

Exhibit 70

M. Virgós Soriano/F.J. Garcimartín Alférez, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación internacional*, Ed. Civitas, 2^a ed., Madrid, 2007, pp. 647-650

CONSEJO EDITORIAL

RICARDO ALONSO GARCÍA
LUIS DíEZ-PICAZO
EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA
JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ
AURELIO MENÉNDEZ
ALFREDO MONTOYA MELGAR
GONZALO RODRÍGUEZ MOURULLO

MIGUEL VIRGÓS SORIANO

Catedrático de Derecho Internacional Privado

FRANCISCO J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ

Catedrático de Derecho Internacional Privado

**DERECHO PROCESAL
CIVIL INTERNACIONAL.
LITIGACIÓN
INTERNACIONAL**

SEGUNDA EDICIÓN

THOMSON

CIVITAS

ÍNDICE GENERAL

Segunda Edición, 2007



El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su tratamiento informático, ni la transmisión de ninguna forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, por fotocopia, por registro u otros métodos, ni su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo y por escrito de los titulares del Copyright.

Copyright © 2007, by Miguel Virgós Soriano y Francisco J. Garcimartín Alférez
Editorial Aranzadi, SA
Camino de Galar, 15
31190 Cizur Menor (Navarra)
ISBN: 978-84-470-2875-7
Depósito Legal: NA 3308/2007
Printed in Spain. Impreso en España.
Fotocomposición: Editorial Aranzadi, SA
Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL
Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11
31013 - Pamplona

Prólogo	27
Abreviaturas jurídicas utilizadas	29

INTRODUCCIÓN

TEMA 1

EL DERECHO PROCESAL CIVIL INTERNACIONAL

§1. Presupuestos, concepto y caracteres	33
§2. Principios estructurales del Derecho procesal civil internacional	37
1. LA FUNCIÓN: GARANTIZAR UNA TUTELA JUDICIAL INTERNACIONAL EFECTIVA ...	37
2. LA FORMA DE GARANTIZAR ESA TUTELA: «TUTELA POR DECLARACIÓN» Y «TUTELA POR RECONOCIMIENTO»	38
3. LA NATURALEZA DE SU OBJETO: RELACIONES DE DERECHO PRIVADO	40
§3. Tutela judicial efectiva y cooperación internacional	41
1. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL	41
2. LAS FORMAS DE PRODUCIR COOPERACIÓN: EL PROBLEMA DE LA RECIPROCIDAD ...	42
§4. La perspectiva <i>ex ante</i> : del conflicto de jurisdicciones al mercado de mecanismos de resolución de controversias	45

CAPÍTULO PRIMERO

LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

TEMA 2

LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL: CUESTIONES GENERALES

§1. La competencia judicial internacional	49
1. FUNCIÓN Y EFECTOS DE LAS REGLAS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL	49
2. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y JURISDICCIÓN	52
3. COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL Y COMPETENCIA TERRITORIAL	53

en su propio Estado puede desplegar eficacia, sino de negarse a insertar sus resultados en el ámbito español. De ahí que cobre importancia el grado de relación con nuestro ordenamiento y el momento en que esa conexión se produce: si en el momento de constitución o de declaración del derecho o si en un momento posterior; y también si se trata sólo de reconocer una situación ya completada en el extranjero o de contribuir en el foro a completarla.

Ejemplos. En el caso anterior de un divorcio entre inmigrantes por repudio unilateral del marido, no es lo mismo que éste se haya producido en el Estado de origen antes de establecerse en nuestro país, que una vez inmigrados. En el primer caso el divorcio se produce antes de entrar en contacto con la órbita del ordenamiento español. No reconocerlo implicaría, en este caso con independencia de la voluntad de la mujer, la reversión de un efecto, la disolución del matrimonio, ya consumado en el extranjero. Otro ejemplo clásico es el del matrimonio poligámico. Aunque esté prohibido a un ciudadano extranjero celebrarlo en España, si ha sido válidamente celebrado en el extranjero, la invocación de sus efectos en el foro, la resolución judicial ordenando el pago de alimentos o declarando los derechos hereditarios como cónyuge de varias mujeres (o en su caso, varones), por ejemplo, no lo sería.

La cuestión de qué contacto es relevante debe resolverse teniendo en cuenta la fuente de la norma o principio que informa el orden público (nacional, comunitaria, internacional) y su respectiva esfera de protección. Una conexión sólo es relevante cuando pone en juego el fin o interés protegido por esa norma o principio. Si tal es el caso, se pasa a la siguiente etapa.

Desarrollo. En el caso de los *derechos humanos* no se requiere ningún contacto especial. Basta con que la situación venga a desplegar sus efectos en el foro; esto es, con la conexión que representa la pretensión de reconocimiento de la resolución en el foro. En el caso de otros derechos constitucionalmente protegidos (la propiedad, por ejemplo), es relevante el tipo de contacto, pues la Const.Esp. no es aplicable con alcance universal (no es la constitución del mundo); así, por ejemplo, la Const.Esp. protege la propiedad privada dentro de España, tanto de españoles como de extranjeros, pero no en el ámbito de otros Estados (donde resulta protegida por las normas allí vigentes, y en cuanto a los extranjeros, por el Derecho internacional público). En el caso de las «normas ordopolíticas» y de intervención del foro, hay un paralelismo entre la voluntad positiva de aplicación (la conexión para que sean directamente aplicadas por las autoridades del foro) y los contactos necesarios para que opere como motivo de denegación del reconocimiento. Así, el Derecho de defensa de la libre competencia español protege la competencia en el mercado español, pero no en el ámbito de otro Estado distinto; la conexión con el mercado español será igualmente la conexión relevante a efectos de reconocimiento y no lo será la conexión con el mercado extranjero.

(d) En la *cuarta etapa* se analiza la colisión valorativa entre la reso-

lución extranjera y las normas o principios fundamentales del foro en juego y se resuelve sobre el reconocimiento mediante un modelo de decisión basado en la «regla de la ponderación». De acuerdo con esta regla argumental, la medida permitida de no satisfacción de un derecho o principio depende del grado de importancia de la satisfacción del otro derecho o principio en juego. En este caso se ponderan el grado de sacrificio del derecho del actor a ver realizado su derecho también en la órbita del ordenamiento del foro (que es una expresión protegida del derecho constitucional a una tutela judicial *internacionalmente efectiva*) *versus* el grado de importancia de la afectación de la finalidad perseguida o el interés protegido por la norma o principio del foro que concretamente informa el orden público. El principio de proporcionalidad (que es un principio general del Estado de Derecho) facilita el criterio jurídico para llevar a cabo esa ponderación y finalmente decidir: los grados de importancia de sacrificio y satisfacción de los intereses respectivamente involucrados deben estar en una relación razonable. El juez del Estado receptor no puede modificar la resolución extranjera, de modo que debe resolver sobre el reconocimiento como un problema de «sí/no», aunque cabe un reconocimiento parcial.

Un ejemplo difícil: las condenas por «daños punitivos» procedentes de EE.UU. El reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras condenando al pago de daños punitivos (o indemnizaciones sancionatorias) es una cuestión muy discutida, en especial con las decisiones procedentes de EE.UU. Para decidir sobre el reconocimiento en España de una decisión extranjera que en materia civil imponga daños punitivos, podemos utilizar el test de cuatro etapas esbozado.

En cuanto a la primera etapa, debe determinarse si los daños punitivos, como instituto, son en sí mismos contrarios al orden público español y, en caso negativo, identificar qué principios de nuestro ordenamiento pueden entrar en colisión con su reconocimiento/ejecución. Una de las objeciones más extendidas frente a los daños punitivos es que las funciones principales que cumplen (castigar y prevenir) son funciones cuasicriminales. Este argumento no es decisivo. Las reglas de responsabilidad civil tienen una función de compensación de daños, pero también desensuelven funciones de prevención; inciden sobre los *niveles de precaución* adoptados por los particulares y sobre los *niveles de actividad* en actividades que implican riesgos. La función de los daños punitivos se comprende mejor desde una lógica de Derecho privado. Si el sistema de responsabilidad civil no opera adecuadamente, un porcentaje de daños quedan sin indemnizar. Estos «errores» de funcionamiento repercutirán en esos niveles de precaución, reduciéndolos, y en esos niveles de actividad en conductas de riesgo, aumentándolos por encima de lo que sería deseable; o con otras palabras, se producen resultados socialmente no óptimos, pues se «externalizan» los daños, que quedan a cargo de las víctimas. Para asegurar que es el causante del daño, y no los dañados o la sociedad, quien soporta el coste de los daños causados, una de las fórmulas a disposición del legislador es la de modificar la fórmula

compensatoria (indemnización = daños) para tener en cuenta la probabilidad efectiva de que el causante sea considerado responsable y corregir esa desviación para asegurar que el 100% de los daños son puestos a cargo del causante (indemnización = daños + *múltiplo punitivo*). El mecanismo de los «daños punitivos» se fija en aquellos casos en que la probabilidad de detección es más bajo y por lo tanto los errores de implementación más probables: el de daños dolosos. Pongamos un ejemplo. Si los daños totales que estadísticamente causará un producto a sus consumidores suman un valor 10 y las precauciones necesarias para evitarlo cuestan al productor un valor 6, una regla sensata asignaría la responsabilidad al productor (mediante una regla de responsabilidad objetiva). Sin embargo, el sistema de responsabilidad civil opera sólo de modo imperfecto, de modo que un porcentaje de las personas que sufren daños por la conducta de otro quedan sin compensación. Si la ratio de víctimas no compensadas/compensadas es de 1/2, diremos que la probabilidad de que sea declarado responsable (el «error») es de 1/2. Esta ratio significa que la exposición real de responsabilidad del fabricante es equivalente a un valor 5 (=10 × una probabilidad de 1/2). El productor hace este mismo cálculo y no adopta la precaución que cuesta 6 unidades, pues su importe es mayor que la responsabilidad potencial que está llamada a evitar, que es, *para el productor*, 5. Con ello se generará una ineficiencia social (invirtiendo 6 unidades en precaución se evitarían 10 en daños a los consumidores). El juez puede restablecer la situación aumentando los daños hasta «compensar» dicho error de implementación. En nuestro ejemplo, aplicando un «multiplicador punitivo»: si la probabilidad es de 1/2, el factor a utilizar será 2 y lo aplicará en cada caso que resuelva. Al final de que sean juzgados todos los casos, calculados los daños totales efectivamente juzgados, que serán 5, y multiplicados por 2 se obtendrá la cifra total de 10. De este modo se acaba restaurando la responsabilidad del productor al nivel que prevalecería bajo una implementación. Ésta es, explicada con trazo grueso, la lógica que está detrás de los daños punitivos en el derecho EEUU.

Por otra parte, los daños punitivos no son, como muchas veces se afirma, una institución completamente desconocida en España. Pueden encontrarse supuestos en nuestro ordenamiento. Así, por ejemplo, la LGSS cuyo artículo 123 prevé un recargo del 30 al 50% en la responsabilidad del empresario en casos de accidente de trabajo, inspirado en el artículo 5.5º de la Ley de accidentes de Trabajo de 1900. Y en el plano contractual, en la permisón de las cláusulas penales (art. 1152 C.civil), donde las indemnizaciones sancionan y no sólo compensan el incumplimiento. Además, nuestro ordenamiento también admite la ejecución en España de multas coercitivas extranjeras impuestas en el marco de un proceso civil (*vid.* art. 49 Reglamento «Bruselas I», p. ej.). En cambio es cierto que el modelo de los daños punitivos suscita riesgos específicos en relación con el principio de proporcionalidad (que sería de aplicación en sede de reconocimiento dada la función cuasicriminal que el Derecho de origen asigna a estos daños) y con las garantías procesales, que deberían ser equivalentes a las exigibles a un procedimiento sancionatorio (en cuanto a las exigencias de prueba, a la posibilidad de la doble instancia, y al principio de prohibición de duplica-

ción de sanciones). Todo ello no habla por un rechazo *per se* de la sentencia extranjera por incompatibilidad absoluta de la institución con los principios de nuestro sistema (cfr. la Sent. del BGH de 4 de junio de 1992, que los considera como sancionatorios y contrarios al orden público sin consideración a su cuantía y la Sent. del Tokyo District Court de 18 de febrero de 1991), sino por un análisis a la luz del caso concreto. No basta con que el tribunal extranjero haya condenado a daños punitivos, sólo cuando la decisión resulta valorativamente insoportable debe rechazarse. Para un caso en que se admitió el reconocimiento/ejecución de una resolución condenando al pago de daños punitivos (que alcanzaban el 50% de la indemnización compensatoria) en materia contractual, *vid.* la sentencia del tribunal civil de Basilea (Suiza) de 1 de enero de 1989. Para un caso en que no prosperó la alegación de desproporción de las indemnizaciones, *vid.* ATS 24 de diciembre de 1996, *RJ* 97/8394.

En la *segunda etapa* hay que tener en cuenta que los daños punitivos pueden englobar aspectos compensatorios. Muchas veces se asignan para permitir el resarcimiento de daños intangibles (daños morales) o difíciles de probar, o para descontar plenamente las costas procesales (cuando el sistema de honorarios de los abogados es de *cuota litis* y cada parte paga los suyos). En la medida en que una parte de la indemnización pueda calificarse, según la ley del Estado receptor, como de compensación de daños, esa parte será reconocible y ejecutable sin problemas (reconocimiento parcial). Ello exige que dichos capítulos sean discernibles en la sentencia extranjera.

En la *tercera etapa* se tendrán en cuenta las vinculaciones del caso con el foro. Qué contactos son relevantes es algo en directa correlación con los principios en juego. Desde el punto de vista jurídico-privado y de la función tanto compensatoria como preventiva del Derecho de daños, son relevantes el lugar de la conducta, el lugar del daño y el mercado afectado. Si esas tres conexiones se localizan en la órbita del Estado de origen, no hay un interés del foro (ni de otro Estado) desde el punto de vista del Derecho de daños, ni de la promoción o prevención de conductas. Desde el punto de vista punitivo y de las garantías frente al Derecho sancionador, basta, en cambio, con la vinculación que se deriva de la petición de ejecución de la indemnización sobre activos del deudor localizados en el foro. En este caso, y al margen de otras consideraciones, el principio de proporcionalidad actúa directamente como principio informador del orden público y como límite a un eventual reconocimiento/ejecución en el foro.

En la *cuarta etapa* tendremos ya delimitados las normas o principios que el reconocimiento pone en peligro y cuya defensa debe ser ponderada con el derecho al reconocimiento del demandante. En nuestra hipótesis, dado que las conexiones lugar de la conducta, lugar del daño y mercado afectado se sitúan en la órbita del Estado de origen, sólo entrarían en juego las garantías genéricas frente al Derecho sancionador. El principio de proporcionalidad jugaría plenamente frente a la pretensión de ejecución en el foro de una indemnización punitiva no compensatoria. Si la cuantía es manifiestamente excesiva desde el punto de vista del ordenamiento español (*i.e.* un juez español no podría imponerla en un caso semejante sin infringir nuestra visión de la

proporcionalidad de las penas), la consecuencia será la denegación del reconocimiento/ejecución de la resolución extranjera. Debe advertirse, además, que, dada la prohibición de revisión del fondo, el tribunal requerido sólo puede aceptar o denegar la resolución extranjera, pero no entrar a cuantificar cuál sería, a la luz del caso, la cantidad admisible. Fuera de los capítulos «separables», la cuestión se plantea como un problema binario («sí/no»); el tribunal extranjero que cuantifica por exceso las indemnizaciones y que no separa sus diversos capítulos debe asumir el riesgo de que su sentencia no vea reconocidos sus efectos fuera de su Estado.

§ 7. Incompatibilidad con otras decisiones judiciales

22.83. El fundamento de esta condición del reconocimiento se halla en el postulado general de todo sistema jurídico de *eliminar las antinomias*, impidiendo que pueda darse cumplimiento en el foro a fallos contradictorios o irreconciliables entre sí. Tal antinomia puede derivarse de la contradicción entre una decisión extranjera y una decisión nacional del Estado requerido o de una contradicción entre dos decisiones extranjeras cuyo reconocimiento se pretende en el foro. En ambos casos, la existencia de dos decisiones en conflicto, cada una con eficacia en el ámbito de su respectivo Estado de origen, significa que la tutela judicial se fracciona territorialmente y no es posible garantizar la continuidad jurídica de los derechos a través de las fronteras. Por eso es muy importante que existan mecanismos de prevención de estas contradicciones (típicamente, reglas sobre litispendencia o conexidad internacionales, *vid.* tema 12); y, también, que una vez que el conflicto se haya producido, los criterios de solución sean claros, para que las partes y los tribunales de otros Estados puedan anticipar su aplicación y ajustar a ellos sus estrategias procesales y de cooperación internacional.

1. REGLAMENTO «BRUSELAS I»

1.1. Concepto de incompatibilidad y reglas de prevalencia

22.84. El Reglamento «Bruselas I» regula la contradicción de decisiones como motivo de denegación del reconocimiento en los apartados 3 y 4 del artículo 34. Ambos preceptos tienen un núcleo común. Para impedir el reconocimiento de la resolución de otro Estado miembro es preciso: (a) que las resoluciones en conflicto hayan sido dictadas en un litigio entre las mismas partes; y (b) que ambas resoluciones produzcan efectos que sean incompatibles entre sí. Ambas condiciones deben satisfacerse cumulativamente.

22.85. En cuanto a la *identidad de partes*, el concepto de «parte» debe entenderse en el mismo sentido que vimos al analizar el artículo 27 del Reglamento. La posición procesal, como demandante o deman-

dado, es indiferente. En caso de pluralidad de partes con identidad parcial, el requisito sólo se satisface frente a quienes fueron parte en ambos procesos (sin perjuicio de las reglas sobre extensión de efectos a terceros de la fuerza de cosa juzgada material, por ejemplo, a los causahabientes de las partes originales).

22.86. En cuanto al requisito de la *incompatibilidad* entre las resoluciones, no basta una contradicción cualquiera para impedir el reconocimiento. Es necesario, conforme al artículo 34 del Reglamento, que las resoluciones dictadas sean objetivamente «*inconciliables*» entre sí. El concepto de inconciliabilidad es un concepto «autónomo»: dos resoluciones son inconciliables cuando «comportan consecuencias jurídicas que se excluyen mutuamente» (STJCE as. 145/86; C-80/00); esto es, una afirma lo que la otra niega y no pueden ser ciertas a un mismo tiempo. Para saber qué efectos o consecuencias produce cada una de las dos resoluciones en conflicto debe acudir al Derecho nacional de su respectivo Estado de origen; pero para decidir si esos efectos o consecuencias son incompatibles en el sentido del artículo 34 del Reglamento, se está únicamente al concepto autónomo de éste.

Advertencia. A pesar de que la versión española del Reglamento «Bruselas I» (no así otras versiones lingüísticas, como la alemana o la italiana) utiliza el término «inconciliable» tanto en el artículo 28 (conexidad) como en el artículo 34 (causas de denegación), no tiene el mismo significado en los dos preceptos, pues su función es diferente (STJCE as. C-406/92). En el primer caso, es minimizar el riesgo de que se pronuncien decisiones contradictorias («evitar resoluciones que *podrían ser* inconciliables»); en el segundo, eliminar una antinomia ya producida (decisiones que *sean* inconciliables). De ahí que en el supuesto de hecho del artículo 28 la interpretación pueda ser más amplia: comprende todos los supuestos en que existe un riesgo de decisiones contradictorias, aun cuando sus consecuencias «no sean mutuamente excluyentes» (STJCE as. C-406/92). En principio, y siempre dentro de los límites temporales de cada una, a los efectos de apreciar la inconciliabilidad es irrelevante que las resoluciones se hayan dictado en un procedimiento sobre el fondo o en el marco de procedimientos provisionales o cautelares. Así, una resolución extranjera de medidas provisionales mediante la que se impone al deudor determinadas obligaciones de no hacer (en concreto, no utilizar un marca en un determinado país) es inconciliable con una resolución de medidas provisionales mediante la que se deniegan tales medidas dictada en un litigio entre las mismas partes en el Estado requerido (STJCE as. C-80/00).

22.87. Ni la litispendencia en el foro, ni, *a fortiori*, en un tercer Estado, son motivos de denegación del reconocimiento. El Reglamento «Bruselas I» no hace del respeto a la litispendencia, mientras no haya una decisión, una condición del reconocimiento (aun cuando el procedimiento aún pendiente se haya iniciado antes).