterior de esta revista, optamos, para su presentación, por clasificarlas en función de origen: normas de origen internacional y normas de origen interno, que se presentarán atendiendo a la fecha de su publicación en el DOUE o en el BOE.

2. NORMAS DE ORIGEN INTERNACIONAL

2.1. El Programa de La Haya: consolidación de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea¹

En las Conclusiones del Consejo Europeo de Bruselas, celebrado los días 4 y 5 de noviembre de 2004, se adoptó el llamado «Programa de La Haya» que establece las líneas generales de la política de Justicia e Interior de la Unión Europea para los próximos cinco años. Puede afirmarse, *grosso modo*, que el Programa trata todos los aspectos de las políticas relativas al espacio de libertad, seguridad y justicia, incluida su dimensión exterior, y concretamente los derechos fundamentales y la ciudadanía, el asilo y la migración, la gestión de las fronteras, la integración, la lucha contra el terrorismo y la delincuencia organizada, la cooperación judicial y policial y el Derecho civil.

Centrándonos, por lo que nos toca, en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, el principal objetivo político que se marca es el del reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales. Las fronteras entre los países europeos deben dejar de constituir un obstáculo a la resolución de los asuntos de Derecho civil o a las demandas y la ejecución de resoluciones en asuntos civiles.

¹ DOUE núm. C 53, de 3 de marzo de 2005.

No obstante, hay que afirmar que este *desideratum* no es nuevo puesto que fue en el Consejo Europeo de Tampere, de octubre de 1999, donde se aprobó que el principio de reconocimiento de resoluciones judiciales debía ser la piedra angular de la cooperación judicial para instaurar un verdadero espacio judicial europeo. En concreto, el Consejo Europeo pidió al Consejo y a la Comisión que se adoptase un programa de medias para llevar a la práctica dicho principio. El 30 de noviembre de 2000 el Consejo adoptó el «Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil», proyecto que fijaba una serie de objetivos y etapas en los trabajos que debían desarrollarse en la Unión Europea con el fin de conseguir la supresión del exequátur de las resoluciones dictadas en materia patrimonial, derecho de familia, los testamentos y las sucesiones.

En este contexto, el «Programa de La Haya» refuerza el principio de reconocimiento mutuo al establecer que la aplicación del citado «Proyecto de medidas» debe constituir una prioridad en los años venideros, para garantizar que quede concluido, a más tardar, en 2011. La primera manifestación de la supresión del exequátur en el ámbito patrimonial ha sido el Reglamento (CE) núm. 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un Título ejecutivo europeo para créditos no impugnados (cuyo contenido expusimos en el número anterior de esta Revista).

De otro lado, establece el «Programa de La Haya» que deben proseguirse activamente los trabajos relativos a los siguientes proyectos: la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I); la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II); el proceso monitorio europeo (en el momento de redacción de estas páginas existen propuestas de Reglamentos del Parlamento Europeo y del Consejo sobre dichas materias, que esperamos poder analizar en el próximo número de esta publicación puesto que parece que sus respectivas aprobaciones van a ser inminentes); y los instrumentos sobre modalidades alternativas de solución de conflictos y sobre litigios de escasa cuantía.

También deberá incrementarse la eficacia de los instrumentos existentes en materia de reconocimiento mutuo mediante la normalización de procedimientos y documentos y la elaboración de normas mínimas para determinados aspectos del Derecho procesal, como la notificación o traslado de documentos judiciales y extrajudiciales, el inicio de las actuaciones, la ejecución de sentencias y la transparencia de costas.

Por lo que se respecta al Derecho de familia y al Derecho de sucesiones, se invita a la Comisión a que presente las siguientes propuestas:

- Un proyecto de instrumento sobre el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de obligaciones alimenticias. Actualmente existe una Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de alimentos –Documento COM (2005) 649 final–.
- Un Libro Verde sobre el conflicto de leyes en materia de sucesiones, incluida la competencia, el reconocimiento mutuo y la ejecución de

resoluciones en este ámbito, un certificado de herencia europeo y un mecanismo que permita el conocimiento preciso de la existencia de las últimas voluntades y testamentos de los residentes de la Unión Europea [que ha sido presentado en marzo de 2005 –Documento COM (2005) 65 final–].

- Un Libro Verde sobre el conflicto de leyes en materia de régimen matrimonial, que incluya la cuestión de la jurisdicción y el reconocimiento mutuo.
- Un Libro Verde sobre el conflicto de leyes en materia de divorcio (Roma III).

En el desarrollo de este Programa hay que tener en cuenta además que:

- El 10 de mayo de 2005 la Comisión Europea publicó una Comunicación titulada «Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. – Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia» (Documento COM (2005) 184 final), en la que presentó los objetivos estratégicos a conseguir fijando un calendario para la adopción del conjunto de iniciativas legislativas en estos ámbitos.
- Mediante el «Plan de Acción del Consejo por el que se aplica el Programa de La Haya sobre refuerzo de la libertad, la seguridad y la justicia en la Unión Europea»², el Consejo y la Comisión han fijado el marco de referencia de sus trabajos en el transcurso de los próximos años. Para ello se ha establecido la lista de medidas legislativas y no legislativas que se consideran necesarias para poner en práctica las orientaciones del Programa de La Haya. Por lo que se refiere a la cooperación judicial en materia civil se insiste, básicamente, en la necesidad de adoptar instrumentos en las materias y en el sentido ya analizado *supra*.
- En el «Dictamen del Comité de las Regiones sobre el tema el espacio de libertad, seguridad y justicia: el papel de los Entes locales y regionales en la aplicación del Programa de La Haya»³, se señala que aunque el Programa de La Haya es, en su conjunto, equilibrado no tiene en cuenta suficientemente el papel que desempeñan los entes locales y regionales en la realización del espacio de libertad, seguridad y justicia. Por ello el Comité de las Regiones insta, en primer lugar, a que los representantes de las regiones y los municipios participen estrechamente en la planificación y la ejecución de las medidas a la hora de aplicar a nivel nacional la correspondiente legislación y, en segundo lugar, recomienda que la cooperación judicial se centre de manera especial en fomentar el principio de reconocimiento mutuo y mejorar las posibilidades de que disponen los ciudadanos y las autoridades para obtener información sobre los sistemas y organizaciones judiciales de los distintos países.

² DOUE núm. C 198, de 12 de agosto de 2005.

³ DOUE núm. C 231, de 20 de septiembre de 2005.

2.2. Reglamento (CE) núm. 851/2005 del Consejo, de 2 de junio de 2005, que modifica el Reglamento (CE) núm. 539/2001 por el que se establece la lista de terceros países cuyos nacionales están sometidos a la obligación de visado para cruzar las fronteras exteriores y la lista de terceros países cuyos nacionales están exentos de esa obligación en lo que respecta al mecanismo de reciprocidad⁴

Conforme a lo que dispone el art. 1.1 del Reglamento 539/2001, los nacionales de los terceros países que figuran en el anexo I deberán ir provistos de un visado al cruzar las fronteras exteriores de los Estados miembros, mientras que los que figuran en el anexo II están exentos de dicha obligación, siempre que la duración total de la estancia no supere los tres meses. No obstante, el párrafo 4 de dicha disposición establecía que en los supuestos de no reciprocidad (es decir, un tercer país incluido en el anexo II, cuyos nacionales están exentos de la obligación de visado, pero que mantiene o instauro la obligación de visado para los nacionales de un Estado miembro) había que aplicar una serie de disposiciones que se detallaban.

La aplicación de este mecanismo no ha resultado adecuada y la solidaridad hacia los Estados miembros que sufren estas situaciones de falta de reciprocidad ha exigido su reforma con el fin de garantizar su eficacia. El objetivo del Reglamento 851/2005 es, precisamente, modificar el art. 1.4 del Reglamento 539/2001 en el siguiente sentido:

Las situaciones de falta de reciprocidad deben ser obligatoriamente objeto de una notificación por parte de los Estados miembros afectados al Consejo y a la Comisión, notificación que se publicará en el Diario Oficial de la Unión Europea (Serie C).

Con vistas a lograr que el tercer país de que se trate aplique de nuevo la exención de visado a los nacionales de los Estados miembros afectados se establecen una serie de medidas. Así, la Comisión inmediatamente después de la publicación y previa consulta con el Estado miembro afectado, emprenderá acciones ante las autoridades del tercer país a fin de lograr el restablecimiento de la exención de visado. La Comisión informará al Consejo y puede proponerle que adopte una decisión provisional de restablecimiento de la obligación de visado frente a los nacionales del tercer país de que se trate. Esta decisión provisional se entiende sin perjuicio de la posibilidad de transferir al tercer país en cuestión al anexo I del Reglamento 539/2001.

Cuando el tercer país establezca la exención de visado, los Estados miembros, previa notificación al Consejo y a la Comisión y tras su publicación en el Diario Oficial (Serie C), deberán poner fin automáticamente al restablecimiento provisional de la obligación de visado.

⁴ DOUE núm. L 141, de 4 de junio de 2005.

Desde la entrada en vigor del Reglamento se han publicado en el DOUE del año 2005 las notificaciones de un nutrido grupo de Estados miembros entre los que no figura nuestro país y que, por razones de espacio, no vamos a enumerar.

2.3. Directiva 2005/71/CE del Consejo, de 12 de octubre de 2005, relativa a un procedimiento específico de admisión de nacionales de terceros países a efectos de investigación científica⁵

El Consejo Europeo de Lisboa, de marzo de 2000, al aprobar el Espacio Europeo de Investigación fijó como objetivo de la Comunidad pasar a ser la economía del conocimiento más competitiva y dinámica del mundo. Para su cumplimiento consideró que había que aumentar las posibilidades de formación y movilidad de los investigadores así como incrementar su número.

En este contexto la presente Directiva define las condiciones de admisión en los Estados miembros de investigadores de terceros países, por un periodo superior a tres meses, con la finalidad de llevar a cabo proyectos de investigación en el marco de convenios de acogida con organismos de investigación (art. 1). De este modo, la Comunidad refuerza su capacidad de atracción de investigadores de todo el mundo.

Quedan excluidos de su ámbito de aplicación los nacionales de terceros países que enumera el art. 3: -los que residan en un Estado miembro como solicitantes de protección internacional o bajo un sistema de protección temporal; -los que soliciten residir en un Estado miembro en calidad de estudiantes para llevar a cabo investigaciones con vistas que a la obtención del doctorado (que se acogen a la Directiva 2004/114/CE del Consejo, de 13 de diciembre); -aquéllos cuya expulsión se haya suspendido por razones de hecho o de derecho; -y los supuestos de traslado de un investigador por un organismo de investigación a otro situado en un Estado miembro.

Todo organismo de investigación que desee acoger a un investigador en el marco previsto por la presente Directiva deberá ser previamente autorizado a tal efecto por el Estado miembro interesado, de conformidad con lo previsto en su legislación interna. La autorización concedida a un organismo de investigación tendrá una validez mínima de cinco años.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 7, un nacional de un tercer país que solicite ser admitido para los fines enunciados en la Directiva deberá: a) presentar un documento válido de viaje tal y como determine la correspondiente legislación nacional; b) presentar un convenio de acogida firmado con un organismo de investigación en los términos que señala el art. 6; c) presentar, según corresponda, un certificado que acredite que el organismo de investigación se compromete a asumir los gastos que se deriven en el

⁵ DOUE núm. L 289, de 3 de noviembre de 2005.

supuesto de que el investigador permaneciera ilegalmente en el territorio del Estado miembro de que se trate; d) no ser considerado una amenaza para el orden público, la seguridad pública o la salud pública.

Todas estas condiciones deben ser comprobadas por los Estados miembros y si la valoración es positiva, se autorizará al investigador la entrada para realizar la investigación proyectada en los términos que se recogen en el convenio de acogida.

Los Estados miembros expedirán un permiso de residencia para un periodo igual o superior a un año que se renovará si se siguen cumpliendo las condiciones exigidas. Dicho permiso podrá ser retirado o no renovado en los términos que señala el art. 10 (*ad. ex.* el permiso se obtuvo de forma fraudulenta, razones de seguridad...). Cuando se deniegue una solicitud o se retire un permiso de residencia expedido de conformidad con lo previsto en la presente Directiva, las personas interesadas tendrán derecho a recurrir ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de que se trate.

En todo caso y para preservar la unidad de los miembros de la familia se podrá otorgar a éstos un permiso de residencia de igual duración que la del investigador.

El investigador admitido en un Estado miembro goza de los siguientes derechos (arts. 11 a 13): podrá impartir clases con arreglo a la legislación nacional; gozará de igualdad de trato con los nacionales en todo lo referente a reconocimiento de diplomas, condiciones de trabajo, ventajas fiscales, etc.; y estará autorizado a realizar parte de su investigación en otros Estados miembros.

La fecha límite para que los Estados miembros incorporen al Derecho nacional las disposiciones de esta Directiva es el 12 de octubre de 2007.

2.4. Decisión del Consejo de 20 de septiembre de 2005 relativa a la firma, en nombre de la Comunidad, del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil⁶; Decisión del Consejo de 20 de septiembre de 2005 relativa a la firma, en nombre de la Comunidad, del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la notificación y al traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil⁷

La elaboración de normas de Derecho internacional privado de origen comunitario ha pasado por distintas fases. Entre 1958 y 1991, el único cauce

⁶ DOUE, núm. L 299, de 16 de noviembre de 2005.

⁷ DOUE, núm. L 300, de 17 de noviembre de 2005.

expreso para su elaboración fue el art. 220 del TCE, que se refería a la necesidad de que los Estados miembros entablaran negociaciones en las materias que enumera. Una segunda etapa vino marcada por el Tratado de la Unión Europea, aprobado en Maastricht en 1992, que abrió un nuevo cauce para la elaboración de normas de Derecho internacional privado. En su Título VI, denominado «Disposiciones relativas a la cooperación en los ámbitos de la justicia y de los asuntos de interior», se refería a la cooperación judicial en materia civil, señalando que el Consejo podía adoptar una serie de medidas en relación con esta materia, entre las que figuraba la posibilidad de celebrar convenios recomendando su adopción a los Estados miembros (art. K.3.2.c). Esta nueva base jurídica se aprovechó para celebrar otros Acuerdos en ámbitos como el derecho de familia, del que hasta entonces no se había ocupado la Comunidad, o en el sector de la asistencia judicial internacional. Posteriormente, el Tratado de Amsterdam de 1997 vino a cambiar decisivamente la situación. Parte de las materias de las que se ocupaba el Título VI TUE, y entre las que se encontraba la cooperación judicial en materia civil, se comunitarizaron, esto es, pasaron del plano de la cooperación intergubernamental en que la situó el Tratado de Maastricht, al ámbito comunitario. Ahora se regula en el Título IV del TCE, que se refiere a la cooperación judicial en materia civil en sus arts. 61.c) y 65, señalando que el Consejo podrá adoptar medidas en este ámbito de conformidad con el procedimiento previsto en el art. 67, medidas que serán reglamentos u otros actos comunitarios. El contenido del art. 220 TCE se mantiene, aunque conforme a la vigente numeración ha pasado a ser el art. 293 TCE.

La nueva base jurídica prevista en el Título IV TCE se ha aprovechado para transformar los Convenios que se habían elaborado previamente sobre la base del art. 220 TCE o del art. K.3.2.c) TUE en Reglamentos comunitarios, además de para regular otras materias. Hasta ahora se han aprobado los siguientes Reglamentos y Directiva:

- Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil.
- Reglamento (CE) núm. 1346/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia.
- Reglamento (CE) núm. 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil.
- Reglamento (CE) núm. 1206/2001, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil.
- Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de septiembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000.

- Reglamento (CE) núm. 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo para créditos no impugnados.
- Directiva 2003/8/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios.

Pero estas normas no se aplican por igual a todos los Estados miembros. El Reino Unido, Irlanda y Dinamarca fueron reacios al proceso de comunitarización que acabamos de reflejar y hubo que llegar con ellos a una fórmula de compromiso. Los Tratados de la UE y CE se acompañan de dos Protocolos anexos: uno relativo a la posición de Dinamarca, que dice que este país no quedará vinculado por las medidas que se adopten en virtud de lo dispuesto en el Título IV TCE; y otro relativo a la posición del Reino Unido e Irlanda, que establece que estos países deberán manifestar su voluntad de participar en las medidas que se adopten en virtud de lo dispuesto en el mencionado Título, cosa que han venido haciendo hasta la fecha. La comunitarización de la cooperación judicial en materia civil ha llevado por tanto a que Dinamarca se haya quedado al margen de toda esta normativa.

No obstante, la decisión inicial de Dinamarca está encontrando en la actualidad una vía de solución por otro cauce. Mediante Decisión de 8 de mayo de 2003, el Consejo autorizó excepcionalmente a la Comisión a negociar un Acuerdo entre la Comunidad Europea y Dinamarca para extender a este país las disposiciones del Reglamento 44/2001 y del Reglamento 1348/2000. Con ello se ha tratado de encontrar una respuesta para la insatisfactoria situación jurídica resultante de la decisión de Dinamarca de no participar en las medidas adoptadas en virtud del Título IV TCE. Se muestra así, por una parte, que los instrumentos adoptados resultan útiles y que era necesario buscar la forma de implicar a Dinamarca. Pero, por otra, se pone de manifiesto lo complejo que a veces puede resultar el proceso de integración europea.

3. NORMAS DE ORIGEN INTERNO

3.1. Ley 6/2005, de 22 de abril, sobre saneamiento y liquidación de las entidades de crédito⁸

En la actualidad disponemos de un complejo entramado normativo para regular los aspectos internacionales de los procedimientos concursales. En el ámbito comunitario se ha aprobado el Reglamento (CE) núm. 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, relativo a los procedimientos de insolvencia; así como las Directivas 2001/17/CE y 2001/24/CE del Parlamento Europeo y del

⁸ BOE núm. 97, de 23 de abril de 2005.

Consejo, de 19 de marzo y 4 de abril, relativas al saneamiento y a la liquidación de las compañías de seguros y de las entidades de crédito, respectivamente. Y a nivel interno, la Ley Concursal, Ley 22/2003, de 9 de julio, se ha ocupado ampliamente de las cuestiones internacionales en sus arts. 10 y 11, así como en su Título IX (arts. 199-230).

El Reglamento 1346/2000 se aplica a los procedimientos colectivos fundados en la insolvencia del deudor, que impliquen el desapoderamiento parcial o total de este último y el nombramiento de un síndico, cuando el centro de los intereses principales del deudor se encuentre en un Estado miembro. Pero en su art. 1, aptdo. 2.º, excluye de su ámbito de aplicación a los procedimientos de insolvencia relativos a las empresas de seguros, las entidades de crédito, las empresas de inversión que presten servicios que impliquen la posesión de fondos o de valores negociables de terceros, y los organismos de inversión colectiva.

Tal exclusión se explica en el Considerando 9 del Reglamento 1346/2000, señalando que tales actividades están sometidas a regímenes especiales en los que las autoridades nacionales disponen de amplias competencias de control e intervención. Y para responder a las especialidades que presentan se han aprobado por el momento dos Directivas: la Directiva 2001/17/CE, que ha sido objeto de transposición en nuestro ordenamiento mediante la Ley 34/2003, de 4 de noviembre, de modificación y adaptación a la normativa comunitaria de la legislación de seguros privados; y la Directiva 2001/24/CE, que ha sido objeto de transposición en nuestro ordenamiento mediante la Ley 6/2005, de 22 de abril, sobre saneamiento y liquidación de las entidades de crédito.

En cuanto a su contenido, la diferencia más importante que presentan las Directivas con respecto al Reglamento 1346/2000 es que parten de un claro alineamiento con los principios de unidad y universalidad. Tradicionalmente han existido dos modelos de solución para regir los aspectos internacionales de los procedimientos concursales: conforme al modelo que responde a los principios de unidad y universalidad se defiende el desarrollo de un único procedimiento a nivel internacional, que abarcaría la totalidad de los bienes y deudas del deudor con independencia del país donde se encuentren; y conforme al modelo que responde a los principios de pluralidad y territorialidad se defiende, por el contrario, el desarrollo de una pluralidad de procedimientos con efectos limitados al país donde cada uno de ellos se desarrolla. Junto a estos dos modelos extremos, existen fórmulas intermedias o más matizadas de uno u otro modelo como podría ser, a modo de ejemplo, que junto al procedimiento único o universal se admitiera uno o varios procedimientos de carácter territorial que estuvieran adecuadamente coordinados con el primero.

Pues bien, el Reglamento 1346/2000 responde a esta fórmula mixta o más suavizada y las Directivas, sin embargo, se alinean claramente con los principios de unidad y universalidad. En palabras de M. VIRGÓS SORIANO y F. J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, la matriz y sucursales de las empresas que se

dedican a este tipo de actividades forman una entidad única sometida a la supervisión de las autoridades competentes del Estado de origen, por lo que sería inconveniente renunciar a esa unidad cuando se trata de adoptar medidas de saneamiento o de incoar un procedimiento de liquidación. Añaden los mencionados autores que el régimen de insolvencia de estas empresas está basado en un sistema preventivo cuya finalidad preferente es el saneamiento de la empresa, y que la efectividad de estas medidas exige su adopción en un procedimiento único y centralizado en el Estado de origen⁹.

Ese alineamiento con los principios de unidad y universalidad supone que sólo serán competentes para conocer del saneamiento o para incoar un procedimiento de liquidación de la entidad de crédito las autoridades administrativas o judiciales del Estado miembro de origen, donde estas entidades tienen fijado su domicilio social; que estas autoridades aplicarán su propia ley, la *lex fori concursus*; y que las decisiones que adopten serán reconocidas en los demás Estados miembros sin que sean necesario para ello trámites adicionales.

Nuestra Ley de transposición refleja claramente estos principios. En su Exposición de Motivos señala que las autoridades españolas y la ley española será aplicable en los concursos de entidades de crédito autorizadas en España que tengan sucursales en otros Estados miembros de la Unión Europea, y cuyos efectos deberán reconocerse de modo automático en dichos Estados. Ello tiene su reflejo en el art. 6, relativo a la competencia; en el art. 7, relativo a la ley aplicable; y en el art. 19, relativo a los efectos y publicidad en España de la adopción de medidas de saneamiento y procedimientos de liquidación adoptados en otro Estado miembro de la Unión Europea.

La afirmación con carácter general de los principios de unidad y universalidad no impide, sin embargo, que se establezcan ciertas excepciones. Cuando la entidad de crédito está domiciliada en un tercer Estado la solución cambia. En estos casos serán competentes las autoridades del Estado miembro donde se encuentre una sucursal, pudiendo abrirse tantos procedimientos como sucursales repartidas por los distintos Estados miembros tuviera la entidad. La solución frente a las entidades domiciliadas en terceros países parte, por tanto, de los principios de pluralidad y territorialidad. Ello también tiene su reflejo en la Ley 6/2005, particularmente en el art. 18 donde se insiste en la necesidad de coordinar esta actuación con las autoridades de los otros Estados miembros en que también hubiera sucursales.

Por otra parte, la ley aplicable con carácter general a estos procedimientos será, como ya se ha dicho, la ley española en cuanto *lex fori concursus*. Aunque la aplicación de esta ley se descarta en determinadas ocasiones, al igual que se hace en el Reglamento 1346/2000, a fin de proteger la seguridad jurídica de determinadas transacciones en los demás Estados miembros. Se

⁹ «El Derecho concursal europeo: un ensayo sobre su racionalidad interna», Revista española de Derecho europeo, Civitas, 2002, pág. 85.

refieren, concretamente, a los efectos de las medidas de saneamiento y de los procedimientos de liquidación sobre determinados contratos y derechos, a los derechos reales de terceros, a las reservas de dominio, a la compensación, a los mercados regulados, a los actos perjudiciales, a los terceros compradores y a las causas pendientes (arts. 7 y 8 de la Ley 6/2005).

En esta normativa se presta especial atención a la información que deben suministrar las autoridades competentes del Estado de origen a las autoridades de supervisión sobre las medidas de saneamiento o procedimiento de liquidación que pretendan incoar, a fin de que estas autoridades puedan informar a su vez a las autoridades de supervisión de los demás Estados miembros (art. 6 de la Ley 6/2005). Se regula también detenidamente la publicidad que debe darse a las medidas que se adopten (arts. 9 y ss. de la Ley 6/2005), así como la información que debe suministrarse a los acreedores para la presentación de sus créditos (arts. 13 y ss. de la Ley 6/2005).

3.2. Real Decreto 521/2005, de 13 de mayo, por el que se crea el Consejo Consultivo de Adopción Internacional¹⁰

En los últimos años hemos asistido en España a un incremento considerable del número de adopciones internacionales. La generalización y accesibilidad de los métodos anticonceptivos, la legalización parcial del aborto, la mejora de la consideración legal y social de las madres solteras, el desarrollo de políticas sociales de apoyo a la familia..., son factores que han llevado con el tiempo a que sean muy pocos los niños susceptibles de ser adoptados en nuestro país, y a que la adopción internacional se convierta en la opción más realista para quienes quieren acceder por esta vía a la paternidad.

Nuestros legisladores, ante esta situación, se han tenido que preocupar lógicamente por la regulación de esta figura. Así, en un corto espacio de tiempo hemos asistido a la ratificación del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional; a la suscripción de Acuerdos o Protocolos bilaterales con países a los que frecuentemente se dirigen solicitudes de adopción internacional —Rumanía, Colombia, Ecuador, Perú, Bolivia y Filipinas—; a la aprobación de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que en su art. 25 se refiere a las funciones que corresponde desarrollar a la Administración en relación con las adopciones internacionales, diferenciándolas de aquellas otras que puede delegar en las entidades que gocen de la correspondiente acreditación; a sucesivas modificaciones del art. 9.5 CC, norma de Derecho internacional privado que regula la ley aplicable a la constitución de la adopción y los requisitos necesarios para que las

¹⁰ BOE núm. 136, de 8 de junio de 2005.

adopciones constituidas en el extranjero puedan ser eficaces en España; y a la aprobación en las distintas Comunidades Autónomas de numerosas Leyes o Decretos, donde se regulan y delimitan sus competencias en materia de protección de menores y adopción.

La aplicación de todo este conjunto normativo, donde se regula cómo deben actuar las autoridades españolas en los procesos de adopción internacional, ha ido planteando diversos problemas de los que siempre se han hecho eco los medios de comunicación, debido al interés que esta materia despierta en nuestra sociedad. Para analizarlos y determinar cómo podía mejorarse la actuación de nuestras Autoridades se constituyó en el Senado una *Comisión Especial sobre la Adopción Internacional*, ante la que comparecieron numerosas personas implicadas en la materia (representantes de la Administración Estatal y de las Administraciones Autonómicas, representantes de ECAIs, asociaciones de padres adoptantes, juristas...). Y los trabajos de esta Comisión concluyeron con la presentación de un Informe, donde se pone de manifiesto aquellos aspectos que en la práctica han venido funcionando menos satisfactoriamente, proponiéndose a continuación una serie de actuaciones de mejora¹¹.

Así, en relación con el asesoramiento inicial a los solicitantes de adopción internacional, la Comisión Especial del Senado puso de manifiesto que había que mejorar los procedimientos de información y formación establecidos por las Administraciones competentes, a fin de que éstos pudieran tomar su decisión de adoptar con pleno conocimiento de causa y madurez. Por lo que se refiere a la expedición de los certificados de idoneidad, donde se declara que los adoptantes son personas adecuadas y aptas para adoptar desde un punto de vista jurídico y psico-social, la Comisión Especial del Senado recomendó muy particularmente que las Administraciones autonómicas coordinaran su actuación, a fin de que todos los adoptantes fueran tratados por igual en lo que se refiere a requisitos, costes y plazo de emisión. Y en relación con las ECAIs, que realizan importantes actividades de mediación en los procesos de adopción internacional, la Comisión Especial del Senado concluyó que debía mejorarse su control por parte de las Administraciones autonómicas competentes.

Se puede decir, en definitiva, que en el seno de la Comisión Especial del Senado se llevó a cabo un profundo y necesario análisis de la situación por la que atraviesan los procesos de adopción internacional en nuestro país, que ha tenido como resultado la formulación de muy interesantes recomendaciones.

La creación del Consejo Consultivo de Adopción Internacional, mediante Real Decreto 521/2005, de 13 de mayo, supone, en cierta medida, una continuación institucionalizada y permanente de esa labor de análisis, que permitirá seguir formulando recomendaciones de mejora ante los nuevos

¹¹ Informe de la Comisión Especial sobre la adopción internacional, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Senado, VII Legislatura, 9 de diciembre de 2003, Serie I, núm. 775.

problemas que se puedan suscitar. Como dice la Exposición de Motivos de este Real Decreto, a lo largo de las conclusiones y recomendaciones de la Comisión Especial del Senado se puso el énfasis en la necesidad de favorecer la colaboración y participación de todos los agentes y actores a quienes de una u otra forma afecta la adopción internacional, por lo que con la creación del Consejo Consultivo se pretende dar respuesta a tan justa demanda.

El Real Decreto dispone en su art. 2 que el Consejo Consultivo tendrá los siguientes objetivos: a) Servir de cauce para la participación y colaboración en materia de adopción internacional con las Administraciones públicas competentes de todos los sectores afectados; y b) El análisis permanente de la situación de la adopción internacional en España, y la formulación de propuestas tendentes a desarrollar mejoras sustantivas y de procedimiento en esta materia.

Entre sus funciones, el art. 3 dispone que le corresponderá: a) El análisis permanente de la adopción internacional en sus diferentes ámbitos; b) La recogida y el análisis de la información disponible en las distintas fuentes nacionales e internacionales; c) La formulación de recomendaciones y propuestas para una mejora de la intervención en adopción internacional; d) Proponer estudios e informes técnicos; el análisis, el estudio y la valoración de los procesos de adopción, en particular, de situaciones problemáticas concretas y de propuestas de actuación; e) Proponer la celebración de jornadas y seminarios para el intercambio de buenas prácticas y la mejora continua de los procesos; y f) Efectuar el seguimiento sobre la evolución de la adopción internacional.

La composición y funcionamiento del Consejo Consultivo se determina en los arts. 4 y 5. Simplemente destacaremos, en relación con la composición, que se contempla expresamente la colaboración y participación de todas las Administraciones y de todos los sectores implicados en los procesos de adopción internacional, lo cual resulta muy necesario de cara a que éstos se desarrollen satisfactoriamente. La creación de un Consejo Consultivo donde estén representadas todas las Administraciones Autonómicas puede servir, particularmente, para que éstas actúen de modo coordinado y se eviten así las disparidades en el tratamiento de los adoptantes, que tantas críticas ha venido suscitando.

3.3. Ley 16/2005, de 18 de julio, por la que se modifica la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, para regular las especialidades de los litigios transfronterizos civiles y mercantiles en la Unión Europea¹²

La regulación que de la asistencia jurídica gratuita había realizado la Ley 1/1996, de 10 de enero, debía ser objeto de modificación por varios motivos:

¹² BOE núm. 171, de 19 de julio de 2005.

- De un lado, era necesario incorporar a nuestro ordenamiento la Directiva 2003/8/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita para dichos litigios (cuyo contenido expusimos en el núm. 2/2004 de esta revista).
- De otra parte, se imponía actualizar la redacción del art. 2 de la Ley 1/1996, para ajustar su texto a la STC 95/2003, de 22 de mayo, y a los cambios normativos que han tenido lugar en los últimos años.
- Por último, y con el objetivo de mejorar la protección a las personas discapacitadas, era necesario ampliar el ámbito de aplicación de la Ley para incluir a tales personas y a quienes las tengan a su cargo, así como a las asociaciones que tengan como finalidad la protección de las personas con discapacidad (Nuevo párrafo tercero de la Disposición Adicional Segunda).

La incorporación de la Directiva 2003/8/CE se ha realizado introduciendo en la Ley un nuevo Capítulo VIII, «Asistencia jurídica gratuita en los litigios transfronterizos en la Unión Europea», cuyo contenido pasamos, brevemente, a exponer.

El art. 46 concreta el ámbito de aplicación de las nuevas disposiciones en función de tres parámetros (personal, territorial y material). Por lo que se refiere al ámbito de aplicación personal, tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita las personas físicas que sean ciudadanos de la Unión Europea o nacionales de terceros países que residan legalmente en uno de los Estados miembros. Se excluyen en consecuencia de dicho beneficio a las personas jurídicas. En el plano territorial, se entiende por Estado miembro de la Unión Europea todos los Estados miembros excepto Dinamarca que no está sujeta a la aplicación de la Directiva 2003/8/CE. Por último, y por lo que se refiere al ámbito material, la asistencia jurídica gratuita se reconoce únicamente en los procesos en materia civil o mercantil (incluyéndose los litigios transfronterizos derivados de un contrato de trabajo), así como en los procedimientos extrajudiciales en dichas materias cuando la ley los imponga a las partes o el juzgado o tribunal remita a éstas a dichos procedimientos. También se concederá la asistencia jurídica gratuita para la ejecución de sentencias dictadas por los tribunales de otros Estados miembros en los que se hubiera obtenido el beneficio de la justicia gratuita, así como para la ejecución de documentos públicos con fuerza ejecutiva.

Con respecto a lo que debe entenderse por «litigio transfronterizo», el art. 47 (recogiendo la definición del art. 2 de la Directiva) aclara que se tratará de aquel litigio en el que la parte que solicita la asistencia jurídica gratuita está domiciliada o reside habitualmente en un Estado miembro distinto de aquél donde se halle el tribunal competente para su conocimiento o en el que deba ejecutarse la sentencia. Para saber si una persona está o no domiciliada en un Estado miembro se hace una remisión a la ley interna de dicho Estado y el momento que se tendrá en cuenta para determinar si existe un litigio

transfronterizo será el de presentación de la solicitud de asistencia jurídica gratuita.

En nuestro país se han designado como autoridades expedidoras y receptoras de las solicitudes de asistencia jurídica gratuita a los Colegios de Abogados.

Para el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita en España, el art. 49 enumera los requisitos que deben cumplirse (básicamente, el domicilio en un Estado miembro distinto de España y la insuficiencia de recursos económicos para litigar); el art. 50 describe el contenido material de dicho beneficio (interpretación, traducción, defensa...); y el art. 51 establece el procedimiento que debe seguirse para su solicitud.

Por su parte, los arts. 52 a 54 regulan los trámites a seguir para el reconocimiento del derecho en otros Estados miembros, es decir, los casos de personas físicas que tienen su domicilio en España y que pretenden beneficiarse de asistencia jurídica gratuita en otro Estado miembro para un litigio transfronterizo.

Hay que aclarar que las disposiciones de este nuevo Capítulo VIII prevalecen, dentro de su ámbito de aplicación, y en lo que se afecte a las relaciones entre los Estados miembros de la Unión Europea, sobre los Convenios internacionales suscritos sobre esta materia (cuya vigencia se mantiene, en consecuencia, fuera de ese ámbito material o en relación con Estados no miembros —o Dinamarca—).

El segundo gran objetivo de la reforma, como hemos apuntado, era actualizar la redacción del art. 2.a) de la Ley 1/96. En efecto, en su redacción originaria dicha disposición establecía que tenían derecho a la asistencia jurídica gratuita, «los ciudadanos españoles, los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea y los extranjeros que residan legalmente en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar».

La exigencia de la residencia legal de los extranjeros motivó que el Defensor del Pueblo plantease un recurso de inconstitucionalidad que fue resuelto por la STC 95/2003, de 22 mayo. Esta Sentencia declaró la inconstitucionalidad de que tal beneficio se concediera únicamente a los extranjeros que residieran legalmente en España puesto que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se reconoce con independencia de la situación jurídica de los extranjeros (Fundamentos Jurídicos n.º 5 y 6).

En coherencia con esta doctrina constitucional, el nuevo art. 2.a) hace referencia a «los extranjeros que se encuentren en España».

En este clima de cambios normativos hay que hacer referencia a que el Reglamento de asistencia jurídica gratuita, aprobado por el RD 996/2003, de 25 de julio, ha sido también objeto de modificación por el RD 1455/2005, de 2 de diciembre¹³, con el objetivo de incorporar disposiciones específicas para

¹³ BOE núm. 301, de 17 de diciembre de 2005.

la solicitud y tramitación de la asistencia jurídica gratuita en aquellos procesos judiciales y administrativos que tengan causa directa o indirecta en la violencia de género (y cuyo contenido no vamos a explicar puesto que excede del ámbito de nuestra materia).

3.4. Resolución-Circular de 29 de julio de 2005, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo¹⁴

En esta Consulta se plantea si pueden válidamente contraer matrimonio entre sí dos personas del mismo sexo siendo una de ellas española y la otra extranjera y si, en caso afirmativo, tienen competencia para ello las autoridades españolas previstas en el art. 57 CC. Esta cuestión surge a propósito de la aprobación de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, que introduce en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de celebrar enlaces entre personas del mismo sexo, pero sin incorporar normas que se refieran expresamente a las situaciones internacionales.

En este punto, la Resolución-Circular parte de que la capacidad matrimonial se ha de regir, conforme al derecho conflictual español, por la ley personal del individuo, esto es, por la ley de la nacionalidad (art. 9.1 CC). Y ello plantea la duda en los supuestos de matrimonios entre españoles y extranjeros del mismo sexo en los que las normas de conflicto conduzcan a una ley material que no admita tales clases de matrimonio.

Las consideraciones que se realizan para resolver esta duda giran en torno a tres aspectos:

- En primer lugar se plantea si la consecuencia de la nulidad de tales matrimonios, derivada de la aplicación de leyes extranjeras materialmente prohibitivas en la materia, sería compatible con el orden público internacional español o no. En este punto debe recordarse que cuando nuestra norma de conflicto remite a un derecho que produzca una vulneración de nuestros principios esenciales, básicos e irrenunciables, la aplicación de tal derecho debe rechazarse a favor de la aplicación del derecho español en base a la excepción de orden público (art. 12.3 CC). La Resolución-Circular de 29 de julio de 2005 cita varios ejemplos en este sentido, que resultan muy ilustrativos: nuestro orden público ha actuado frente a leyes extranjeras que admiten matrimonios poligámicos; frente a leyes extranjeras que prohíben contraer matrimonio entre personas de distintas religiones, en particular, respecto de leyes que limitan el derecho de la mujer musulmana a contraer matrimonio con varón no musulmán; frente a leyes extranjeras que impiden el matri-

monio entre transexual con persona de su mismo sexo biológico, pero distinto sexo legal...

La Resolución-Circular reconoce que no resulta fácil la posibilidad de invocar la excepción de orden público en relación con el tema que ahora nos ocupa, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Esto es, que no resulta fácil, a la luz de esta jurisprudencia, que la posibilidad de que dos personas del mismo sexo se casen haya de constituir para nosotros un principio esencial, básico e irrenunciable de nuestro ordenamiento, que lleve a descartar la aplicación del derecho extranjero cuando éste no lo consienta. En cualquier caso, se concluye señalando que el supuesto presenta ciertas similitudes con otros en los que sí ha intervenido la excepción de orden público y, además, que el Encargado del Registro Civil español no tiene por qué actuar como un guardián del sistema legal extranjero.

- En segundo término, la Resolución-Circular se plantea si estar al criterio de la nacionalidad y que, por tanto, determinados extranjeros no pudieran celebrar matrimonios del mismo sexo en nuestro país, pudiera resultar atentatorio al principio de igualdad y afectar de inconstitucionalidad al art. 9.1 CC.

Esta posibilidad se descarta señalando que hay derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros, otros que en ningún caso pertenecen a los extranjeros y otros que pertenecen o no a los extranjeros según lo que dispongan los tratados y las leyes. Y en esta tercera categoría es donde se ubica el derecho a contraer matrimonio.

- En tercer lugar, la Resolución-Circular analiza la consideración que ha de merecer el requisito de la diversidad de sexos desde la perspectiva de su calificación a efectos de determinar la norma de conflicto aplicable. Se señala, en este sentido, que la diversidad de sexos, en la concepción tradicional, o la posible identidad de sexos, en la concepción legal ahora vigente, es elemento vinculado directamente con la propia naturaleza del derecho a contraer matrimonio y, por extensión, de la institución matrimonial, y no necesariamente con la capacidad nupcial subjetivamente considerada. La Resolución-Circular prosigue señalando que el desconocimiento por parte de numerosos ordenamientos jurídicos extranjeros actuales del matrimonio como institución abierta a las parejas del mismo sexo y la paralela inexistencia de norma de conflicto específica en nuestro derecho sobre los requisitos del matrimonio ajenos a su concepción tradicional y a la capacidad subjetiva de los contrayentes, son factores que puestos en conexión determinan la existencia de una laguna legal al respecto en nuestro derecho conflictual, lo que supone la necesidad de activar los mecanismos legales de la interpretación integradora con objeto de cubrir tal laguna. Y desde este punto de vista, según prosigue diciendo la Resolución-Circular, el art. 9.1 CC constituye la expresión de un principio general del derecho que, en cuanto tal, no puede actuar de

¹⁴ BOE núm. 188, de 8 de agosto de 2005.

forma excluyente, sino en concurrencia con otros principios y valores jurídicos, que en conjunto y no aisladamente deben actuar para decantar la solución aplicable al caso.

Este le lleva a concluir que la solución a tal laguna no puede ser otra que la de acudir a la aplicación de la ley material española, según resulta de la concurrencia de una serie de argumentos que pasa a enumerar: la analogía con las parejas de hecho homosexuales reconocidas y reguladas en un amplio número de leyes autonómicas españolas que, bien como criterio de conexión bien como elemento delimitador de su ámbito de aplicación, acuden a la vecindad administrativa que es un concepto vinculado a la residencia habitual; el principio general en nuestro derecho civil del *favor matrimonii*; la consideración del *ius nubendi* como derecho fundamental de nuestro ordenamiento constitucional... Lo cual tiene como consecuencia final que el matrimonio entre español y extranjero o entre extranjeros celebrado en nuestro país debe considerarse válido en virtud de la ley material española.

Recogeremos, por último, que la Resolución-Circular se refiere a que para que dos extranjeros puedan contraer matrimonio en España es preciso que al menos uno de los contrayentes tenga su domicilio en territorio español, y que ello constituye un filtro para evitar la celebración en España de matrimonio entre personas que no tengan ninguna vinculación con el ordenamiento español.