

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

presentadas el 8 de noviembre de 2006<sup>1</sup>

**I. Introducción**

1. «Esta guerra fue una lucha prolongada y en su transcurso se abatieron más calamidades sobre Grecia que nunca: jamás fueron conquistadas y arrasadas tantas ciudades [...]; jamás fueron tan frecuentes los destierros y las matanzas [...]» Así describía Tucídides la Guerra del Peloponeso en el siglo V a.C.,<sup>2</sup> reflejando lúcidamente las catástrofes de cualquier conflicto bélico, que afectan tanto a los vencidos como a los vencedores.
2. Las diferentes artes han plasmado los efectos perniciosos de las confrontaciones. «Los desastres de la guerra», la conocida serie de ochenta y dos grabados de Goya realizada entre 1810 y 1820, revelan las miserias de las reyertas, los crímenes, las torturas y de sus secuelas en el individuo; testimonios amargos trufados de pesimismo que constituyen una crónica social de fuerte impacto pacifista. «Los fusilamientos del tres de mayo», también de Goya, o el «Guernica» de Picasso muestran igualmente los sentimientos que provocan en algunos pintores geniales estas conflagraciones con su carga de aniquilación y de exterminio.
3. Años después, en 1859, el filántropo suizo Henry Dunant atravesó Lombardía, entonces assolada a sangre y fuego, llegó a Solferino la tarde de una cruenta batalla y comprobó horrorizado que miles de soldados heridos yacían mutilados, abandonados, desasistidos, condenados a una muerte segura. De esa terrible visión nació la idea de fundar la Cruz Roja.
4. El campo jurídico asimismo ha recibido el impacto funesto de las contiendas armadas. En el caso de autos, cierto número de ciudadanos griegos han reclamado en un tribunal de su país que Alemania repare el daño ocasionado por su ejército en un episodio trágico de la Segunda Guerra Mundial.

1 — Lengua original: español.

2 — Tucídides, *Historia de la Guerra del Peloponeso*, I-23, Alianza Editorial, Madrid, 1989.

5. El Efeteío de Patras (tribunal de apelación) pregunta al Tribunal de Justicia si, por razón de la materia, rige en este litigio el Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil,<sup>3</sup> conocido como Convenio de Bruselas; además, desea saber si el privilegio de la inmunidad jurisdiccional de los Estados es compatible con el sistema de ese Convenio.

«El presente Convenio se aplicará en materia civil y mercantil con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional. No incluirá, en particular, las materias fiscal, aduanera y administrativa.

Se excluirá del ámbito de aplicación del presente Convenio:

6. Las cuestiones se plantean sobre la base errónea del artículo 234 CE, pues al Tribunal de Justicia no le atribuye la exégesis del referido Convenio ese precepto, sino el Protocolo de 3 de junio de 1971.<sup>4</sup> Mas el yerro carece de relevancia, ya que el artículo 2 del Protocolo, como recuerda el Gobierno alemán, faculta al Efeteío para interrogar a título prejudicial sobre la interpretación del Convenio.

1. el estado y la capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales, los testamentos y las sucesiones;
2. la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores y demás procedimientos análogos;
3. la Seguridad Social;
4. el arbitraje.»

## II. El marco jurídico

7. El Convenio de Bruselas delimita su «ámbito de aplicación» en el título I, integrado por el artículo 1, que prescribe:

8. El título II, dedicado a la «competencia judicial», consagra en el artículo 2, párrafo primero, el principio general de que «las personas domiciliadas en un Estado contratante estarán sometidas, sea cual fuere su nacionalidad, a los órganos jurisdiccionales de dicho Estado», con las salvedades previstas en el propio Convenio.

3 — DO 1972, L 299, p. 32; texto consolidado en DO 1998, C 27, p. 1.

4 — Protocolo relativo a la interpretación por el Tribunal de Justicia del Convenio de 27 de septiembre de 1968 sobre la competencia judicial y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO 1975, L 204, p. 28; texto consolidado en DO 1998, C 27, p. 28).

9. Entre estas excepciones se hallan las «competencias especiales» del artículo 5, a cuyo tenor:

«Las personas domiciliadas en un Estado contratante podrán ser demandadas en otro Estado contratante:

[...]

3. en materia delictual o cuasidelictual, ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido el hecho dañoso;

4. si se tratare de acciones por daños y perjuicios o de acciones de restitución fundamentadas en un acto que diere lugar a un procedimiento penal, ante el tribunal que conociere de dicho proceso, en la medida en que, de conformidad con su ley, dicho tribunal pudiese conocer de la acción civil;

[...]

10. La regulación la completan los títulos III, «Reconocimiento y ejecución», IV, «Documentos públicos con fuerza ejecutiva y transacciones judiciales», V, «Disposiciones generales», VI, «Disposiciones transitorias», VII, «Relaciones con los demás convenios», y VIII, «Disposiciones finales».

11. Cabe señalar que el Reglamento nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil,<sup>5</sup> ha sustituido al Convenio de Bruselas, apreciándose una gran coincidencia entre los preceptos de uno y de otro, aunque, en el supuesto de autos, no tienen vigencia las nuevas normas.

### III. Los hechos, el litigio principal y las cuestiones prejudiciales

12. La Sra. Lechouritou y otras personas dirigieron una demanda contra Alemania al Polymelēs Protodikeío de Kalavrita (tribunal de primera instancia), solicitando una indemnización para reparar los daños físicos, los morales, así como los psicológicos sufridos a consecuencia de la masacre perpetrada por soldados de la Wehrmacht el 13 de diciembre de 1943 en Kalavrita, cuando invadieron Grecia en la Segunda Guerra Mundial.<sup>6</sup>

5 — DO L 12, p. 1.

6 — Con referencia a unos hechos semejantes, acaecidos en Distomo el 10 de junio de 1944, 257 ciudadanos griegos formularon una reclamación contra Alemania, estimada por el tribunal de primera instancia de Livadia, en sentencia de 30 de octubre de 1997. El pronunciamiento fue confirmado por el tribunal supremo griego en sentencia de 4 de mayo de 2000, pero no se ejecutó por faltar la autorización previa del ministro de Justicia exigida por el artículo 923 del Código de Procedimiento Civil. Los demandantes acudieron entonces al Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, en la sentencia de 12 de diciembre de 2002, Kalogeropoulou y otros c. Grecia y Alemania (*Recueil des arrêts et décisions*, 2002-X), analizó la relación entre la inmunidad de los Estados y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, declarando proporcionadas las restricciones de la legislación griega. Las observaciones del Gobierno germano en este reenvío prejudicial dan cuenta de la crisis diplomática originada en su momento.

13. El mencionado tribunal, en sentencia nº 70/1998, dictaminó que, de acuerdo con el artículo 3, apartado 1, del Código de Procedimiento Civil, carecía de competencia para zanjar el litigio, puesto que el Estado demandado gozaba del privilegio de inmunidad de jurisdicción.

14. Los demandantes dedujeron un recurso de apelación en el Efeteío de Patras, que, el 12 de enero de 2001, adoptó una primera resolución paralizadora del procedimiento, para que el Anótato Eidikó Dikastírio (tribunal supremo especial) decidiera si el artículo 11 del Convenio Europeo sobre la inmunidad de los Estados, celebrado en Basilea el 16 de mayo de 1972,<sup>7</sup> del que Grecia no es signataria, que exceptiona de la inmunidad los actos de soberanía lesivos perpetrados en el territorio de otro Estado del foro cuando su autor se encuentra en dicho territorio, constituye una norma de derecho internacional pacíficamente asumida y si la salvedad comprende, con arreglo a la costumbre internacional, las pretensiones de reparar los perjuicios provocados por enfrentamientos bélicos que afectan a personas de un grupo concreto y de un lugar determinado sin relación con las hostilidades ni con las operaciones del ejército.

7 — Convenio en el marco del Consejo de Europa, en vigor desde el 11 de junio de 1976, que obliga a Alemania, Austria, Bélgica, Chipre, Luxemburgo, Países Bajos, Reino Unido y Suiza. Con la misma fecha se abrió a la firma un Protocolo adicional, aplicable desde el 22 de mayo de 1985, que vincula a Austria, Bélgica, Chipre, Luxemburgo, Países Bajos y Suiza. El texto y las ratificaciones pueden consultarse en la página electrónica del Consejo de Europa <http://www.conventions.coe.int/Treaty/it/Treaties/Html/074.htm>.

15. El Anótato Eidikó Dikastírio, en la sentencia nº 6/2002, de 17 de septiembre, sostuvo que, en el «actual grado de desarrollo del derecho internacional, continúa existiendo una norma generalmente admitida según la que no puede presentarse válidamente contra un Estado, en los tribunales de otro Estado, una demanda de indemnización por los daños sufridos a consecuencia de cualquier tipo de altercados en el territorio del foro en el que hayan participado, de cualquier modo, fuerzas armadas del Estado demandado, ya sea en tiempo de guerra o de paz».

16. El Efeteío de Patras, vinculado como los demás órganos judiciales helenos por el pronunciamiento del Anótato Eidikó Dikastírio,<sup>8</sup> ha detectado algún punto de conexión con el derecho común de los Estados miembros de la Unión Europea y ha suspendido el procedimiento para dirigir al Tribunal de Justicia las siguientes preguntas a título prejudicial:

«1) ¿A tenor del artículo 1 del Convenio de Bruselas, se incluyen en su ámbito de aplicación material las acciones de indemnización ejercitadas por personas físicas contra un Estado contratante, como responsable civil de actos u omisiones de sus fuerzas armadas, ocurridos durante la ocupación militar del Estado del domicilio de los deman-

8 — Artículo 100, apartado 4, de la Constitución helena, en relación con el artículo 54, apartado 1, del Código sobre el Anótato Eidikó Dikastírio, sancionado por el artículo 1 de la Ley nº 345/1976 (FEK A' 141).

dantes en un ataque iniciado por el demandado, en clara oposición con el derecho de guerra, pudiendo calificarse asimismo de crímenes contra la humanidad?

- 2) ¿Es compatible con el sistema del Convenio de Bruselas el ejercicio del privilegio de inmunidad por el Estado demandado, de suerte que, en caso de respuesta afirmativa, este Convenio deje automáticamente de ser aplicable respecto de actos y omisiones de las fuerzas armadas del demandado acaecidos antes de la entrada en vigor de dicho Convenio, en concreto, entre los años 1941 y 1944?»

#### IV. El trámite ante el Tribunal de Justicia

17. Han depositado observaciones escritas, dentro del plazo indicado en el artículo 23 del Estatuto del Tribunal de Justicia, los demandantes en el proceso principal, el Gobierno neerlandés, el polaco, el alemán y el italiano, así como la Comisión.

18. En la vista, celebrada el 28 de septiembre de 2006, han comparecido para formular

verbalmente sus alegaciones los representantes de los aludidos demandantes, del Gobierno alemán y de la Comisión.

#### V. Análisis de la primera cuestión prejudicial

19. El Efecteio de Patras quiere saber, en esencia, si en el Convenio de Bruselas, circunscrito, conforme a su artículo 1, a la «materia civil y mercantil», tienen cabida las acciones de indemnización entabladas por los particulares contra un Estado contratante para reparar los daños engendrados en una contienda bélica por las fuerzas de ocupación.

##### A. El concepto de «materia civil y mercantil»

20. El Convenio, abrazando la costumbre de otros textos internacionales,<sup>9</sup> para salvar los

9 — P. Jenard, en el Informe sobre el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO 1979, C 59, p. 1), explica que el Comité de expertos encargado de elaborar el proyecto asumió, en este extremo, el método de los convenios existentes. En la doctrina, coincide Droz, G.A.L., *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun (Etude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)*, Librairie Dalloz, Paris, 1972, p. 33. También el abogado general Darmon, en el punto 19 de las conclusiones del asunto Sonntag, al que a continuación aludo; en el punto 20 le extraña que, «en un marco bilateral, se elabore una lista exhaustiva de las materias que pertenecen al derecho civil o mercantil».

escollos de una enunciación de contenidos,<sup>10</sup> no define lo que ha de entenderse por «materia civil y mercantil»; se limita a añadir una precisión negativa, privando de toda incidencia a la «naturaleza del órgano jurisdiccional».<sup>11</sup> Sin embargo, la jurisprudencia ha sentado (1) que la noción posee autonomía y (2) que excluye los actos *iure imperii*.

22. Así ha ocurrido con la noción de «materia civil»,<sup>13</sup> que la sentencia de 14 de octubre de 1976, LTU,<sup>14</sup> calificó de concepto autónomo, que debe ser interpretado referido no sólo a los objetivos y al sistema del Convenio, sino también, a los principios generales que se deducen de todos los sistemas jurídicos nacionales, sin que valga una remisión al derecho de uno u otro de los Estados interesados, pues la delimitación *rationae materiae* persigue «asegurar la igualdad y la uniformidad de los derechos y de las obligaciones que resultan [...] para los Estados contratantes y para las personas interesadas» (apartado 3).<sup>15</sup>

## 1. Autonomía de la noción

21. El abogado general Darmon, en las conclusiones del asunto en el que recayó la sentencia de 25 de julio de 1991, Rich,<sup>12</sup> manifiesta que la interpretación del Convenio suscita numerosas dificultades, pues a su complejidad se suma la utilización de conceptos bien definidos en los derechos nacionales, aunque con frecuencia de un modo divergente, lo que conduce a este Tribunal de Justicia a impulsar un significado autónomo.

23. La caracterización se ha reiterado en otras sentencias, como la de 14 de julio de 1977, Bavaria Fluggesellschaft y Germanair,<sup>16</sup> apartado 4; la de 22 de febrero de 1979, Gourdain,<sup>17</sup> apartado 3; la de 16 de diciembre de 1980, Rüffer,<sup>18</sup> apartados 7 y 8; la de 21 de abril de 1993, Sonntag,<sup>19</sup>

10 — Desantes Real, M., *La competencia judicial en la Comunidad Europea*, Ed. Bosch, Barcelona, 1986, pp. 79 y 80.

11 — Se recogieron las tendencias del derecho internacional: «la expresión "materia civil y mercantil" es muy amplia y no comprende únicamente los asuntos en los que son competentes los tribunales civiles o de comercio, especialmente en los países donde hay una jurisdicción administrativa», *Conférence de La Haye de Droit international privé, Actes et Documents de la quatrième session (mai-juin 1904)*, p. 84.

12 — Asunto C-190/89, Rec. p. I-3855.

13 — Igualmente se ha otorgado alcance propio a otras nociones, como la de «materia contractual» del artículo 5, apartado 1, del Convenio de Bruselas [sentencias de 22 de marzo de 1983, Peters (34/82, Rec. p. 987), apartados 9 y 10; de 8 de marzo de 1988, Arcado (9/87, Rec. p. 1539), apartados 10 y 11; de 17 de junio de 1992, Handte (C-26/91, Rec. p. I-3967), apartado 10; de 27 de octubre de 1998, Réunion européenne y otros (C-51/97, Rec. p. I-6511), apartado 15; y de 17 de septiembre de 2002, Tacconi (C-334/00, Rec. p. I-7357), apartado 35].

14 — Asunto 29/76, Rec. p. 1541.

15 — El abogado general Reischl en el punto 2 de las conclusiones de ese asunto, sostiene que la situación dista mucho de ser pacífica, pues los estudios de la doctrina y de las jurisprudencias nacionales ofrecen propuestas divergentes; sin embargo, se opone a la tesis de la autonomía, que le parece «muy atractiva», pero repleta de «objeciones muy serias», propugnando encomendar la solución al derecho del Estado de origen de la decisión que ha de ejecutar.

16 — Asuntos 9/77 y 10/77, Rec. p. 1517.

17 — Asunto 133/78, Rec. p. 733.

18 — Asunto 814/79, Rec. p. 3807.

19 — Asunto C-172/91, Rec. p. I-1963.

apartado 18; la de 14 de noviembre de 2002, Baten,<sup>20</sup> apartado 28; y la de 15 de mayo de 2003, Préservatrice Foncière TIARD,<sup>21</sup> apartado 20.

2. Exclusión de los actos *iure imperii*

25. La sentencia LTU extendió el Convenio a los litigios de una autoridad pública con un sujeto privado, cuando su actuación no haya implicado ejercicio del poder (apartados 4 y 5).<sup>23</sup>

24. El informe Schlosser sobre el Convenio de adhesión de 1978<sup>22</sup> abunda en la necesidad de dar una configuración propia a los vocablos del artículo 1, aduciendo que los sistemas jurídicos de los Estados miembros originarios conocen bien la distinción entre materias civiles y mercantiles, por un lado, y materias cubiertas por el derecho público, por otro. A pesar de la existencia de importantes matices, esta distinción obedece normalmente a criterios análogos, por lo que los redactores del texto original del Convenio y el informe Jenard eludieron especificar las materias civiles y mercantiles, sólo precisaron que las resoluciones de los órganos jurisdiccionales administrativos y penales entran en el ámbito de aplicación del Convenio siempre que recaigan en materias civiles y comerciales. El informe Schlosser subraya asimismo que el Reino Unido e Irlanda ignoran prácticamente la mencionada distinción –corriente en los sistemas jurídicos de los Estados miembros originarios– entre derecho público y derecho privado (punto 23).

26. Aunque el Tribunal de Justicia se refirió a las normas sobre el reconocimiento de las resoluciones judiciales (título III), rige también para las de competencia judicial (título II),<sup>24</sup> pues el artículo 1 es presupuesto de ambas.

27. De hecho, la sentencia LTU motivó el que, con la primera ampliación de la Comunidad, se modificara el Convenio de Bruselas para excluir explícitamente «las materias fiscal, aduanera y administrativa».<sup>25</sup>

20 — Asunto C-271/00, Rec. p. I-10489.

21 — Asunto C-266/01, Rec. p. I-4867.

22 — Informe sobre el Convenio relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como sobre el Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia, elaborado por el profesor Dr. P. Schlosser (DO 1990, C 189, p. 184).

23 — Esta jurisprudencia se ha ratificado en las sentencias Rüffer, apartado 8; Sonntag, apartado 20; Baten, apartado 30; Préservatrice Foncière TIARD, apartado 22, ya citadas; y la de 1 de octubre de 2002, Henkel (C-167/00, Rec. p. I-8111), apartado 26.

24 — El abogado general Jacobs, en el punto 21 de las conclusiones del asunto Henkel, sostiene la misma opinión, asumida implícitamente por el Tribunal de Justicia en la sentencia.

25 — Frase añadida por el artículo 3 del Convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (DO L 304, p. 1, y –texto modificado– p. 77; texto en español en DO 1989, L 285, p. 41).

28. No obstante, las potestades públicas no agotan su actividad en esas materias, aunque las abordan con frecuencia; además, los adjetivos «fiscal», «aduanero» y «administrativo» comparten la autonomía conceptual de «civil» y «mercantil», por idénticas exigencias de uniformidad y de seguridad jurídica.<sup>26</sup>

29. Las observaciones escritas aportadas en este procedimiento prejudicial coinciden en que los actos *iure imperii* no entran en la órbita del Convenio de Bruselas.<sup>27</sup> Las discrepancias surgen al configurarlos y al evaluar si comprenden el comportamiento de las fuerzas armadas de un Estado en otro.

30. Es preciso, pues, indagar a) las razones de la exclusión de tales actos, así como b) los criterios en los que se funda en cada supuesto.

a) La razones de la exclusión

31. La reiterada sentencia LTU, atendiendo a la autonomía de la locución «materia civil y mercantil» y a la pertinencia de interpretarla según los parámetros reseñados, aludió a ciertas razones que caracterizan la naturaleza de las relaciones jurídicas entre las partes del pleito o su objeto para justificar su exclusión del Convenio de Bruselas, separando las situaciones en las que las autoridades se valen de una potestad pública de aquellas en las que intervienen como cualquier otro sujeto (apartado 4).<sup>28</sup>

32. Además, hay otras razones más fuertes y generales para respaldar que los actos *iure imperii* —a diferencia de los actos *iure gestionis*—<sup>29</sup> no se ubiquen en el Convenio de Bruselas.

33. El informe Schlosser recuerda que, «en el sistema jurídico de los Estados miembros originarios, el Estado, en cuanto tal, o las colectividades con fines públicos, como los municipios y las provincias, participan de dos formas en el tráfico jurídico», según que se

26 — El apartado 1 del artículo 2 del Reglamento (CE) n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se instaura un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados (DO L 143, p. 15), incorpora esta filosofía al disponer que «el presente Reglamento se aplicará en materia civil y mercantil, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional. No incluirá, en particular, las materias fiscal, aduanera y administrativa ni los casos en los que el Estado incurra en responsabilidad por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (“acta iure imperii”)». Un tenor similar refleja el apartado 1 del artículo 2 de la Propuesta modificada de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se fija un proceso monitorio europeo [COM(2006) 57 final].

27 — Los proyectos de futuras normas comunitarias también descartan estos actos. Así, la Propuesta modificada de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II») [COM(2006) 83 final] deja sin cobertura, en el apartado 1 del artículo 1, «g) las obligaciones extracontractuales nacidas en el marco de la responsabilidad del Estado por los actos cometidos en el ejercicio del poder público (“acta iure imperii”)».

28 — El abogado general Reischl, en las conclusiones del asunto LTU, acude a la superioridad y la subordinación para explicar las relaciones de derecho público.

29 — Desantes Real, M., *op. cit.*, p. 84.



sometan a las normas del derecho público o del privado, reputándose las actuaciones de derecho público como emanaciones de la soberanía.

impone sus potestades y no se somete al derecho privado.<sup>30</sup>

34. En otro orden de pensamiento, el abogado general Léger, en las conclusiones del asunto *Préservatrice Foncière TIARD*, se detiene en las excepciones del párrafo segundo del artículo 1 del Convenio, referidas a entornos «que no dependen de la voluntad de las partes y que afectan al orden público» (punto 53), de lo que deduce que, «en esas materias, los redactores del Convenio de Bruselas deseaban que la competencia exclusiva de un Estado miembro se correspondiera con la competencia de las autoridades administrativas y jurisdiccionales de ese mismo Estado. Cuando esas materias constituyen el objeto esencial del litigio, se considera que los órganos jurisdiccionales de ese Estado son los que se encuentran en mejor situación para pronunciarse al respecto. En consecuencia, la tutela efectiva de las situaciones jurídicas, que supone uno de los objetivos del Convenio, queda protegida mediante la determinación de un sistema nacional íntegramente competente [...]» (punto 54), explicación que, a su juicio, ha de proyectarse asimismo sobre «las materias de derecho público, en las que el Estado ejerce sus prerrogativas de poder público» (punto 55).

35. En suma, bien porque se trate de actuaciones soberanas, bien porque la tutela judicial resulte más convincente, el Convenio no rige en los ámbitos en los que el Estado

36. El problema estriba en que, como advierte el abogado general Jacobs en las conclusiones del asunto *Henkel*, «no siempre es fácil señalar los casos en los que el Estado y sus entes autónomos actúan como personas de derecho privado de aquellos en los que asumen su condición de entidades de derecho público» (punto 22), en especial si se constata que los países fieles al «Common Law» ignoran la contraposición entre derecho público y privado, pues la expresión «civil law» abarca todo lo que no integra el «criminal law».<sup>31</sup> Por eso, para identificar una manifestación del poder público, no valen los ordenamientos jurídicos de los Estados contratantes, en muchas ocasiones dispares e imprecisos,<sup>32</sup> aunque insinúen posibles soluciones.

30 — La dicotomía derecho privado/derecho público para delimitar el Convenio de Bruselas se recoge nitidamente en el informe Jenard, al justificar la exclusión de la seguridad social: «materia que, en determinados países, como la República Federal de Alemania, pertenece al derecho público y en otros se mueve en la zona marginal situada entre el derecho privado y el derecho público». El informe Evriyenis y Kerameus, sobre la adhesión de la República Helénica al Convenio (DO 1990, C 189, p. 257), segrega de las materias civiles y mercantiles aquellas a las que se aplica el derecho público, que escapan del ámbito de aplicación del Convenio. Según el Tribunal de Justicia, la distinción puede sustentarse en el criterio del ejercicio del poder público, que, en la doctrina continental, permite calificar las materias sujetas al derecho público (punto 28). En la doctrina, Desantes Real, M., *op. cit.*, pp. 79 a 81.

31 — James, P.S., *Introduction to the English Law*, 10ª ed., Ed. Butterworth's, Londres, 1979, pp. 4 y ss.; Knoepfler, F., *La House of Lords et la définition de la matière civile et commerciale*, Mélanges Grossen, Neuchâtel, 1992, p. 9.

32 — Tirado Robles, C., *La competencia judicial en la Unión Europea (Comentarios al Convenio de Bruselas)*, Ed. Bosch, Barcelona, 1995, p. 14.

b) Los criterios en los que se funda la exclusión

37. Habida cuenta de la autonomía de los conceptos manejados y de las razones por las que los actos *iure imperii* exceden los límites del Convenio de Bruselas, una mirada a la jurisprudencia ayuda a detectar los criterios determinantes para descartar tales actos.

38. La sentencia LTU rechazó la cobertura del Convenio al examinar el pago correspondiente a una entidad particular de unas tasas giradas por una organización de derecho público, debido a la utilización obligatoria y privativa de instalaciones y servicios de esa organización. Según la sentencia, el ámbito material se define esencialmente por «los elementos que caracterizan la naturaleza de las relaciones jurídicas entre las partes del litigio o el objeto del mismo» (apartado 4).

39. Idénticos argumentos expuso la sentencia Rüffer para la acción de repetición dirigida por el Estado neerlandés contra un transportista fluvial, propietario de un barco alemán que había chocado con otro navío, con miras a resarcirse de los gastos de retirada del pecio, ya que esa labor de limpieza se integraba entre las funciones de policía fluvial que le incumbían en virtud de un tratado internacional. Fue decisivo el que «el administrador, al pretender recuperar los gastos, actuara sobre la base de un derecho

de crédito que deriva de un acto de poder público» (apartado 15), pues lo importante no es la naturaleza de la acción o del procedimiento, sino la del derecho que sustenta esa acción.

40. La sentencia Sonntag, en un proceso penal entablado por el fallecimiento de un alumno de un centro público alemán durante una excursión por Italia, en el que también se planteó una acción civil de indemnización de daños, contra el profesor acompañante, admitió recurrir al Convenio, indicando que la reclamación económica «reviste carácter civil» (apartado 19) porque: a) aun cuando el profesor tenga el estatuto de funcionario y actúe como tal, «un funcionario no siempre ejerce el poder público» (apartado 21); b) en la mayoría de los sistemas jurídicos de los países contratantes, la custodia de los colegiales no comporta poderes exorbitantes en las relaciones entre particulares (apartado 22);<sup>33</sup> c) en tales supuestos, los tutores de centros públicos y los de centros privados asumen «funciones idénticas» (apartado 23); d) la propia jurisprudencia<sup>34</sup> había dejado fuera del ejercicio de prerrogativas públicas la calificación y la participación en la decisión sobre el paso al curso superior (apartado 24); y e) carece de relevancia la

33 — En las conclusiones de este asunto, el abogado general Darmon ilustra la configuración de la acción civil nacida del delito en los sistemas jurídicos de los Estados contratantes, diferenciando los países del «common law» (punto 28) y los continentales, entre los que cita las legislaciones de Dinamarca, España, Bélgica, Italia, Portugal, los Países Bajos, Francia, Luxemburgo, Alemania y Grecia (puntos 30 a 39).

34 — Sentencia de 3 de julio de 1986, Lawrie-Blum (66/85, Rec. p. 2121), apartado 28.

adjetivación del derecho del Estado de origen del enseñante (apartado 25) y la cobertura del accidente por un régimen de seguridad social (apartados 27 y 28).

41. La sentencia Henkel, retomando una de las reflexiones de la sentencia Sonntag, negó que un litigio iniciado por una asociación privada de protección de los consumidores para prohibir cláusulas abusivas en los contratos suponga «una manifestación del poder público, puesto que no atañe de ningún modo al ejercicio de poderes exorbitantes en el sistema de las normas de derecho común aplicables a las relaciones entre particulares» (apartado 30).

42. La sentencia Baten englobó en la «materia civil» la acción de repetición por la que «un organismo público pedía a una persona de derecho privado el reembolso de las cantidades abonadas en concepto de asistencia social [...], siempre que el fundamento y las modalidades de ejercicio de la acción estuvieran regulados por las normas de derecho común»; añadió que, cuando la acción de repetición se cimente en disposiciones mediante las que el legislador haya conferido al organismo público una prerrogativa propia, no se incluye en la «materia civil» (apartado 37).<sup>35</sup>

35 — El abogado general Tizzano explica que, dadas las circunstancias, el municipio no ejercita su poder público para determinar los sujetos a los que solicitar el reembolso de los gastos devengados ni para fijar la cuantía de la prestación debida, pero tampoco para recuperar los gastos de asistencia: sólo puede solicitar el pago al tercero (punto 35); por consiguiente, la relación jurídica entre los dos sujetos no se diferencia de las relaciones obligatorias normales entre personas en pie de igualdad, como ocurre en las relaciones de derecho civil (punto 36).

43. A su vez, la sentencia Préservatrice Foncière TIARD se ocupó de la reclamación de deudas aduaneras por los Países Bajos al fiador del obligado principal. Incorporó al Convenio de Bruselas una acción por la que un Estado contratante instaba, frente a un particular, la ejecución de un contrato de fianza de derecho privado celebrado para permitir a otro particular prestar una garantía exigida y definida por el Estado, aunque con una condición, impuesta por la escasez de datos en el reenvío prejudicial, pues así sucede «siempre que la relación jurídica entre el acreedor y el fiador, tal como resulta del contrato de fianza, no responda al ejercicio por el Estado de facultades exorbitantes respecto de las normas aplicables en las relaciones entre particulares» (apartado 36).

44. De similar modo, la sentencia de 15 de enero de 2004, Blijdenstein,<sup>36</sup> estimó comprendida en el Convenio la pretensión de una autoridad pública para recuperar las cantidades satisfechas con arreglo al ordenamiento jurídico público como ayudas para la formación de una joven acreedora de alimentos, en cuyos derechos se había subrogado conforme a las normas civiles (apartado 21).

45. En fin, la sentencia de 5 de febrero de 2004, Frahuil,<sup>37</sup> declaró que «no se corres-

36 — Asunto C-433/01, Rec. p. I-981.

37 — Asunto C-265/02, Rec. p. I-1543.

ponde con el ejercicio de poderes exorbitantes de las normas aplicables a las relaciones entre particulares» la acción formulada por un fiador que había pagado unos derechos de aduana como consecuencia del contrato suscrito con un tercero que los había asumido por cuenta del importador (apartado 21).

alude al fundamento, a la naturaleza y a las modalidades de ejercicio de la acción.<sup>39</sup>

## B. Examen del supuesto de autos

### 1. Indicación preliminar

46. De las resoluciones transcritas se infiere que, para descubrir un acto *iure imperii*, por tanto, no sometido al Convenio de Bruselas, importa atender: 1º al carácter público de uno de los miembros de la relación jurídica; así como 2º al origen y a la fuente de la acción entablada, en concreto, al uso por la Administración de poderes exorbitantes o sin parangón entre privados. El criterio «personal» sugiere un aspecto formal;<sup>38</sup> el de la «subordinación»

47. La apreciación del desempeño de potestades públicas sopesa las circunstancias de cada caso, lo que ha permitido a la doctrina discutir el papel asumido por el Tribunal de Justicia en las sentencias que ha dictado.<sup>40</sup>

48. Una de las críticas estriba en que no se ha circunscrito a suministrar los elementos para una calificación autónoma de la noción del artículo 1 del Convenio de Bruselas y a proyectarlos sobre los contenciosos entre autoridades públicas y personas privadas, sino que ha impuesto una solución, a veces controvertida.

38 — Supone cobijar en el Convenio de Bruselas los casos en los que, aunque medie una regla de derecho público, la relación nazca entre particulares; Gothot, P., y Holleaux, D., *La Convención de Bruselas de 27 septiembre 1968 (Competencia judicial y efectos de las decisiones en el marco de la CEE)*, Ed. La Ley, Madrid, 1986, p. 9; Palomo Herrero, Y., *Reconocimiento y exequatur de resoluciones judiciales según el Convenio de Bruselas de 27-09-68*, Ed. Colex, Madrid, 2000, p. 61. El criterio responde a la concepción continental del derecho público de que, sin la presencia de una administración pública, no existe una relación jurídico-pública (García de Enterría, E. y Fernández, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, 9ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1999, pp. 42 y ss.); no me resisto a advertir de la necesidad de que, a la vista de los problemas de delimitación de aquel derecho en una Unión cada vez más grande, el criterio personal ha de matizarse en el ámbito comunitario, restándole relevancia o interpretando ampliamente lo que se entiende por «parte pública» en contraposición a «parte privada» (Dashwood, A., Hacon, R., White, R., *A Guide to the Civil Jurisdiction and Judgement Convention*, Ed. Kluwer, Deventer/Amberes/Londres/Fráncofort/Boston/Nueva York, 1987, p. 10; Donzallaz, Y., *La Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, vol. I, Ed. Staempfli, Berna, 1996, pp. 336 y 337).

39 — Gaudemet-Tallon, H., *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano (Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe)*, Ed. LGDJ, Paris, 1993, pp. 20 y 21, observa que, aunque el criterio no está desprovisto de lógica y se utiliza en derecho internacional, no allana los obstáculos para trazar la frontera entre derecho público y derecho privado.

40 — Entre otros, Schlosser, P., «Der EuGH und das Europäische Gerichtsstands- und Vollstreckungsübereinkommen», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1977, pp. 457 y ss.; también, en sus comentarios a la sentencia ITU, Huet, A., *Journal du droit international*, 1977, pp. 707 y ss.; y Droz, G.A.L., *Revue critique de droit international privé*, 1977, pp. 776 y ss.

49. Pero la cuestión prejudicial se configura con una secuencia temporal que abarca tres fases sucesivas: la inicial, en la que el juez nacional detecta el problema de derecho europeo; la intermedia, en la que el Tribunal de Justicia lo analiza; y la final, en la que el juez nacional resuelve el litigio principal a la luz de las pautas proporcionadas.<sup>41</sup> Las dificultades surgen si quiebra el equilibrio que preside el diálogo entre los órganos judiciales,<sup>42</sup> cuando alguno<sup>43</sup> se extralimita<sup>44</sup> en el ejercicio de sus funciones.

50. Los riesgos de cualquier exceso en este asunto se evitarían con una abstracción de los hechos, buscando resolver la duda interpretativa planteada de manera que sirva a cualquier órgano judicial de la Unión enfrentado a hipótesis similares. Además, conviene dotar de un enfoque estrictamente jurídico a las cuestiones promovidas, eludiendo sentimientos que, aunque comprensibles, entorpecen el raciocinio.

41 — Pescatore, P., «Las cuestiones prejudiciales», en Rodríguez Iglesias, G.C., y Liñán Noguera, D., *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, p. 546.

42 — Peláez Marón, J.M., «Funciones y disfunciones del control jurisdiccional en el marco de la Comunidad Europea», *Gaceta Jurídica de la CEE*, n.º 52, serie D-9, 1988, pp. 233 a 259.

43 — Kakouris, K.N., en «La mission de la Cour de Justice des Communautés européennes et l'ethos du juge», *Revue des affaires européennes*, n.º 4, 1994, pp. 35 a 41, alude a la actitud de conciencia, de honestidad y de moralidad, tanto del Tribunal de Justicia, como de cada uno de sus jueces —el «ethos»—.

44 — En el punto 35 de mis conclusiones en el asunto en el que recayó la sentencia de 17 de junio de 2004, *Recheio-Cash & Carry* (C-30/02, Rec. p. I-6051), manifiesto mi incompreensión porque la sentencia de 24 de septiembre de 2002, *Grundig Italiana* (C-255/00, Rec. p. I-8003), señalara, en el ámbito tributario, el periodo mínimo reputado bastante para garantizar el efectivo uso de las acciones fundadas en el derecho comunitario, invadiendo la competencia soberana del juez nacional para resolver el proceso principal; en la nota 44 de esas conclusiones denuncié el mismo error en otras sentencias.

51. El Efeteío de Patras ha cumplido su papel con acierto, a pesar de que, para facilitarle una respuesta útil, procede subir un peldaño más en la generalización fáctica, tomando como referente los daños causados a los particulares por los militares de un Estado miembro en el territorio de otro durante una guerra, al margen de los elementos que individualizan la reclamación de indemnización, entre los que figura el temporal.<sup>45</sup>

## 2. El comportamiento de las fuerzas armadas en la guerra

52. Puesto que la acción se dirige contra un Estado, parece innecesario detenerse en el primero de los criterios enunciados —el carácter público de una de las partes—, por lo que centro el estudio en el segundo —el uso de poderes exorbitantes—.

### a) La tesis propuesta

53. Por más que, desde la antigüedad, se hayan elaborado pautas, realizado admoni-

45 — A este respecto, aunque para la segunda pregunta prejudicial, el Gobierno polaco aporta una sutil apreciación en sus observaciones, fijándose en que el órgano de reenvío menciona los actos y las omisiones acaecidos antes de la entrada en vigor del Convenio, «en concreto, entre los años 1941 y 1944», pero no suscita una cuestión de interpretación que, como advierte el propio Gobierno, se dilucidaría conforme al artículo 54 del Convenio, que obliga a atender al momento en el que se ejercita la acción.

ciones y aprobado normas sobre la conducta de los contendientes en un conflicto bélico,<sup>46</sup> la guerra no pierde su condición de fenómeno excepcional.

cuya cúspide ocupan las primeras autoridades de la nación.<sup>48</sup>

54. Soslayando las operaciones protagonizadas por grupos aislados, que sugieren otras preocupaciones, el Gobierno neerlandés acierta al reputar los actos marciales como típicas expresiones del poder del Estado.

- Se rigen por unos principios proclamados solemnemente en las normas de mayor rango de cada país, que, además, fijan los límites, los objetivos y las condiciones de la actividad castrense, más precisos según desciende la cadena de mando.

55. Hay diversos motivos que avalan esta afirmación:

- Ostentan potestades de las que carecen los demás ciudadanos, compelidos a acatar las órdenes de los militares, pagando con graves sanciones la rebeldía.

- Los ejércitos se integran en la estructura del Estado. Sometidos a una rígida disciplina, obedecen a sus superiores<sup>47</sup> dentro de una organización jerárquica,

56. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos,<sup>49</sup> casi todos los Estados que han

46 — En la Biblia, el Deuteronomio esconde un auténtico catálogo de recomendaciones, bajo la rúbrica «La conquista de las ciudades», exigiendo, por ejemplo, un ofrecimiento de paz a toda población sitiada (*Biblia de Jerusalén*, Deuteronomio, capítulo 20, versículo 10, E. Nácar y A. Colunga editores, versión directa de las lenguas originales, Ed. Desclee de Brouwer, Bilbao, 1975, p. 212). En la actualidad ha cobrado carta de naturaleza el llamado «derecho internacional humanitario», desarrollado en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativos al trato a los prisioneros de guerra (Convenio III) y a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV), así como por los Protocolos adicionales, aprobados el 8 de junio de 1977, para la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y sin carácter internacional (Protocolo II); su texto, en varios idiomas, se encuentra en el apartado de derecho internacional de la página electrónica de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos <http://www.ohchr.org>.

47 — En el acto de la vista, los demandantes en el litigio principal confirmaron que los soldados cometieron los hechos siguiendo las instrucciones de sus superiores.

48 — Baroja, P., en su novela *Miserias de la guerra*, Ed. Caro Raggio, Madrid, 2006, recientemente publicada por haber sufrido los avatares de la censura franquista, se refiere al papel desempeñado por el anarquista Durruti en la contienda civil española, achacándole que «tenía razón como militar, pero no como anarquista», pues «la guerra no se puede hacer más que con una disciplina estrecha y dura. Querer hacer la guerra con anarquistas, que van a pretender discutir las órdenes de sus jefes, es una perfecta locura» (p. 192).

49 — La sentencia de 21 de noviembre de 2001, McElhinney c. Irlanda, § 38 (*Recueil des arrêts et décisions*, 2001-XI), expresó que «les textes mentionnés [...] montrent en outre que cette tendance paraît concerner essentiellement les dommages corporels "assurables", c'est-à-dire ceux causés par des accidents de la circulation ordinaires, et non des problèmes relevant de la sphère centrale de souveraineté des États, tels que les actes d'un soldat sur le territoire d'un État étranger; ceux-ci peuvent, par nature, soulever des questions sensibles touchant aux relations diplomatiques entre États et à la sécurité nationale» (apartado 38).

presentado observaciones en este proceso prejudicial y la Comisión incluyen los actos de la milicia entre las manifestaciones de la soberanía estatal.

57. Por tanto, el resarcimiento de los perjuicios irrogados durante una guerra por las tropas de uno de los bandos no forma parte de la «materia civil» en el sentido del artículo 1 del Convenio de Bruselas, cuyo texto no es aplicable.<sup>50</sup>

#### b) Las objeciones suscitadas

58. La calificación de los actos del ejército como *iure imperii* se discute en alguna de las observaciones depositadas en este proceso prejudicial con reflexiones sobre: i) la responsabilidad internacional del Estado, ii) la ilicitud de las conductas, iii) la territorialidad del ejercicio del poder y iv) los preceptos del Convenio de Bruselas. Anticipo que, a mi juicio, ninguna de esas reflexiones desvirtúa lo hasta ahora expuesto.

50 — A este desenlace también han llegado, sin formular ninguna cuestión prejudicial, algunos altos tribunales de los Estados contratantes, como la Corte di Cassazione italiana, en decisión de 12 de enero de 2003, y el Bundesgerichtshof alemán, en resolución de 26 de junio de 2003.

#### i) La responsabilidad del Estado en el derecho internacional

59. Las referidas observaciones aluden con frecuencia a la dimensión internacional de las cuestiones planteadas, aspecto que los demandantes del asunto principal vinculan a la responsabilidad imputable a los Estados por los actos ilegales.

60. Esta dimensión reviste gran interés; la Comisión de derecho internacional creada en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, en su primer periodo de sesiones a lo largo de 1949, consideró que era una materia idónea para la codificación; y en 2001, durante el 53º periodo de sesiones, adoptó un «proyecto de texto de artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos».<sup>51</sup> Además, aparece en estrecha conexión con la inmunidad jurisdiccional estatal, que, durante la segunda mitad del siglo pasado, ha evolucionado, pues se ha relativizado y restringido a los actos *iure imperii*, observándose una tendencia a suprimirla, también para tales actos, cuando se menoscaben los derechos humanos.<sup>52</sup>

51 — El contenido y los comentarios de esta Comisión de derecho internacional se encuentran en <http://untreaty.un.org/ilc/reports/2001/spanish/chp4.pdf>.

52 — Bröhmer, J., *State Immunity and the Violation of Human Rights*, Ed. Kluwer Law International, La Haya, 1997, pp. 143 y ss., demuestra que el desarrollo normativo de los derechos humanos implica una restricción de la inmunidad estatal, aun si el Estado infractor actuó *iure imperii*. Gaudreau, J., *Immunité de l'Etat et violations des droits de la personne: une approche jurisprudentielle*, HEI publications-Institut Universitaire de Hautes Etudes Internationales, Ginebra, 2005, analiza la evolución de la práctica de los tribunales nacionales e internacionales sobre el extremo mencionado.

61. Este tipo de responsabilidad se atiene a reglas propias, consuetudinarias o escritas, que exigen la vulneración de una obligación internacional. No se enmarca, pues, en el derecho privado ni constituye «materia civil» del artículo 1 del Convenio de Bruselas, sino «materia internacional».

62. A este respecto, en respuesta a la pregunta que formulé en la vista, los demandantes en el pleito principal adujeron que el fundamento de su pretensión residía en el artículo 3 del IV Convenio de la Haya.<sup>53</sup>

ii) La ilicitud de las acciones

63. Los demandantes en el proceso principal, así como el Gobierno polaco, han alegado que los actos *iure imperii* no comprenden los ilícitos; las operaciones militares que infringen el sistema jurídico no entrarían en aquella categoría, idea que me recuerda el axioma «the King can do no wrong» —muy matizado desde hace tiempo—. <sup>54</sup>

53 — Creo que quisieron citar el artículo 3 del Convenio IV de Ginebra, identificado en la nota 46. También aludieron, pero de forma marginal, a los artículos 913, 914 y 932 del Código Civil griego.

54 — El derecho inglés, tras una paulatina moderación del principio, lo suprimió definitivamente en la Crown Proceedings Act 1947.

64. No comparto la objeción. La licitud del comportamiento no afecta a su calificación, sino a sus consecuencias, en cuanto requisito para el nacimiento de la responsabilidad o, si procede, para modularla.

65. Sostener lo contrario significaría que las autoridades sólo usan las potestades públicas cuando las ejercen de manera irreprochable, descartando el que, como a veces sucede, puedan no actuar así. Igualmente generaría inconvenientes para determinar el responsable, pues, al no tratarse de actos *iure imperii* ni, por definición, de actos *iure gestionis*, sólo cabría la imputación del daño a los autores materiales, no a la administración en la que se incardinan; en el litigio principal, como se cuida de advertir el Gobierno alemán, la reclamación se plantea frente al Estado, no frente a los soldados.

66. Por tanto, la ilicitud, cualquiera que sea su grado, incluyendo los crímenes de lesa humanidad, no desvirtúa la tesis expuesta.

iii) La territorialidad del ejercicio del poder

67. Según el Gobierno de Polonia, el poder público se ejerce dentro de los contornos



territoriales de un Estado, lo que impediría estimar las operaciones de sus fuerzas armadas más allá de sus fronteras como una muestra de ese poder.

68. Tampoco resulta aceptable este reparo. El territorio delimita el espacio de proyección de la soberanía; los actos de un Estado realizados fuera de su demarcación carecen de efectos. No obstante, se vislumbran, al menos, dos supuestos especiales: cuando se produce una invasión y cuando, sin llegar a la ocupación, interviene en un país el ejército de otro. Este segundo supuesto, ajeno al litigio principal, origina dificultades singulares, muy relevantes actualmente, para las que se buscan soluciones que ponderen el posible consentimiento del Estado violentado o el cumplimiento de un mandato de la comunidad internacional.

69. En el primer supuesto especial hay una apropiación, temporal o definitiva, que, aun censurable, implica una extensión del dominio del invasor. No cabe ignorar estas circunstancias e incurrir en la ficción de que, una vez traspasada la frontera, las tropas atacantes se sitúan al margen de sus mandos, pues permanecen bajo la dirección o el control del Estado al que pertenecen, conservando el vínculo de subordinación jerárquica.<sup>55</sup>

55 — En el derecho internacional humanitario, el Convenio IV de Ginebra, de 1949, relativo a la protección de los civiles en tiempo de guerra, citado en una nota anterior, se aplica a «todos los casos de ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque no haya resistencia militar» (artículo 2, párrafo segundo).

iv) Los preceptos del Convenio de Bruselas

70. A la interpretación sistemática del Convenio apunta alguna alegación, bien de manera directa, como la del Gobierno italiano, que rechaza explícitamente que aboque a considerar «materia civil» la reclamación formulada, bien indirecta, como la del auto de remisión, cuando cita el apartado 3 del artículo 5.

71. La invocación de ese precepto carece de trascendencia; para manejar sus reglas se requiere que el propio Convenio entre en juego, lo que depende del artículo 1.

72. El Convenio de Bruselas distingue el régimen que instituye —integrado por normas sobre la competencia judicial o el reconocimiento y la ejecución de resoluciones— y los criterios de aplicabilidad de dicho régimen —territoriales, temporales y materiales—, que son condiciones previas de aptitud para la operatividad del sistema; si no se reúnen, como ocurre en el asunto de autos, huelga cualquier otro análisis.

73. La sentencia de 27 de septiembre de 1988, Kalfelis,<sup>56</sup> ha englobado en la expre-

56 — Asunto 189/87, Rec. p. 5565.

sión «materia delictual o cuasidelictual» del número 3 del artículo 5 las demandas de responsabilidad no relacionadas con la «materia contractual» del número 1 del mismo artículo (apartado 18).<sup>57</sup> Sin embargo, el ejercicio de potestades públicas como ámbito excluyente *rationae materiae* del Convenio no depende de la acción entablada, sino de su fundamento, naturaleza y modalidades de desempeño; de otro modo se pondría en peligro la autonomía de los conceptos del artículo 1. Además, la regulación de la reparación de los daños perpetrados por el funcionamiento de la Administración pública varía sustancialmente de un Estado contratante a otro, por las diferencias entre los sistemas del «common law» y los continentales, así como por las que estos últimos ofrecen entre sí.<sup>58</sup>

## VI. Análisis de la segunda cuestión prejudicial

74. El órgano judicial remitente también pregunta al Tribunal de Justicia si el privilegio de inmunidad jurisdiccional de los Estados es compatible con el sistema del Convenio de Bruselas y, en caso de respuesta afirmativa, si relega su aplicación.

75. A tenor de la solución que propongo para la primera cuestión prejudicial, resulta superflua cualquier reflexión sobre la segunda.

57 — En igual sentido, sentencias *Réunion européenne* y otros, apartado 22; *Henkel*, apartado 36, ambas citadas; de 26 de marzo de 1992, *Reichert y Kockler* (C-261/90, Rec. p. I-2149), apartado 16; y de 11 de julio de 2002, *Gabriel* (C-96/00, Rec. p. I-6367), apartado 33.

58 — Como botón de muestra de esta divergencia: en Alemania, el artículo 839 del Código Civil, en relación con el artículo 34 de la Ley fundamental; en Austria, el artículo 23 de la Constitución federal y la Ley federal de 18 de diciembre de 1948, sobre la responsabilidad del Estado federal, los *länder*, los distritos, los ayuntamientos y otros colectivos y organismos de derecho público por los perjuicios ocasionados con la aplicación de las leyes; en Bélgica, los artículos 1382 y ss. del Código Civil; en Chipre, los artículos 146 y 172 de la Constitución; en España, los artículos 9 y 106 de la Constitución, así como los artículos 139 y ss. de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; en Estonia, el artículo 25 de la Constitución y la Ley de 2 de mayo de 2001, de responsabilidad del Estado; en Finlandia, el artículo 118 de la Constitución y la Ley 412/1974, sobre responsabilidad civil; en Grecia, el artículo 105 de la Ley introductiva al Código Civil; en Hungría, el artículo 349 del Código Civil; en Italia, las reglas sobre responsabilidad aquiliana del Código Civil; en los Países Bajos, el artículo 6:162 del Código Civil; en Polonia, el artículo 77 de la Constitución y los artículos 417 y ss. del Código Civil; en Eslovenia, el artículo 26 de la Constitución y el artículo 63 de la Ley sobre el contencioso-administrativo; en Suecia, la Ley de 2 de junio de 1972, sobre daños; en la República Checa, el artículo 36 de la Carta de los derechos y de las libertades fundamentales. Esta enunciación revela la disparidad, pues hay Estados con el principio consagrado al máximo nivel normativo, algunos con normas específicas, otros que remiten al derecho privado, sin olvidar aquellos no mencionados, en los que es una creación jurisprudencial.

76. No obstante, si el Tribunal de Justicia decidiera abordarla, debería ponderar que la inmunidad se configura como un obstáculo procesal<sup>59</sup> para impedir a los tribunales de un Estado pronunciarse sobre la responsabilidad de otro, ya que, como señala el Gobierno italiano en sus observaciones, *par in parem non habet imperium*, al menos en relación a los actos *iure imperii*, vedando el acceso al proceso.

59 — Así lo califica el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en tres sentencias de 21 de noviembre de 2001, *Al-Adsani c. Reino Unido*, § 48; *McElhinney c. Irlanda* —ya citada—, § 25; y *Fogarty c. Reino Unido*, § 26; *Recueil des arrêts et décisions*, 2001-XI.

77. La competencia presupone la jurisdicción, a la que delimita para designar, en el conjunto de los juzgados y de los tribunales de un territorio, el que ha de resolver un litigio concreto. Ambas nociones, aunque estrechamente imbricadas, no se repelen ni se contradicen.

78. La inmunidad jurisdiccional estatal se sitúa, por tanto, en un plano anterior al del Convenio de Bruselas, pues, si no cabe la llamada al proceso, carece de interés saber el órgano judicial encargado de conocer la demanda. Además, excede de las atribuciones del Tribunal de Justicia el examen de la concurrencia de la inmunidad en el supuesto de autos y sus implicaciones con los derechos humanos.

## VII. Conclusión

79. Conforme a las consideraciones expuestas, sugiero al Tribunal de Justicia responder a las cuestiones prejudiciales del Efeteío de Patras, declarando que:

«Una acción de indemnización ejercitada por personas físicas de un Estado contratante del Convenio de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, para resarcirse de los daños ocasionados por las fuerzas armadas de otro Estado contratante cuando invadió su territorio en una contienda militar, incluso si esas actuaciones constituyen crímenes contra la humanidad, no entra en el ámbito de aplicación material del referido Convenio.»