

**EN TORNO A LOS PROBLEMAS DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE
COMPETENCIA JUDICIAL; REFLEXIONES SOBRE LA ADMISIBILIDAD DEL
FORUM NON CONVENIENS EN EL DERECHO ESPAÑOL**

Carmen OTERO GARCÍA-CASTRILLÓN*

Publicado en

Anuario español de Derecho Internacional Privado; t. 1. 2001, pp. 425-434.

* Profesora Titular de Derecho internacional privado
Facultad de Derecho
Universidad Complutense
E – 28040. Madrid
cocastri@der.ucm.es

Documento depositado en el archivo institucional E-Prints Complutense
<http://www.ucm.es/eprints>

JORNADAS SOBRE LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Aranjuez, 19 y 20 de enero de 2001.

COMUNICACIÓN:

EN TORNO A LOS PROBLEMAS DE APLICACIÓN DE LAS NORMAS DE COMPETENCIA JUDICIAL; REFLEXIONES SOBRE LA ADMISIBILIDAD DEL *FORUM NON CONVENIENS* EN EL DERECHO ESPAÑOL

*Carmen Otero García-Castrillón
Universidad Complutense*

1. La nueva ley de Enjuiciamiento Civil incorpora, como no podía ser de otro modo, normas para resolver algunos problemas de aplicación que plantean las normas de competencia judicial directa (concretamente, el control). Las dificultades que se deriven de las normas de competencia judicial indirecta, esto es, en el marco del reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras, quedan pendientes de la anunciada ley de cooperación jurídica en materia civil, y, entre tanto siguen cubiertas por los artículos 951-954 de la antigua LEC y la doctrina jurisprudencial correspondiente.

Hasta la fecha, ninguna disposición en nuestro ordenamiento da entrada a la doctrina anglosajona del *forum non conveniens* que motiva esta comunicación. Sin embargo, en el marco de la Conferencia de la Haya, aunque con diferente alcance, la contemplan el Convenio sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños, de 19 de octubre de 1996 -artículo 8-, y el proyecto de Convenio sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales en materia civil y mercantil, redacción provisional de 30 de octubre de 1999, -artículo 22-. En cierta medida, esta circunstancia ha suscitado en nuestro país un debate sobre la admisibilidad constitucional de esta institución. Tal posibilidad influiría, no ya sólo en el proceso de ratificación de ambos Convenios, sino, eventualmente, y, al menos en principio, en el desarrollo de la jurisprudencia desde la perspectiva constitucional. El objetivo de esta ponencia es, por lo tanto, introducir algunas reflexiones sobre la constitucionalidad de una institución como el *forum non conveniens*.

2. La institución anglosajona del *forum non conveniens* está en contacto con las dos dimensiones de problemas de competencia judicial (directa e indirecta), y así lo acredita el título y contenidos de los Convenios mencionados. Como es de sobra conocido, la doctrina del *forum non conveniens* consiste, sumariamente, en admitir que el tribunal *a quo* pueda declinar su competencia a instancia del demandado con base en la existencia de un foro alternativo más adecuado para resolver una diferencia. Se trata, en todo caso, de una decisión discrecional que habrá de adoptar el juez tras realizar una valoración de los intereses (públicos y privados) en presencia. Aunque surge a escala interna, en el mundo anglosajón esta doctrina se aplica tanto en situaciones de pluralismo jurisdiccional interno como en el contexto internacional.

Técnicamente, la doctrina del *forum non conveniens* constituye una excepción jurisdiccional. Se trata de un mecanismo correctivo negativo del sistema legal que tiende a asegurar que, en casos de conflicto positivo de competencia judicial, conozca el foro más adecuado. Por lo tanto, es una regla de aplicación de las normas de competencia judicial en tanto no niega la competencia sino que permite obviarla en determinadas circunstancias. Sin embargo, también podría decirse, como se ha hecho respecto de problemas de aplicación como la *litispendencia*, e incluso de la verificación o control, que constituye un criterio de competencia (negativo) en “sentido impropio” (R. Arenas García, pp.34-35).

3. En el contexto internacional, que es el que aquí nos interesa al encontrarnos en un sistema de unidad jurisdiccional, la doctrina del *forum non conveniens* es relevante a los efectos de la determinación de la competencia directa, aunque incide en el reconocimiento de las sentencias. En este sentido, podría decirse con carácter general que el *forum non conveniens* reduce potencialmente la necesidad de reconocer las decisiones judiciales extranjeras a partir de la búsqueda de la jurisdicción más conectada con el asunto.

No obstante, no es este el principal objetivo de la institución que pretende, básicamente, que el proceso responda a criterios del **mejor acceso a los tribunales y de eficiencia, sirviendo así a los intereses de la justicia**. De ahí que la excepción requiera el análisis y la valoración de los intereses en presencia, como las posibilidades de defensa de los

respectivos intereses de las partes, la incidencia de la conducta en la comunidad, los factores que puedan reducir la duración y gastos del proceso y la aplicación del derecho extranjero. En definitiva se trata de optar por el tribunal que *razonablemente*, esté en mejor posición para resolver la diferencia.

4. La *razonabilidad* en el contexto de la regulación de la competencia judicial en España se predica como la *cualidad* a la que aspira el principio de *proximidad*, inspirador de los fueros de competencia, por supuesto unilaterales, en la LOPJ. Para Lagarde, la *proximidad razonable* de las normas de competencia judicial constituye la síntesis en la dialéctica entre el *acceso a la justicia* y el aseguramiento de una *defensa no excesivamente gravosa* (P. Lagarde, pp.128-129). Otros autores hablan de proximidad razonable de manera “más tangible”, si se me permite la expresión, refiriéndose a vínculos o conexiones de la diferencia con el foro, lo que presenta una perspectiva más “soberanista” de la competencia judicial, y menos acorde, por lo tanto, con la realidad actual en la que, sin dejar de ser una de las manifestaciones del poder soberano de los Estados, la regulación de la competencia judicial en el orden civil margina progresivamente su impronta de soberanía para atender a los **intereses de las partes** y a la **buena administración de justicia**.

La Constitución española no menciona el principio de proximidad, ni ningún otro, al referirse a la competencia judicial de nuestros tribunales. En este terreno la Constitución establece en el primer número del **artículo 24** el derecho fundamental a *la tutela judicial efectiva* y, en segundo lugar, que la competencia judicial ha de estar *legalmente predeterminada*.

4.1 El derecho a la tutela judicial efectiva requiere, en primer lugar, que se garantice el *acceso a la justicia* y que tal acceso, como el propio proceso, se disfrute en condiciones que no produzcan *indefensión* (A. Figueruelo Burrieta, pp.71-76). El TC señala que el *acceso a la justicia* se concreta en el derecho a *ser parte* en un proceso y, poder *promover la actividad jurisdiccional* que desemboque en una decisión judicial (STC 115/1984).

La *indefensión* constitucionalmente prohibida en este caso, aunque íntimamente relacionada, no debe ser confundida con el incumplimiento de las garantías procesales concretadas en otros preceptos constitucionales (**24.2** -defensa, asistencia letrada, ser informados, procedimiento público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, utilización de medios de prueba pertinentes, no declarar contra sí mismos, no declararse culpables y presunción de inocencia-; **120** -publicidad, oralidad y motivación- y **117** -imparcialidad, independencia, inamovilidad, responsabilidad, sometimiento a la ley-). Tales garantías sólo pueden disfrutarse una vez que hay proceso y éste sólo existe lícitamente si con carácter previo se afirma la competencia. Por lo tanto, sin perjuicio de la definición de indefensión como “un impedimento del derecho a alegar y demostrar *en el proceso* los propios derechos” (STC 46/1982 fundamento jurídico vigésimo segundo), el TC reconoce, al menos implícitamente, la existencia de “otra indefensión” previa al proceso que *impide el acceso a la justicia*, esto es, que *impide ser parte en el proceso y promover la actividad jurisdiccional* como contenido inicial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (Id., fundamento jurídico segundo) . En este sentido, cabe hacer referencia al beneficio de justicia gratuita que, recogido en el artículo 119, puede constituirse en condición indispensable para acceder a la tutela judicial efectiva, caso en el que su rechazo daría lugar a una situación de indefensión previa al proceso.

Así, el TC ha señalado que cuando la *inadmisión* de un asunto cierre el acceso al proceso “el control constitucional ha de realizarse de modo más riguroso, puesto que estamos ante el derecho que constituye el *nucleo* de la tutela judicial efectiva” (STC 16/1999, fundamento jurídico primero). Entonces, deberá comprobarse si existe una “*clara desproporción*” entre la inadmisión y los “*finés a cuya preservación sirven las normas reguladoras de la competencia judicial internacional*”, y habrán de tenerse “en cuenta *los intereses de las partes* en presencia, al igual que el sacrificio relativo que les imponga la decisión inadmisoria y las *concretas circunstancias del caso*” (STC 61/2000, fundamento jurídico cuarto).

Los “finés a cuya preservación sirven las normas de competencia judicial” deben partir de la defensa de los derechos constitucionales y, fundamentalmente, del acceso a la justicia.

Así, el derecho a acceder a la justicia al que responde la legislación vigente, al menos en casos de inadmisión, ha de ser interpretado, además de en atención al principio hermeneútico *pro actione* (STC 136/95, fundamento jurídico segundo) considerando las concretas circunstancias del caso.

Más allá de los casos en los que existe un rechazo de la competencia judicial de nuestros tribunales que afecte al derecho a ser parte y promover la acción de la justicia como demandante, cabría entender esta indefensión como el resultado de no respetar que el acceso a la justicia se produzca en condiciones de igualdad-equidad. En este sentido hay que tener en cuenta, en primer lugar, que el acceso a la justicia no es un derecho que incumba solamente a la parte actora o demandante, sino que también se extiende al demandado, pues “(T)odos tienen derecho a que un Tribunal resuelva las *controversias e intereses legítimos planteadas ante él*, salvo que lo impida una razón fundada en un precepto expreso de una Ley, que a su vez sea respetuosa con el contenido esencial del derecho fundamental” (STC13/1981, fundamento jurídico tercero) y ese contenido esencial requiere que “a nadie pued(a) exigírsele una diligencia irrazonable o cargas excesivas para ejercitar su derecho de defensa en juicio” (STC 61/2000 fundamento jurídico cuarto).

La determinación de la existencia de igualdad-equidad en el acceso a la justicia atenderá a una valoración global de la situación de los litigantes y a un equilibrio de valores constitucionales en presencia. Como se ha dicho, “toda interpretación para cada caso de si existe o no competencia internacional de los tribunales de un determinado país exige constatar la adecuación a dichos valores y principios” (Amores Conradi, p.154). Así, la valoración del acceso equitativo a la justicia tomará en consideración los intereses en presencia, lo que, en definitiva equivale a establecer la *razonabilidad* en el acceso a la justicia.

Esta argumentación es perfectamente conforme con la exigencia interpretativa del artículo 10 CE, teniendo en cuenta el Convenio Europeo de DH y la jurisprudencia del TEDH, y, dicho sea de paso, lleva a diferentes autores a aceptar el *forum necessitatis* en nuestro Derecho incluso a falta de previsión legal al respecto.

De lo señalado hasta aquí se infiere que la inadecuación constitucional de las normas de competencia judicial se deduce de los derechos de las partes (las dos, demandante y demandado) a disfrutar de una verdadera tutela judicial efectiva, lo que requiere que el acceso a la justicia se produzca para ambos en condiciones de equidad. En este sentido, la referencia en la competencia judicial al principio de *proximidad razonable* como síntesis de la dialéctica entre el acceso a la justicia -que limita al demandante- y el aseguramiento de una defensa no excesivamente gravosa -que, en buena medida, constituye el acceso a la justicia del demandado-, no es más que el reflejo del *derecho a acceder a la justicia en condiciones de equidad o razonables*.

El acceso a la justicia entra así en conexión con otros aspectos vinculados a la aproximación más “tangible” de la proximidad. De ahí que, la *razonabilidad con carácter general* constituiría un principio regulador de la competencia judicial internacional más completo en tanto no sólo comprendería el acceso a la justicia, sino que introduciría consideraciones sobre eficiencia, que se encuentran tras el principio constitucionalmente defendido de economía procesal (articulado mediante derechos y obligaciones: proceso sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, utilización de medios de prueba -24.2-, colaboración con la justicia -118-).

Por lo demás, en contra de lo que han mantenido autores centrados seguramente en una comprensión más “tangible” de la proximidad -como vinculación o conexión del litigio con el foro- del concepto (J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, p.123), su entendimiento en los términos anteriormente señalados, o, como preferimos denominarla, la razonabilidad en el acceso a la justicia, permitiría eventualmente derogar la competencia positivizada en los fueros en su calidad de exigencia constitucional.

En consecuencia, la introducción en nuestro ordenamiento de una excepción jurisdiccional del tipo de la doctrina del *forum non conveniens* no sólo no supondría ninguna quiebra del derecho a la tutela judicial efectiva en su dimensión de acceso a la justicia, sino que podría dar cobertura a situaciones de eventual anticonstitucionalidad.

4.2 La exigencia constitucional de predeterminación legal del órgano judicial requiere que éste haya sido creado previamente por la norma, que *esté investido de jurisdicción y competencia antes del hecho que motive su actuación* y que no se trate de un órgano especial o excepcional; en definitiva, se trata de la aplicación al caso de *criterios de delimitación competencial previos y generales* (STC 148/1987 fundamento jurídico primero).

A pesar de indicar que “la exigencia de predeterminación legal lo que prohíbe es la intervención *discrecional* de órganos estatales distintos del legislador en la designación del tribunal competente”, de manera que “ninguna técnica legislativa que permita márgenes de discreción en la designación del juez es, en principio, admisible”, la doctrina española reconoce que “la indeterminación de conceptos utilizables o efectivamente utilizados para la concreción del órgano competente ... es en buena medida inevitable” (I. Díez Picazo, 1991, pp.114-115). La clave está, entonces, no en la existencia de conceptos jurídicos indeterminados, sino en su cuidadosa regulación, subordinando su aplicación a condiciones objetivas como ya ocurre en el caso de la, legalmente prevista, autonomía de la voluntad.

Si esto es así respecto de la normas de competencia judicial *stricto sensu*, ¿cómo no ha de serlo respecto de una norma de competencia en “sentido impropio”, destinada, no a establecer la competencia de nuestros tribunales, sino a permitir que nuestros tribunales no conozcan cuando se den unas circunstancias bien delimitadas?. Esta situación, aunque con una regulación considerada como deficiente, ya es conocida por el Derecho español con la figura de la *derogatio fori* provocada por el juego de la autonomía de la voluntad. Por imperativo legal, la autonomía de la voluntad legitima a los particulares y no a un órgano gubernativo o jurisdiccional a pronunciarse sobre la competencia judicial, del mismo modo que la excepción del *forum non conveniens* operaría a instancia de parte ante un órgano destinado a resolver imparcialmente las diferencias entre particulares.

En cuanto a la interpretación del artículo 24.2 como prohibición de la *discrecionalidad* que no proceda del legislador, hay que recordar que, como se ha señalado, el TC dictamina que

lo prohibido es la *arbitrariedad* (Auto TC núm.90/2000 de 31 de marzo), ya que la valoración discrecional de los hechos es propia y característica de la labor judicial.

Se ha dicho también que la admisión de la doctrina del *forum non conveniens* afectaría a la seguridad jurídica. Sin embargo, el TC ha definido la seguridad jurídica en términos más amplios y flexibles que la mera respuesta concreta e inmediata establecida en la norma. La seguridad jurídica es “suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable, interdicción de la arbitrariedad ... *la seguridad jurídica es la suma de estos principios, equilibrada de tal suerte que permita promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad en libertad*” (STC 27/1981, fundamento jurídico décimo). El TC ha señalado también que, en un sentido amplio, este principio supone “la expectativa *razonablemente fundada* del ciudadano en cual ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho” (STC 36/1991, fundamento jurídico quinto). Esto es, la seguridad jurídica no es sólo previsibilidad formal, sino también búsqueda de una solución justa (previsibilidad material).

No parece posible afirmar que la presencia en nuestro ordenamiento de la excepción jurisdiccional, junto con los fueros de competencia y la prohibición del *non liquet* en el artículo 1.7 de CC, modificaría la “expectativa razonable” que integra la seguridad jurídica. En este sentido, no hay más que observar que, como se ha señalado, “de los principios constitucionales de estado de derecho y de seguridad jurídica se deriva una exigencia de certeza o especificidad que *no resulta afectada por* la existencia de *un mandato de explicitación del programa racional que guía la concreción y aplicación de la norma junto con un mandato de tipificación progresiva de supuestos*, a partir de un desarrollo judicial del Derecho, que garantice el mayor grado de certeza de las normas y previsibilidad de las decisiones” (M. Virgós Soriano, pp.45-46).

Así, se ha reconocido que “la bondad de una sentencia no sólo depende de su objetividad, su congruencia con la gramática de la ley, sino *también* de la persuasibilidad de su argumentación. ... El juez debe decidir considerando los efectos, la realidad social, la finalidad de la norma, en definitiva la interpreta a tenor de las circunstancias, pero limitado

por el texto jurídico, acomodando su interpretación a la doctrina del Tribunal Constitucional y las reglas que le impone la teoría, buscando siempre el equilibrio entre lo que puede y lo que debe hacer”(A. Rovira, p.42).

En definitiva, la introducción en nuestro ordenamiento de una excepción como el *forum non conveniens* no afectaría al derecho constitucional al juez legalmente predeterminado ni a la seguridad jurídica.

Sin embargo, a falta de previsión legal, no puede plantearse una eventual aplicación de la excepción. Así, el TC señala que “(L)a competencia de los tribunales españoles en el orden civil viene determinada por su regulación legal ... (E)n tales reglas y sólo en las mismas, debe buscarse, *como punto de partida* la respuesta a la cuestión de si es posible que nuestros tribunales conozcan de una determinada pretensión, pues sólo ellas responden a la serie de exigencias que, en algunos casos, puede llevar a la trascendente consecuencia de que el Estado español renuncie a asumir la tutela judicial efectiva en un caso concreto” (STC 61/2000, fundamento jurídico sexto). Por lo tanto, como se ha expuesto, la única vía para actuar contra las competencias atribuidas a nuestros tribunales residiría en que su ejercicio mermase la tutela del derecho constitucional a acceder a la justicia del demandado al exigírsele una diligencia irrazonable o cargas excesivas para llegar a ejercitar su derecho de defensa en juicio.

5. La flexibilidad necesaria en el DIPrv. de nuestros días se ha traducido en las clásicas normas de conflicto con la introducción de los criterios de conexión abiertos y las excepciones a la localización, lo que ha contribuido, junto con teorías como la de los dos escalones, a la “materialización” de las soluciones, que, por otra parte se auspicia desde el incremento en número y relevancia de las propias normas materiales (A. Ortiz-Arce de la Fuente, 1988, p.151). En el ámbito de la competencia judicial, la flexibilidad sólo ha cristalizado en nuestro entorno a través de la multiplicidad y la alternancia de los fueros y su carácter esencialmente concurrente.

Algunos autores han defendido la flexibilización de las normas de competencia judicial a través de la interpretación finalista de las normas y del *recurso a cláusulas generales como el abuso del derecho o el fraude de ley* (F.J. Garcimartín Alférez, pp.121-135). Sin duda, la interpretación teleológica, proclamada en el artículo 3.1 del CC, es extensible a todas las normas, y, por lo tanto, también a las de competencia judicial, cuyo espíritu y finalidad reside como expresa la doctrina en la búsqueda de la “proximidad razonable” con la cuestión litigiosa y que, en todo caso, habrá de ser respetuosa con el contenido esencial del derecho fundamental. La interpretación teleológica corresponde en todo caso al juez *ad hoc* atendiendo a las circunstancias del supuesto. El propio TC señala que “... las reglas que rigen ésta (la competencia) han de ser *interpretadas por los Jueces y Tribunales* integrados en la jurisdicción ordinaria, sin que corresponda a éste tribunal entrar a analizar si la causa de inadmisión apreciada por el Tribunal ordinario se dio o no en el proceso correspondiente”(STC 22/1985, fundamento jurídico tercero). La constitucionalidad de las normas de competencia exige que el derecho a acceder a la justicia exista en términos de equidad, lo que, a falta de la excepción jurisdiccional, no evita que los jueces deban analizar la conformidad del precepto con el tenor constitucional en casos concretos.

En cuanto a los expedientes generales de *abuso de derecho o fraude de ley*, hay que señalar que la exigencia inherente de un elemento subjetivo, en este caso bien la intención de defraudar o perjudicar, bien la falta de interés serio y legítimo del demandante, limita ampliamente las posibilidades de recurrir a ellos, no ya en casos en los que la admisión de competencia pudiera afectar la tutela judicial efectiva del demandado, sino en los que, en atención a los valores constitucionales (razonabilidad) resultaría más adecuado que conociese una jurisdicción extranjera.

De ahí que, en mi opinión, sea mucho más conveniente una cuidadosa reglamentación (tipificada y sistematizada) de una excepción en el ámbito concreto de la competencia judicial, cuya casuística iría consolidándose jurisprudencialmente, que haría de la valoración *ad casum* una situación prevista y regulada.

6. Cabría modificar el régimen de las excepciones con el fin de aceptar su presentación, no sólo en los supuestos de litispendencia internacional, sino también en base a consideraciones de *forum non conveniens* que no serían admitidas respecto de los fueros exclusivos ni de las cláusulas de elección de foro para los que ya existen reglas específicas tanto a escala interna como comunitaria.

No puede negarse la relación de complementariedad entre la *litispendencia* y el *forum non conveniens*. Ambas normas de aplicación responden a la misma filosofía, que no es otra que la más eficiente y adecuada solución de los problemas de competencia judicial en un contexto internacional y su reconocimiento conjunto completa el sistema de competencia judicial internacional. Así, la respuesta de la *litispendencia* en favor del tribunal que conoció en primer lugar no afecta a los derechos del demandado por mucho que constituya un privilegio para el demandante, si no que le conmina a ser diligente y responsable cuando considere que este tribunal no es el mejor situado para resolver la diferencia, presentando una excepción de *forum non conveniens* en vez de iniciar directamente acciones ante otra jurisdicción, y así está recogido en el proyecto de Convenio de la Haya sobre reconocimiento y ejecución de decisiones judiciales en materia civil y mercantil y en el Convenio sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas de protección de los niños.

La anunciada Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil podría contemplar tanto el *forum non conveniens* como la *litispendencia internacional*. Sin embargo, dado que la nueva LEC pretende ser la ley procesal común y que ya regula el control de la competencia judicial, parece que el emplazamiento de éstas cláusulas de excepción de competencia en su seno sería más adecuado. Además, cabe recordar que el Anteproyecto de 1997 de la Ley de Cooperación Internacional, carecía de disposiciones de esta naturaleza, centrándose en la asistencia jurídica internacional y en la homologación de las decisiones extranjeras, limitando la *litispendencia* a su dimensión obstativa del reconocimiento.

7. A modo de conclusión: Una excepción jurisdiccional del tipo de la cláusula del *forum non conveniens* constituiría un mecanismo flexibilizador de las normas de competencia judicial conforme con las exigencias de nuestra Constitución que podría resultar útil, más allá de actuaciones conformes al principio de economía procesal, para cubrir casos en los que la aplicación de las normas de competencia judicial pudiese afectar la tutela judicial efectiva del demandado. Se trata, en definitiva, de una institución con la que se persigue la “verdadera realización” o el perfeccionamiento del clásico principio de proximidad (en la doble dimensión de “síntesis” y “vínculos”) buscando una regulación de la competencia judicial en el orden civil al servicio de los intereses de las partes y de la buena administración de justicia. El *forum non conveniens*, que ya empezó a tomar carta de naturaleza en los regímenes de nuestro entorno (J.J. Fawcett, Ed.), podría comenzar su andadura en nuestro ordeamiento, al menos, a través de los trabajos de la Conferencia de La Haya.

ANEXO

CONVENIO DE LA HAYA SOBRE COMPETENCIA, LEY APLICABLE, RECONOCIMIENTO, EJECUCIÓN Y COOPERACIÓN EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL Y MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS, de 19 de octubre de 1996

(No está en vigor. Ha sido firmado por Eslovaquia, Holanda, Marruecos y Polonia; y ratificado por Mónaco y la República Checa)

ARTÍCULO 8

1. Excepcionalmente, si la autoridad del Estado contratante competente según los artículos 5 o 6, considera que la autoridad de otro Estado contratante está en mejor situación para apreciar, en un caso particular, el interés superior del niño, puede
 - solicitar a esta autoridad, directamente o con la colaboración de la Autoridad Central de este Estado, que acepte la competencia para adoptar las medidas de protección que estime necesarias, o
 - suspender la decisión sobre el caso e invitar a las partes a presentar la demanda ante la autoridad de este otro Estado.
2. Los Estados contratantes cuya autoridad puede ser requerida en las condiciones previstas en el párrafo precedente son:
 - a) un Estado del que el niño posea la nacionalidad;
 - b) un Estado en que estén situados bienes del niño;
 - c) un Estado en el que se esté conociendo de una demanda de divorcio o separación de cuerpos de los padres del niño o de anulación de su matrimonio;
 - d) un Estado con el que el niño mantenga algún vínculo estrecho.
3. Las autoridades interesadas pueden proceder a un intercambio de opiniones.
4. La autoridad requerida en las condiciones previstas en el párrafo primero puede aceptar la competencia, en lugar de la autoridad competente según los artículos 5 y 6, si considera que ello responde al interés superior del niño.

ARTÍCULO 9

1. Si las autoridades de los Estados contratantes mencionados en el artículo 8, párrafo 2, consideran que están en mejor situación para apreciar, en un caso particular, el interés superior del niño, pueden ya sea
 - solicitar a la autoridad competente del Estado contratante de la residencia habitual del niño, directamente o con la aprobación de la autoridad central de este Estado, que les permita ejercer su competencia para adoptar las medidas de protección que estimen necesarias, o ya sea
 - invitar a las partes a presentar dicha petición ante las autoridades del Estado contratante de la residencia habitual del niño.
2. Las autoridades interesadas pueden proceder a un intercambio de opiniones.
3. La autoridad de origen de la solicitud sólo puede ejercer su competencia en lugar de la del Estado contratante de la residencia habitual del niño si esta autoridad ha aceptado la petición.

ARTÍCULO 13

1. Las autoridades de un Estado contratante que sean competentes para adoptar medidas de protección de la persona o de bienes del niño según los artículos 5 a 10, deben abstenerse de ejercer su competencia si, en el momento de iniciarse el procedimiento, se hubieran solicitado las medidas correspondientes a las autoridades de otro Estado contratante que fueran competentes en virtud de los artículos 5 a 10 en el momento de la petición y si estuvieran todavía en proceso de exámen.
2. La disposición del párrafo precedente no se aplica si las autoridades ante las que se presentó inicialmente la petición de medidas han declinado su competencia.

Las medidas asoptadas en aplicación de los artículos 5 a 10 continúan en vigor en sus propios términos, incluso cuando un cambio de las circunstancias ha hecho desaparecer la base sobre la que se fundaba la competencia, en tanto que las autoridades competentes en virtud del Convenio no las hayan modificado, reemplazado o dejado sin efecto.

PROYECTO DE CONVENIO DE LA HAYA SOBRE RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN DE DECISIONES JUDICIALES EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL,
redacción provisional de 30 de octubre de 1999.

(La Conferencia Diplomática se celebrará en dos sesiones. La primera está prevista para el mes de junio de 2001, y la segunda para el final de 2001 o comienzos del 2002)

ARTICLE 22

1. In exceptional circumstances, when the jurisdiction of the court seized is not founded on an exclusive choice of court agreement valid under article 4, or on article 7 (consumidores), 8 (trabajadores) or 12 (fueros exclusivos), the court may, on application by a party, suspend its proceedings if in that case it is clearly inappropriate for that court to exercise jurisdiction and if a court of another State has jurisdiction and is clearly more appropriate to resolve the dispute. Such application must be made no later than at the time of the first defence on the merits.

2. The Court shall take into account, in particular

- a) any inconvenience to the parties in view of their habitual residence;*
- b) the nature and location of the evidence, including documents and witnesses, and the procedures for obtaining such evidence;*
- c) applicable limitation or prescription periods;*
- d) the possibility of obtaining recognition and enforcement of any decision on the merits.*

3. In deciding whether to suspend the proceedings, a court shall not discriminate on the basis of the nationality or habitual residence of the parties.

4. If the Court decides to suspend its proceedings under paragraph 1, it may order the defendant to provide security sufficient to satisfy any decision of the other Court on the merits. However, it shall make such an order if the other Court has jurisdiction only under article 17 (ley interna), unless the defendant establishes that sufficient assets exist in the State of that other Court or another State where the Court's decision could be enforced.

5. When the Court has suspended its proceedings under paragraph 1, a) it shall decline to exercise jurisdiction if the Court of the other State exercises jurisdiction, or if the plaintiff does not bring the proceedings in that State within the time specified by the Court, or b) it shall proceed with the case if the Court of the other State decides not to exercise jurisdiction.

ARTICLE 21

1. When the same parties are engaged in proceedings in courts of different Contracting States and when such proceedings are based on the same causes of action, irrespective of the relief sought, the court second seised shall suspend the proceedings if the court first seised has jurisdiction and is expected to render a judgement capable of being recognised under the Convention in the State of the court second seised, unless the latter has exclusive jurisdiction under article 4 or 12.

2. The court second seised shall decline jurisdiction as soon as it is presented with a judgement rendered by the court first seised that complies with the requirements for recognition or enforcement under the convention.

3. Upon application of a party, the court second seised may proceed with the case if the plaintiff in the court first seised has failed to take the necessary steps to bring the proceedings to a decision on the merits or if that court has not rendered such a decision within a reasonable time.

4. *The provisions of the preceding paragraphs apply to the court second seised even in a case where the jurisdiction of that court is based on the national law of that State in accordance with article 17.*

5. *For the purpose of this article, a court shall be deemed to be seised*

a) when the document instituting the proceedings or an equivalent document is lodged with the court, or

b) if such document has to be served before being lodged with the court, when it is received by the authority responsible for service or served on the defendant.

6. *If in the action before the court first seised the plaintiff seeks a determination that it has no obligation to the defendant, and if an action seeking substantive relief is brought in the court second seised,*

a) the provisions of paragraphs 1 to 5 above shall not apply to the court second seised and

b) the court first seised shall suspend the proceedings at the request of a party if the court second seised is expected to render a decision capable of being recognised under the Convention.

7. *This article shall not apply if the court first seised, on application by a party, determines that the court second seised is clearly more appropriate to resolve the dispute, under the conditions specified in Article 22.*

BIBLIOGRAFÍA

- M.A. Amores Conradi, "La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: Art. 22 LOPJ". *R.E.D.I.* vol. XLI, núm, 1. 1989, pp.113-156.
- R. Arenas García, *El control de oficio de la competencia judicial internacional*. Eurolex. Madrid. 1996.
- A. Borrás Rodríguez, "Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: Reunión de la Comisión Especial sobre competencia judicial internacional y efectos de las sentencias extranjeras en materia civil y mercantil (La Haya, 3 a 13 de marzo de 1998)". *REDI*. vol. L (1998), núm. 1, pp.370-373.
- E. Cano Bazaga, *La litispendencia internacional*. Ed. Eurolex. Madrid. 1997.
- R. Caro Gándara, "Forum non conveniens y Convenio de Bruselas: Quiebras de un modelo de atribución de competencia judicial internacional", *REDI*. Vol. XLVIII, nº 1. 1995, pp.55-80.
- M. Checa Martínez, "Fundamentos y límites del *forum shopping*: modelos europeo y angloamericano". *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*. Vol. XXXIV núm.3. 1998, pp.521-556.
- D. Cohen, "La Convention européenne des droits de l'homme et le droit international privé français". *Rev. Crit. Dr. internat. Privé*. Vol. 78 nº 3, pp.451-483.
- I. Díez-Picazo Giménez, "Artículo 24. Garantías procesales". *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Tomo III. Dirigido por O. Alzaga Villaamil. Cortes Generales y Edersa. Madrid. 1996.
- I. Díez-Picazo Giménez, "El derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley". *Revista Española de Derecho Constitucional*. núm. 31, Enero/Abril 1991, pp.75-123.
- J.J. Fawcett, Ed. *Declining Jurisdiction in Private International Law*. Oxford University Press. 1995.
- J.C. Fernández Rozas y S.A. Sánchez Lorenzo, *op. cit.* pp.122-123.
- A. Figueruelo Burrieta, *El derecho a la tutela judicial efectiva*. Ed. Tecnos. Madrid. 1990.
- F.J. Garcimartín Alférez, "Las cláusulas de elección de foro: fallos del mercado y abuso del Derecho". *REDI*. vol. L (1998) núm 2, pp.93-119.
- F.J. Garcimartín Alférez, *op. cit.* (1995) pp.121-135,
- H. Gaudemet Tallon, "Les régimes relatifs au refus d'exercer la compétence juridictionnelle en matière civile et commerciale: *Forum non conveniens, lis pendens*". *RIDC*. Nº 2. 1994, pp.422-435.
- H. Gaudemet-Tallon, "Le *forum non conveniens*; une menace pour la Convention de Bruxelles?". *Rev. Crit. Dr. internat. Privé*. Vol. 80, nº 3. 1991, pp.491-524.
- J.D. González Campos, capítulo XI, *Manual de Derecho Internacional Privado*. UNED. Madrid. 2000, pp.316-319.
- C. Harlow, "Access to Justice as a Human Right: The European Convention and the European Union". *The European Union and Human Rights*. Ed. P. Alston. Oxford University Press. 1999, pp.187-213.
- P. Herzog, "La théorie du forum non conveniens en droit anglo-américain. Un aperçu". *Revue Critique de Droit International Privé*. núm. 1. 1976, pp.2-13.
- L. Hoffman, "Forum Non Conveniens. State and Federal Movements". *ALI-ABA Course of Study, 9 December 1999 (SE63 ALI-ABA-265)*,
- J.A. Jolowicz, "On the Nature and Purposes of Civil Procedural Law". *International Perspectives on Civil Justice. Essays in honour of Sir Jack I. Jacob Q.C.* Ed. I.E. Scott. Sweet and Maxwell. 1990, pp.27-45
- K.D. Kerameus, "Procedural Unification: The Need and the Limitations". *International Perspectives on Civil Justice. Essays in honour of Sir Jack I. Jacob Q.C.* Ed. I.E. Scott. Sweet and Maxwell. 1990, pp.47-66.
- P. Lagarde, "Le principe de proximité dans le droit international privé contemporain". *R. des C.* vol.196. 1986-I, pp.9-328.
- A. Lowenfeld, "Forum Shopping, Antisuit Injunctions; Negative Declarations, and Related Tools of International Litigation". *AJIL*. vol.91. 1997, pp.314-324.
- F. Málaga Diéguez, *La litispendencia*. Ed. Bosch. Barcelona. 1999.
- P.A. de Miguel Asensio, "Derechos Humanos, diversidad cultural y Derecho internacional privado". *Revista de Derecho Privado*. Julio/agosto. 1998, pp.
- P.A. de Miguel Asensio, "La ausencia y la declaración de fallecimiento en DIPrv". *REDI*. vol. XLVIII. nº 2. 1995, pp.41-70.
- A. Ortiz-Arce de la Fuente, "Capítulo IV. Normas de Derecho Internacional Privado", en *Comentarios al Código Civil*. vol. I. Título Preliminar. Coord. J. Rams Albesa, R.M. Moreno Florez. Ed. Bosch. Barcelona. 2000, pp.263-365.
- A. Ortiz-Arce de la Fuente, *Derecho Internacional Privado Español y Derecho Comunitario Europeo*. Facultad de Derecho. Universidad Complutense de Madrid. 1988.
- M. Pi Llorens, *Los derechos fundamentales en el ordenamiento comunitario*. Ed. Ariel. Barcelona. 2000,
- P. Prince "Bhopal, Bouganville and Ok Tedi: Why Australia's *forum non conveniens* Approach is better".

I.C.L.Q. vol. 47, nº 3. 1998, pp.573-598,

J. Renauld, "Principes généraux du droit et équité". *Miscellanea W.J. Ganshof Van Der Meersch*. Vol. II. Bruylant. 1972, pp.879-897.

W.M. Richman y W.L. Reynolds, *Understanding Conflict of Laws*. 2ª Ed. Matthew Bender. 1997.

Rovira, "Jurisdicción y Constitución", *Revista de Estudios Políticos*. núm. 102, octubre/diciembre 1999, pp.39-57.

A. Rodríguez Benot, *Los acuerdos atributivos de competencia judicial internacional en Derecho comunitario europeo*. Eurolex. Madrid. 1994.

G.C. Rodríguez Iglesias y A. Valle Gálvez, "El Derecho comunitario y las relaciones entre el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los Tribunales Constitucionales Nacionales". *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. Vol. 1 nº 2. 1997, pp.329-376.

R. Schuz, "Controlling forum shopping: The Impact of *MacShannon v. Rockware Glass Ltd.*". *I.C.L.Q.* vol. 35. 1986, pp.374-411.

P.F. Schlosser, "A New Dimension of Human Rights' Consideration in Civil Procedure". *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*. núm. 1. 1995, pp.31-40.

M. Trevino de Coale, "Stay, Dismiss, Enjoin or Abstain?: A Survey of Foreign Parallel Litigation in the Federal Courts of The United States". *Boston University International Law Journal*. Vol. 79. 1999, pp.79-114.

J.P. Verhaul, "The forum (non) conveniens in English and Dutch law and under some international conventions". *I. C. L. Q.* Vol.35. 1986, pp.413-423.

F. Vischer, "General Course on Private International Law". *R. des C.* vol. 232. 1992, pp.13-255.

M. Virgós Soriano, *El comercio internacional en el nuevo derecho español de la competencia desleal*. Civitas. Madrid. 1993.

F.J. Zamora Cabot, "Accidentes en masa y *forum non conveniens*: El caso Bhopal", en "La responsabilidad Internacional, aspectos de Derecho Internacional Público y de Derecho Internacional Privado. *Jornadas de la asociación española de profesores de Derecho Internacional y Relaciones internacionales*. 1989, pp.533-564.

R. Zimmermann, *Estudios de Derecho Privado Europeo*. Civitas. Madrid. 2000.

de 1968 y *Lugano de 1988 sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*. Marcial Pons. Madrid. 1998.