

## LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN EN LA CONVENCIÓN DE 2004: un análisis desde la práctica de España

Jaume FERRER LLORET

### SUMARIO:

I. INTRODUCCIÓN. II. ANTECEDENTES: EL PROYECTO DE 1991 ASUME LA TESIS RELATIVA DE LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN. III. LA FASE INTERGUBERNAMENTAL DEL PROCESO CODIFICADOR Y LAS SOLUCIONES DE LA CONVENCIÓN DE 2004. 1. Los debates en la Sexta Comisión. 2. La distinción entre medidas coercitivas anteriores al fallo y posteriores al fallo. 3. Bienes que no pueden ser objeto de medidas coercitivas. A) Los bienes y en particular las cuentas bancarias de las misiones diplomáticas y oficinas consulares. B) Los bienes relacionados con una actividad militar. C) Los bienes de los bancos centrales. D) Los bienes culturales y los archivos. E) Los bienes que forman parte de una exposición. IV. LA PRÁCTICA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES. 1. La incipiente aplicación de la tesis relativa en la jurisprudencia de los ochenta. 2. La confirmación de la tesis relativa: la STC 107/1992. 3. Las dificultades para hacer efectiva la tesis relativa en la jurisprudencia posterior. 4. Desarrollos en la jurisprudencia más reciente. V. VALORACIÓN Y PROPUESTA DE *LEGE FERENDA*. 1. Un resultado insatisfactorio para la tutela judicial efectiva de los derechos de los particulares. 2. La ratificación y desarrollo legislativo de la Convención de 2004.

### I. INTRODUCCIÓN

Aunque en los últimos tiempos se ha convertido en un lugar común hacer referencia a la crisis de la codificación del Derecho Internacional (DI), la práctica más reciente prueba que el proceso codificador que tiene su pilar fundamental en la labor de la Comisión de Derecho Internacional (CDI), todavía puede ofrecer resultados que merecen una valoración de conjunto moderadamente positiva. Así lo demuestra la adopción por la Asamblea General (AG) de la Convención de Naciones Unidas (NU) sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, mediante la Resolución 59/38 de 2 de diciembre de 2004 (en adelante, Convención de 2004)<sup>1</sup>. Este tratado

1. *Vid.* para el análisis de este proceso codificador, FERRER LLORET, J., *El proceso codificador de las inmunidades jurisdiccionales del Estado y de sus bienes: un análisis desde la práctica y los intereses de España*, Alicante, 2007, 365 pp., trabajo de investigación presentado como segundo ejercicio de las pruebas de habilitación a Catedrático de Universidad celebradas a mediados de 2007 en la Universidad Complutense de Madrid. El presente artículo constituye una versión resumida de su Capítulo Cuarto.

JAUME FERRER LLORET

ha sido adoptado tras 27 años de esfuerzo codificador, primero en el seno de la CDI (1977-1991), y después, en una segunda fase “intergubernamental”, en la AG de NU (1992-2004)<sup>2</sup>. Con este convenio se pretende subsanar la laguna que a nivel convencional con vocación universal se presentaba en este sector de normas, que hasta la fecha estaba regulado principalmente por normas consuetudinarias; con las evidentes dificultades que presenta la determinación de estas últimas a partir sobre todo de una práctica judicial interna que se ha caracterizado por su heterogeneidad, su carácter fragmentario y su naturaleza evolutiva y cambiante<sup>3</sup>.

Como se confirma, más en concreto, en el ámbito de la inmunidad de ejecución. En efecto, pese a que en el ámbito de la inmunidad de jurisdicción la distinción entre *acta iure imperii* y *acta iure gestionis* por lo general se encuentra aceptada, en el de la inmunidad de ejecución, sin embargo, la tesis absoluta o casi absoluta todavía se ha visto respaldada en la práctica de un buen número de Estados hasta fechas muy recientes. Tanto es así, que en las

2. Se hace referencia a esta segunda fase del proceso codificador, como “fase intergubernamental”, ya que evidentemente se ha desarrollado en el seno de la AG y ha sido protagonizada por los representantes de los Gobiernos en la Sexta Comisión de la misma. Si bien, en 1999 la AG decidió solicitar de nuevo su opinión a la CDI sobre las cinco principales cuestiones que estaban siendo objeto de discusión en la Sexta Comisión; dado que en el Estatuto de la CDI no se prevé una “tercera lectura”, en el seno de la CDI se nombró un Grupo de Trabajo, que presentó un Informe ante la Sexta Comisión: *Anuario CDI*, vol. II, Segunda Parte (1999), Anexo. Por otra parte, el que se califique como de “fase intergubernamental” a la etapa del proceso codificador que va de 1992 a 2004 por las razones antedichas, no debe hacer olvidar que los trabajos llevados a cabo por la CDI entre 1977 y 1991 se han desarrollado en estrecha colaboración con los gobiernos de los Estados miembros de NU, a los que el órgano codificador ha solicitado Observaciones por escrito en dos ocasiones y cuyas opiniones manifestadas en el seno de la Sexta Comisión con motivo de los informes presentados anualmente por la CDI, han sido tenidas muy en cuenta por el organismo subsidiario de la AG que se encarga de la codificación y el desarrollo progresivo del DI.

3. Cfr. STEWART, D.P., “The UN Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property”, *AJIL*, vol. 99 (2005), 194-211, p. 194 (este autor fue el jefe de la representación de Estados Unidos ante el Comité Especial creado por la AG a finales de 1999). En 1998, BROWNLIE, comentando su experiencia como Ponente del IDI sobre este tema, advertía lo siguiente: “The paradox for me was that the practice of domestic courts –not the least in those countries in which, according to the books, the restrictive theory is applied by the courts– the practice of those courts is far more eclectic than many people believe and there is no question of a definition of *iure imperii* and its alleged opposite... It was my view, just based on studying the decisions of courts, not least in places like Switzerland, Italy, the Netherlands and elsewhere, that what municipal courts had to do –because the courts had to face these problems, not just produce formulations which could be the subject of diplomatic bargain, but to come up with real decisions on real facts– was to acknowledge the existence of countervailing factors and then balance them up in relation to the given set of facts”: *vid.* su intervención en el debate publicado por UNITED NATIONS, *The International Law Commission Fifty Years After: An Evaluation*, New York, 2000, p. 69.

## LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN EN LA CONVENCIÓN DE 2004

más de las veces los Estados afectados siguen considerando que toda ejecución contra sus bienes por parte del tribunal del Estado del foro, constituye una “agresión” contra sus “intereses vitales”, sea cual sea el valor económico de los bienes afectados por la eventual ejecución; por ello, los asesores jurídicos del Estado interpondrán con toda seguridad la excepción de inmunidad de ejecución del Estado<sup>4</sup>. Así se explica, que en el contexto de una práctica un tanto contradictoria, dirigida, por una parte, a permitir cierto número de excepciones a la inmunidad de jurisdicción, pero, por otra, a privar en buena medida de toda efectividad a tales excepciones, al no permitir la ejecución contra los bienes del Estado, salvo en supuestos muy tasados, se haya llegado a la conclusión de que “the law relating to immunity from execution lacks coherence, is controversial, and produces greater friction between countries than is caused by any reduction in immunity from jurisdiction”<sup>5</sup>.

La Convención de 2004 regula la inmunidad de ejecución en sus arts. 18 a 21, con los que se pretende codificar y –en su caso– desarrollar progresivamente el DI en vigor. Es cierto que este tratado todavía no ha entrado en vigor, y ahora mismo no parece posible predecir cuándo se alcanzarán las 30 ratificaciones necesarias para que ello ocurra (art. 30)<sup>6</sup>. Pero, por una parte, se debe destacar que entre los Estados que ya lo han firmado se encuentran la mayoría de los principales protagonistas en el tráfico económico internacional (Francia, Reino Unido, Japón, China, India, Federación Rusa...). Por otra, que la jurisprudencia interna viene aplicando sus disposiciones como expresión del DI consuetudinario, como ya había ocurrido con relación a las disposiciones del Proyecto de la CDI de 1991<sup>7</sup>. Desde esta perspectiva general, a

4. Cfr. FERNÁNDEZ TOMÁS, A., “Prólogo”, en SORIA JIMÉNEZ, A., *La excepción por actividades comerciales a las inmunidades estatales*, Madrid, 1995, 21-26, p. 25; y más recientemente, FERNÁNDEZ TOMÁS, A.; SÁNCHEZ LEGIDO, A. y ORTEGA TEROL, J.M., *Manual de Derecho Internacional Público*, Valencia, 2004, p. 194.

5. FOX, H., *The Law of State Immunity*, Oxford, 2004, p. 262.

6. Hasta la fecha (septiembre de 2007), la Convención ha sido firmada por un total de 28 Estados; y Austria, Noruega, Portugal y Rumanía ya han ratificado este tratado internacional. Los Estados que la han firmado son los siguientes: Austria, Bélgica, China, Dinamarca, Eslovaquia, Estonia, Federación Rusa, Finlandia, Francia, India, Irán, Islandia, Japón, Líbano, Madagascar, Marruecos, México, Noruega, Paraguay, Portugal, República Checa, Reino Unido, Rumanía, Senegal, Sierra Leona, Suecia, Suiza y Timor-Leste. Se puede consultar el estado de las ratificaciones publicado por el Depositario de esta Convención, el Secretario General de NU, en la dirección de internet: <http://untreaty.un.org/ENGLISH/bible/englishinternetbible/partI/chapterIII/treaty38.asp>.

7. Por ejemplo, el TC español se ha referido a las disposiciones del Proyecto de 1991 como expresión del DI consuetudinario, como se podrá comprobar en el epígrafe IV de este trabajo. Más recientemente, en el caso *AIG Capital Partners v. Kazakhstan*, Sentencia de la

JAUME FERRER LLORET

pesar de que todavía no ha entrado en vigor, la adopción, *por consenso*, de la Convención de 2004, puede aportar las funciones de *interpretación* y *reconocimiento colectivo* del DI consuetudinario en vigor en este sector de normas, gracias a la aplicación de la técnica del consenso en este proceso nomogénico. En otros términos, *aunque resulte un tanto paradójico, como se demuestra en este caso, en bastantes ocasiones el proceso codificador dirigido a la creación de normas convencionales, despliega sus principales consecuencias jurídicas en el terreno de las normas consuetudinarias*<sup>8</sup>.

En las páginas que siguen se lleva a cabo el análisis y la valoración de las soluciones que ofrece la Convención de 2004 en el ámbito de la inmunidad de ejecución<sup>9</sup>, dedicando una especial atención a la práctica de España.

*High Court* de Londres de 21 de octubre de 2005, el Juez Aikens, lleva a cabo la siguiente valoración de la Convención de 2004, para justificar la aplicación de su art. 21.1.c) al litigio en cuestión: "I regard the UN Convention on *Jurisdictional Immunities of States and their Property*, adopted by the General Assembly, as a most important guide on the state of international opinion on what is, and what is not, a legitimate restriction on the right of parties to enforce against State property generally. I accept that the Convention does not constitute a *Jus cogens* in international law. I recognise that the Convention has not yet been adopted by any States. But its existence and adoption by the UN after the long and careful work of the International Law Commission and the UN Ad Hoc Committee on Jurisdictional Immunities of States and Their Property, powerfully demonstrates international thinking on the point. It suggests that the grant of immunity to all the property of a State's central bank is, in the eyes of the international community of States, legitimate. It must be their view that it will promote comity and good relations between States through respect of one another's sovereignty as regards a State's central bank and its property".

8. *Vid.* a este respecto, FERRER LLORET, J., *El consenso en el proceso de formación institucional de normas en el Derecho Internacional*, Barcelona, 2006, pp. 215 y ss. Como se comprueba, por ejemplo, en el caso de la aplicación, como expresión del DI consuetudinario en vigor, de las disposiciones del Proyecto de artículos sobre la responsabilidad internacional del Estado de 2001, por parte de la jurisprudencia internacional: *vid.* por citar una decisión reciente, la Sentencia de 26 de febrero de 2007 dictada por la Corte Internacional de Justicia (CIJ), en el *Case Concerning the Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, *ICJ Reports 2007*.

9. No se abordan, por tanto, aspectos que afectan a la inmunidad de ejecución en temas más puntuales, que no han sido regulados en la Convención de 2004, como es el caso, por ejemplo, de la problemática que presenta la ejecución de los laudos arbitrales dictados contra Estados extranjeros, materia que ha cobrado cierta importancia en los últimos tiempos, sobre todo en el ámbito de la protección de las inversiones. En el art. 17 de la Convención de 2004 se prevé una excepción a la inmunidad de jurisdicción en el caso de los procesos relativos a la validez, la interpretación o la aplicación de un convenio arbitral, el procedimiento de arbitraje o la confirmación o anulación del laudo, concluido entre una persona natural o jurídica extranjera y un Estado, a fin de someter a arbitraje todo litigio relacionado con una transacción mercantil; más en concreto, en el Entendimiento se aclara que dentro del ámbito de aplicación de esta excepción se incluyen los arbitrajes relativos a inversiones. Pero en la Conven-

## LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN EN LA CONVENCIÓN DE 2004

Lo que permitirá plantear una propuesta de *lege ferenda* dirigida a alcanzar un equilibrio de intereses entre, por una parte, los intereses del Estado extranjero en la protección de sus bienes contra medidas coercitivas llevadas a cabo por los tribunales del foro, y, por otra, los intereses de los particulares que hayan establecido relaciones jurídicas con el Estado extranjero, de las que se deriven derechos y obligaciones que puedan ser objeto de tutela judicial, a través de una sentencia que se haga efectiva contra los bienes de este último.

## II. ANTECEDENTES: EL PROYECTO DE 1991 ASUME LA TESIS RELATIVA DE LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN

La Parte IV del Proyecto de artículos aprobado por la CDI en 1991, dedicada a la “inmunidad del Estado respecto de las medidas coercitivas adoptadas en relación con un proceso ante un tribunal”, es la que más cambios ha sufrido en la versión definitiva de la Convención de 2004. En 1991, la Parte IV sólo constaba de dos artículos, sin distinguirse entre las medidas coercitivas anteriores al fallo y las medidas coercitivas posteriores al fallo. Con carácter general, con la escueta regulación jurídica que ofrece la CDI, subyace claramente una postura de entrada contraria a admitir excepciones a la regla general de la inmunidad de ejecución, y en la que se evidencian los intereses

de 2004 no se hace ninguna referencia al problema de la ejecución de las sentencias arbitrales. Es más, la propuesta del Ponente OGISO dirigida a incluir una referencia, dentro del art. 17, al “reconocimiento” del laudo arbitral, fue rechazada porque se consideró que el reconocimiento podía ser considerado como el primer paso hacia la ejecución del laudo arbitral: *vid. en ACDI* (1990), vol. I, las intervenciones de RAZAFINDRALAMBO (p. 74), MAHIU (p. 76), GRAEFRATH (p. 78), SEPÚLVEDA GUTIÉRREZ (p. 81), AL-BAHARNA (p. 82). Dada la falta de una regulación específica en la Convención de 2004, en este tema con carácter general resulta de aplicación el régimen jurídico previsto en los arts. 18 a 21 de dicha Convención, como expresión del DI consuetudinario en vigor. En concreto esta doctrina se ha aplicado en el citado caso *AIG Capital Partners v. Kazakhstan*, en el que las empresas demandantes intentaron ejecutar, sobre los fondos del Gobierno de Kazajstán en el Reino Unido, el laudo dictado por un tribunal arbitral constituido siguiendo las reglas del CIADI y de conformidad con el Tratado de protección recíproca de inversiones concluido entre Estados Unidos y la exRepública Soviética del Asia Central, por la que se condenaba a este Estado al pago de unos 10 millones de dólares más intereses, al haber incumplido los contratos celebrados con las empresas demandantes. La *High Court* se apoya en el art. 55 de la Convención de Washington, y aplica en este asunto la normativa interna del Reino Unido, en concreto el art. 14.4 de la *SIA* de 1978, al considerarla conforme con el art. 21.1.c) de la Convención de 2004, precepto que considera expresión del DI consuetudinario en vigor; y llega a la conclusión de que la sentencia arbitral no se puede ejecutar sobre los bienes del Banco Central de Kazajstán que se encuentran en el Reino Unido.

JAUME FERRER LLORET

presentes en la fractura o tensión entre el Norte y el Sur<sup>10</sup>. En esta misma dirección, en sus comentarios la CDI advierte que dado que la inmunidad de ejecución no se plantea hasta que se ha hecho efectiva una excepción a la inmunidad de jurisdicción y existe un fallo a favor del demandante, se puede considerar que es “un último refugio, el último baluarte de la inmunidad del Estado”. Asimismo, explicita la importancia que presenta la defensa de los intereses intergubernamentales, en detrimento de los intereses del particular: “si se admite que ningún Estado soberano puede ejercer su autoridad soberana sobre otro Estado igualmente soberano (*par in parem imperium non habet*), cabe afirmar *a fortiori* que no es posible ejercer ninguna medida coercitiva en forma de ejecución o coacción en virtud de la autoridad de un Estado contra otro Estado y sus bienes. Esta posibilidad no existe ni siquiera en los litigios internacionales sometidos al arreglo judicial o al arbitraje”<sup>11</sup>.

Estas cautelas se explican desde una realidad bien concreta: hasta principios de los años noventa, *a nivel universal* la práctica judicial<sup>12</sup>, legislati-

10. “La inmunidad en este contexto con respecto a los bienes que son propiedad del Estado o que éste posee o utiliza es tanto más importante para los Estados habida cuenta de la práctica reciente, cada vez más extendida, de que los litigantes privados, en particular las empresas multinacionales, traten de resarcirse mediante el embargo de bienes que son propiedad de países en desarrollo o que éstos poseen o utilizan, tales como cuentas bancarias de las embajadas, fondos de los bancos centrales u otras autoridades monetarias, en procesos incoados ante tribunales de países industrialmente desarrollados”. *Anuario CDI*, vol. II, Segunda Parte (1991), p. 60.

11. *Anuario CDI*, vol. II, Segunda Parte (1991), p. 60.

12. Por lo que se refiere a la jurisprudencia de los Estados de la Europa Occidental continental, a partir de la década de los setenta los tribunales europeos van a admitir excepciones a la inmunidad de ejecución del Estado, haciendo uso de la distinción entre *acta iure imperii* y *acta iure gestionis*; tendencia que se expande a casi todos los Estados de Europa ya en los noventa, una vez se produce el desmoronamiento de los llamados regímenes de “socialismo real”, tradicionalmente férreos defensores de la tesis absoluta de la inmunidad de ejecución; si bien la jurisprudencia no es en absoluto homogénea y demuestra cierta reticencia a aplicar la tesis relativa de la inmunidad de ejecución, incluso con relación a los bienes del Estado dedicados a actividades *iure gestionis*: cfr. para el análisis de la práctica judicial, REINISCH, A., “State Immunity from Enforcement Measures”, en HAFNER, G.; KOHEN, M.G. y BREAU, S.C. (eds.), *State Practice Regarding State Immunities. La pratique des Etats concernant les Immunités des Etats*, Leiden/Boston, 2006, 151-166, pp. 155 y ss., quien en concreto cita a algunos Estados, como Grecia y Croacia, en los que todavía en la actualidad el Gobierno debe dar su autorización como requisito para que se puedan ejecutar los bienes de un Estado extranjero. En su opinión, “while most European courts today follow the commercial/public purpose distinction in order to establish whether immunity from enforcement measures should be granted or denied, some courts have developed a case-law approximating enforcement to jurisdictional immunity”: *ibid.*, p. 156. Tan sólo los tribunales de Turquía mantienen la tesis absoluta de la inmunidad de ejecución: *ibid.*, p. 157. Este autor ha publicado una versión posterior de su trabajo: REINISCH, A., “European Court Practice Concerning State Immu-

## LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN EN LA CONVENCION DE 2004

va<sup>13</sup> y convencional<sup>14</sup> que permitía sustentar la tesis relativa de la inmunidad de ejecución, al margen, como es obvio, de los supuestos –por otra parte muy

nity from Enforcement Measures”, *EJIL*, vol. 17 (2006), 803-836. A este respecto, se puede citar la Sentencia pionera del Tribunal Supremo de los Países Bajos, de 26 de octubre de 1973, en el asunto *Société Européenne d'Etudes et d'Entreprises en liquidité volontaire (SEEE) v. Socialist Federal Republic of Yugoslavia*, en la que se afirma que “International law is not opposed to any execution against foreign State-owned property situated in the territory of another State”. Una década más tarde, en la Sentencia de la Corte de Casación de Francia, se afirma lo siguiente: “L’immunité d’exécution dont jouit l’Etat étranger est de principe; toutefois, elle peut exceptionnellement être écartée; il en est ainsi lorsque le bien saisi a été affecté à l’activité économique ou commerciale relevant du droit privé qui donne lieu à la demande en justice”: *Société Eurodif (entreprise privée) c. République islamique d’Iran*, Sentencia de la Corte de Casación de 14 de marzo de 1984. Se puede consultar en CAHDI (2004) 5 Part II (A) rev., pp. 171-172.

13. En el caso de la legislación de Estados Unidos, según el art. 1610 de la *Foreign Sovereign Immunities Act* de 1976 (FSIA), sólo es posible la ejecución de los bienes del Estado extranjero que se encuentren en Estados Unidos, estén dedicados a actividades comerciales y sean usados para la actividad comercial sobre la que está basada la demanda. Aunque a mediados de los ochenta se propuso que se eliminara esta última condición, con el fin de que la ejecución se pudiera materializar sobre cualquier bien del Estado extranjero situado en Estados Unidos utilizado o destinado a ser utilizado para una actividad comercial, el Departamento de Estado se opuso, y la propuesta quedó en vía muerta. En la práctica de hasta finales de los ochenta, en muy pocos casos ha sido posible la ejecución de bienes de un Estado extranjero: en concreto, en el asunto *Birch Shipping Corporation v. Embassy of the United Republic of Tanzania*, de 1980, el Tribunal de Distrito del Distrito de Columbia embargó la cuenta bancaria de la Embajada de Tanzania: Para la práctica posterior, *vid.* DELLAPENNA, J.W., *Suing Foreign Governments and their corporations*, 2ª ed., Washington, 2003, pp. 743 y ss.; DICKINSON, A.; LINDSAY, R. y LOONAM, J.P., *State Immunity: Selected Materials and Commentary*, Oxford, 2004, pp. 305-319. En el caso del Reino Unido, en el art. 13.4 de la *State Immunity Act* de 1978 (SIA) se permite la ejecución de los bienes del Estado que “for the time being in use or intended for use for commercial purposes”, *sin que se exija ningún vínculo entre el bien a ejecutar y el objeto de la demanda: vid.* DICKINSON, A.; LINDSAY, R. y LOONAM, J.P., *State Immunity...*, *op. cit.*, pp. 394-396.

14. En la Convención Europea de 1972 se prevé un sistema que recuerda el tradicional expediente del reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras, mediante la fórmula según la cual un Estado debe “dar efecto” a las sentencias dictadas por los Tribunales de otro Estado contratante, siempre que se hubieran respetado las reglas de inmunidad de jurisdicción de los artículos 1 a 13, y la decisión no fuera susceptible de oposición o de cualquier recurso procesal (art. 20). Por tanto, el Estado que ratifica la Convención de 1972 se obliga a ejecutar en su ordenamiento interno las sentencias que se hayan dictado en su contra por los tribunales internos de terceros Estados también partes en este tratado, si se cumplen todas las condiciones previstas en el art. 20. Sin embargo, el artículo 23 recurre a una fórmula clásica según la cual se prohíbe cualquier ejecución en el territorio del Estado del foro contra los bienes de un Estado extranjero, “salvo en los casos y en la medida en que este último haya consentido expresamente por escrito”. Por tanto, según la Convención de 1972 cabe la ejecución de sentencias dictadas por los tribunales del foro contra los bienes de un Estado extranjero, pero sólo si el Estado extranjero da su consentimiento para ello; sin perjuicio del cumplimiento de la señalada obligación de “dar efecto” recogida en el art. 20 a cargo del Estado extranjero contra

JAUME FERRER LLORET

excepcionales— en los que se dé el consentimiento del Estado, era muy esporádica, casi embrionaria, limitada a un grupo de Estados occidentales<sup>15</sup>.

Por lo que se refiere a la expresión “medidas coercitivas”, según la CDI se debe interpretar en un sentido muy amplio; comprende todas las actuaciones que se adopten contra un Estado extranjero en el marco de un proceso judicial ante los tribunales del foro —no se hace referencia a medidas de carácter administrativo, adoptadas por una autoridad administrativa—, entre las que se incluyen el embargo y la ejecución<sup>16</sup>. Además, la CDI aclara que tales medidas no se limitan a la ejecución sino que incluyen también —la enumeración no tiene carácter exhaustivo— el embargo, y otras formas de *saisie*, *saisie-arrêt* y *saisie-exécution*, como el secuestro, la ejecución de laudos arbitrales y las medidas provisionales, interlocutorias y todas las demás medidas cautelares prejudiciales a veces destinadas sólo a bloquear bienes en poder del demandado<sup>17</sup>.

el que se ha dictado la sentencia por los tribunales del Estado del foro. Se debe añadir que en el art. 20, apartados 2 y 3, se regulan una serie de excepciones a la obligación general de “dar efecto” a las sentencias dictadas contra el Estado extranjero, con un alcance bastante indeterminado, lo que permite un amplio margen de discrecionalidad a los tribunales internos para llevar a cabo la ejecución. Si bien, en los arts. 24 a 26 de la Convención de 1972 se prevé un *régimen facultativo* al que voluntariamente pueden someterse las partes mediante la correspondiente Declaración en el momento de la manifestación del consentimiento en obligarse por el convenio o en un momento posterior, según el cual se reconocen otros supuestos en los que no opera la inmunidad de jurisdicción, ampliándose así los contemplados en los arts. 1 a 13, a través de una remisión a las normas del DI general y a otros convenios internacionales, ya sean multilaterales o bilaterales (art. 24), y siempre de conformidad con el principio de reciprocidad. En este caso, se reducirá igualmente el alcance absoluto de la inmunidad de ejecución, haciendo posible la ejecución de sentencias judiciales firmes relativas a las actividades industriales o comerciales del Estado declarante ejercidas como si se tratara de una persona privada. No obstante, en el art. 26 se exige que los bienes objeto de la ejecución “sean utilizados exclusivamente para tal actividad”, con lo que se limita enormemente el potencial alcance que presenta esta excepción. Asimismo, se deben cumplir los requisitos de competencia judicial previstos en los arts. 25.4 y 25.5. Y se mantienen las excepciones a la obligación de dar efecto a las sentencias previstas en el art. 20.2. Dada la complejidad de la regulación prevista en la Convención de 1972, no resulta extraño que sólo ocho Estados hayan ratificado este Convenio y sólo seis su Protocolo adicional; por lo que la aplicación de este Convenio ha sido más que escasa. En concreto, los ocho Estados que han ratificado este tratado son los siguientes: Austria (1974), Bélgica (1975), Chipre (1976), Alemania (1990), Luxemburgo (1986), Países Bajos (1985), Suiza (1982) y Reino Unido (1982); y Portugal lo ha firmado (1979): <http://conventions.coe.int>.

15. Como reconoció el Ponente SUCHARITKUL, S., “Séptimo informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes”, *ACDI*, vol. II, Primera Parte (1985), 21-49, pp. 39-40 y estudio de la práctica en pp. 31-39.

16. *Anuario CDI*, vol. II, Segunda Parte (1991), p. 60.

17. *Ibid.*, p. 61.

## LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN EN LA CONVENCION DE 2004

En el art. 18 del Proyecto de 1991 se establece la regla general de la inmunidad de ejecución, formulada como la prohibición de medidas coercitivas contra un Estado extranjero por los tribunales del foro, con las siguientes tres excepciones: a) cuando el Estado haya “consentido expresamente”, ya sea por acuerdo internacional, por un convenio arbitral o en un contrato escrito, o por una declaración ante el tribunal o por una comunicación hecha por escrito después de que haya surgido el litigio; b) cuando el Estado haya asignado o destinado bienes a la satisfacción de la demanda objeto de ese proceso; y c) “cuando los bienes sean utilizados o estén destinados a ser utilizados específicamente por el Estado para fines que no sean un servicio público no comercial, se encuentren en el territorio del Estado del foro y tengan alguna relación con la demanda objeto del proceso o con el organismo o institución contra el que se haya incoado el proceso”<sup>18</sup>.

Se debe destacar que el consentimiento para aceptar la jurisdicción de los tribunales del Estado del foro, no implica el consentimiento para aceptar las medidas coercitivas ante los mismos tribunales (art. 20). El consentimiento debe manifestarse o bien por escrito, o bien mediante una declaración ante el tribunal cuando ya haya surgido la controversia. En opinión de la CDI, el consentimiento que ha manifestado el Estado no puede ser revocado una vez que ha comenzado el proceso ante el tribunal del Estado del foro<sup>19</sup>.

La regulación que ofrece la CDI se cierra con el art. 19, en el que se listan cinco clases de bienes que *iures et de iure*, no se pueden incluir en el citado apartado c) del art. 18. Se trata de los siguientes: a) las cuentas bancarias de las misiones diplomáticas o consulares; b) los bienes de carácter militar;

18. Esta última condición ya fue criticada al hilo del Proyecto de 1986; así, en sus Observaciones Canadá “estima que los bienes del Estado extranjero utilizados en el marco de una actividad mercantil no deben gozar de inmunidad de ejecución y que el criterio del vínculo con el objeto de la demanda que figura en el artículo 21, no debe tener carácter necesario. No conviene tampoco que el Estado extranjero pueda invocar la inmunidad respecto de medidas coercitivas referentes a tales bienes. El artículo 22 debe aclararse en ese sentido. El fundamento del concepto de la inmunidad limitada es que, cuando realiza una actividad de carácter mercantil, el Estado extranjero debe ser considerado en pie de igualdad con las demás entidades mercantiles. El requisito del consentimiento previo en las medidas coercitivas representa una negación de ese principio”: *ACDI*, vol. II, Primera Parte (1988), p. 66; en el mismo sentido, Austria (*ibid.*, pp. 61-62); Dinamarca, Finlandia, Islandia, Noruega y Suecia (*ibid.*, p. 79); Reino Unido (*ibid.*, p. 86) y Suiza (*ibid.*, p. 100). En contra, para Francia, “la fórmula actual, que se limita a exigir una ‘relación’, ya sea con el objeto de la demanda o, de manera más general, con el organismo contra el que se haya promovido el proceso, parece, en verdad, demasiado amplia, y el texto debería referirse solamente a la hipótesis de que el bien embargado haya sido destinado a la actividad económica y comercial de derecho privado que dé lugar a la demanda judicial”: *ibid.*, p. 71.

19. *Anuario CDI*, vol. II, Segunda Parte (1991), p. 62.

JAUME FERRER LLORET

c) los bienes del banco central; d) los bienes que forman parte del patrimonio cultural del Estado o de sus archivos; e) los bienes que formen parte de una exposición de interés científico, cultural o histórico. Esta lista de bienes in-  
munos a toda medida de coerción, se mantiene en la Convención de 2004 (art. 21), por lo que será objeto de análisis en el siguiente epígrafe.

Como se ha dicho, “tal como ha sido redactado [el art. 18], este artículo adjudica la carga de la prueba al demandante que sostiene que el bien no se beneficia de la inmunidad, lo que en ocasiones puede resultar difícil o sencillamente imposible”<sup>20</sup>. Sobre todo, porque en la práctica en las más de las veces va a ser muy improbable que el Estado extranjero tenga bienes en el Estado del foro que no estén incluidos en la lista del art. 19 y que, además, cumplan las tres condiciones que, con carácter cumulativo, exige el art. 18.1.c)<sup>21</sup>. Por esta vía, en el Proyecto de 1991 de entrada se asume una concepción *aparentemente restringida* de la inmunidad de ejecución, pero en la práctica su posible ejercicio se verá drásticamente limitado; si se valora su posible efectividad, este doble sistema de restricciones de los arts. 18 y 19, *de facto* se aproxima a un régimen de inmunidad de ejecución absoluta, ya que en la mayoría de las ocasiones será muy difícil, sino imposible, encontrar un bien del Estado sobre el que se pueda ejecutar la sentencia del Estado del foro<sup>22</sup>.

### III. LA FASE INTERGUBERNAMENTAL DEL PROCESO CODIFICADOR Y LAS SOLUCIONES DE LA CONVENCIÓN DE 2004

#### 1. *Los debates en la Sexta Comisión*

A buen seguro, el principal obstáculo que ha habido que salvar en la Sexta Comisión de la AG para poder adoptar la Convención de 2004, es pre-

20. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, M.P., “El estatuto internacional del Estado: la inmunidad soberana del Estado extranjero (jurisdicción y ejecución)”, en MANGAS MARTÍN, A. (ed.), *Cuestiones prácticas de Derecho Internacional Público y cooperación jurídica internacional*, Madrid, 1994, 91-223, p. 114.

21. Sobre todo, con relación a la última de las tres condiciones, referida a que los bienes del Estado “tengan alguna relación con la demanda objeto del proceso o con el organismo o institución contra el que se haya incoado el proceso”; de hecho, el Ponente, OGISO, M., “Tercer informe sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes”, *ACDI*, vol. II, Primera parte (1990), 5-23, p. 21, propuso que se eliminara esta tercera condición, pero su propuesta suscitó el rechazo de parte de los miembros de la CDI y de los Gobiernos en la Sexta Comisión: *vid.* a este respecto, las intervenciones de MAHIU, en *ACDI*, vol. I (1990) p. 76; GRAEFATH, *ibid.*, p. 78; BENNOUNA, *ibid.*, p. 80; SEPÚLVEDA RODRÍGUEZ, *ibid.*, p. 81; EIRIKSSON, *ibid.*, p. 90.

22. FERNÁNDEZ TOMÁS, A.; SÁNCHEZ LEGIDO, A. y ORTEGA TEROL, J.M., *Manual...*, *op. cit.*, pp. 194-195.

## LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN EN LA CONVENCION DE 2004

cisamente el régimen jurídico de la inmunidad de ejecución y sus excepciones; por supuesto, la discusión se ha centrado en la definición de los bienes del Estado extranjero que pueden ser objeto de medidas coercitivas<sup>23</sup>. Cuando se presentó el Proyecto de 1991 ante la Sexta Comisión, este fue uno de los temas más debatidos; ya en aquellas fechas, se propuso distinguir entre medidas coercitivas previas al fallo, y medidas coercitivas posteriores al fallo<sup>24</sup>. Sobre todo, se discutió *si era necesaria una vinculación entre el bien que se pretendía ejecutar y la demanda presentada* contra el Estado.

En efecto, a lo largo de los noventa se han puesto de manifiesto las muy diferentes posturas mantenidas, por un lado, por los Estados en vías en desarrollo, favorables a permitir de forma muy restrictiva la aplicación de medidas coercitivas contra los bienes de un Estado extranjero; y, por otro, por los Estados industrializados, partidarios de garantizar la seguridad jurídica en las transacciones mercantiles hasta sus últimas consecuencias, aunque una de las partes en tales transacciones sea un Estado o un organismo o entidad de un Estado. Como defendió el representante de Alemania ante la Sexta Comisión en 1993,

“... las medidas coercitivas constituyen un elemento esencial del proyecto de convención. Se han formulado varias propuestas al respecto, incluida una propuesta que guarda relación con el párrafo 2 del proyecto de artículo 18 en la que parece que se distingue entre medidas coercitivas encaminadas a facilitar una protección provisional y medidas de ejecución. Debe garantizarse que esas medidas estarán sujetas a las mismas limitaciones. La disposición del inciso c) del párrafo 1 del artículo 18, a saber, que únicamente se podrán adoptar medidas coercitivas contra bienes que tengan alguna relación con la demanda, constituye una limitación de la responsabilidad del Estado extranjero, lo que entraña una exención limitada de las consecuencias financieras de las transacciones mercantiles concertadas por ese Estado. La delegación de Alemania considera que ello es inaceptable”<sup>25</sup>.

23. HAFNER, G., “L’immunité d’exécution dans le Projet de Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens”, en PINGEL-LENUZZA, I. (ed.), *Droit des immunités et exigences du procès équitable*, Paris, 2004, 85-100, p. 95.

24. *Vid.* la intervención del representante de Australia, CRAWFORD, en A/C.6/SR.23, pp. 2-3. Pero REINISCH, A., “State Immunity...”, *loc. cit.*, 151-166, p. 158, advierte que “Other than in the UK, however, most European courts seem to disregard any such differentiation between pre- and post-judgment measures and use the same test with regard to the permissibility of both types of measures”.

25. A/C.6/48/SR.29, p. 14; postura que sostiene al año siguiente en A/C.6/49/SR.32, p. 9. Como señaló el representante de Suiza (Observador) ante la Sexta Comisión en 1991, “... las excepciones al principio de la inmunidad de los Estados respecto de las medidas coercitivas (art.

JAUME FERRER LLORET

Frente a esta postura, se puede citar la expresada por el representante de China:

“en lo relativo a las medidas coercitivas contra los bienes del Estado, cabe recordar que esos bienes están compuestos de muchas partes, cada una de las cuales cumple distintas funciones y está a cargo de organismos diferentes; la mayoría de los bienes y organismos del Estado ejercen funciones de gestión social y de interés público. Es claro que, en el caso de un fallo judicial contrario a un Estado, las medidas coercitivas contra sus bienes se deberían limitar a la parte estrictamente relacionada con el litigio; de ese modo se impediría que una demanda judicial ponga en peligro las funciones de gestión social e interés público del Estado. Además, China es contraria a que se adopten medidas tales como embargos o bloqueos de bienes del Estado antes de que se dicte sentencia”<sup>26</sup>.

A pesar de que algunos Estados, en su práctica totalidad del grupo occidental, propusieron desvincular el bien del Estado a ejecutar del objeto de la

18) son sumamente limitadas. Además, el artículo 19 debilita mucho su alcance porque señala distintas categorías de bienes del Estado que escapan a toda medida de ejecución. Si se considera, además, que la lista de estas categorías de bienes no es taxativa a raíz de la poco acertada introducción, en la segunda lectura, del término ‘específicamente’, queda de manifiesto que la parte IV del proyecto de artículos brinda a los Estados innumerables oportunidades de invocar la inmunidad de ejecución”: A/C.6/46/SR.23, p. 24. En el mismo sentido se pronunciaron Austria (A/C.6/46/SR.25, p. 3, que se mostró partidaria de suprimir el requisito de la vinculación entre el bien objeto de la medida coercitiva y la demanda u organismo u institución); Reino Unido (A/C.6/46/SR.25, p. 5; también defiende la eliminación de este último requisito; postura que reitera dos años más tarde: *vid.* A/C.6/48/SR.29, p. 13); Estados Unidos (para quien “las medidas coercitivas posteriores al fallo no deben limitarse a bienes relacionados con la demanda o con la institución contra la que esté dirigido el proceso original”: A/C.6/57/SR.19, p. 2), y Australia (A/C.6/57/SR.18, p. 8). Pero otros Estados se mostraron partidarios del enfoque restrictivo mantenido por el art. 18: *vid.* las intervenciones de India (A/C.6/46/SR.25, p. 10; tres años más tarde en A/C.6/49/SR.32, p. 5), Camerún (A/C.6/46/SR.32, pp. 19-20); Argelia (A/C.6/46/SR.36, p. 4; dos años más tarde en A/C.6/48/SR.29, pp. 15-16; después en A/C.6/49/SR.33, p. 6: “La posibilidad de aplicar medidas coercitivas previas a la sentencia es inadmisibles, el proyecto de artículos debe incluir una referencia al nexo entre los bienes que pueden ser afectados por las medidas coercitivas, la demanda y el contratista o entidad de que se trata”); China (A/C.6/48/SR.29, pp. 18-19, para quien “el requisito del inciso c) del párrafo 1, relativo a la relación con la demanda objeto del proceso, tiene especial importancia por lo que respecta a la salvaguardia del principio de la soberanía nacional”, y A/C.6/49/SR.32, pp. 7-8). Entre los Estados industrializados merece la pena citar la opinión de Francia, manifestada en la sesión de la Sexta Comisión de 1993, defensora de mantener las condiciones recogidas en el art. 18 del Proyecto de 1991: *vid.* A/C.6/48/SR.29, p. 7; y al año siguiente en A/C.6/49/SR.33, pp. 3-4. Por su parte, la Federación Rusa “prefiere que se mantenga la redacción que figura entre corchetes en el proyecto de artículo 18 c), en particular la condición, a los fines de las medidas coercitivas posteriores al fallo, de que los bienes en cuestión guarden relación con la reclamación que es objeto del proceso o con el organismo o la institución demandados”: A/C.6/57/SR.19, p. 4.

26. A/C.6/52/SR.26, p. 5.

## LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN EN LA CONVENCION DE 2004

demanda, la tesis restrictiva defendida por China y otros Estados (del antiguo bloque socialista y Estados en vías de desarrollo), fue la que finalmente se impuso en la adopción por consenso de la Convención de 2004<sup>27</sup>. Al menos se puede sostener, a la luz de la práctica habida en los años noventa y a la vista del desarrollo del proceso codificador, que se ha formado un *consensus generalis* en esta materia, de conformidad con el cual la teoría relativa de la inmunidad de ejecución ha sido aceptada por el Derecho internacional general, y cuyo alcance, basado en la distinción entre actos *iure gestionis* y actos *iure imperio*, se limita a los bienes destinados a actividades comerciales o mercantiles<sup>28</sup>.

La cuestión clave, claro está, son las condiciones que se han de cumplir para poder ejecutar los bienes destinados a actividades *iure gestionis*. Como

27. Para las propuestas y los debates en la Sexta Comisión, *vid.* A/C.6/48/L.4, pp. 13-15; A/C.6/55/L.12, pp. 15-23. Dentro de las alternativas de art. 18.1.c), que elaboró el Presidente del Grupo de Trabajo, HAFNER, propuso que fuera posible adoptar medidas coercitivas –sin distinguir entre medidas previas y posteriores al fallo–, si “los bienes se utilicen específicamente o se destinen a su utilización por el Estado para fines distintos de los fines oficiales no comerciales y se encuentren en el territorio del Estado del foro”: *ibid.*, p. 21. Finalmente, propuso la siguiente solución: distinguir entre medidas previas y posteriores al fallo; tanto respecto de las primeras como de las segundas cabe su ejecución si el Estado ha consentido expresamente o si el Estado ha asignado bienes a la satisfacción de la demanda objeto del proceso. Además, como primera alternativa, cabe la aplicación de medidas coercitivas posteriores al fallo, “Cuando se ha determinado que los bienes se utilizan específicamente o se destinan a su utilización por el Estado para fines distintos de los fines oficiales no comerciales, que se encuentran en el territorio del Estado del foro [y que guardan relación con la reclamación que es objeto del proceso o con el organismo o la institución demandados]”. Según la segunda alternativa, “en otros casos distintos de los mencionados anteriormente no se adoptarán medidas coercitivas respecto de los bienes de un Estado contra el que un tribunal de otro Estado haya dictado un fallo firme, antes de que haya transcurrido un período de gracia de tres meses concedido al primero de estos Estados para cumplir el fallo, a menos que las normas aplicables de DI dispongan otra cosa. Si el Estado no cumple el fallo en el período de gracia, podrán adoptarse medidas coercitivas contra sus bienes, a condición de que se haya demostrado que los bienes se utilizan específicamente o se destinan a su utilización por el Estado para fines distintos de los fines oficiales no comerciales y se encuentran en el territorio del Estado del foro”: *ibid.*, pp. 29-30. En la propuesta aprobada por el Comité Especial en 2002 se optó por la primera alternativa: *vid.* A/57/22, p. 11. Aunque hubo algunos Estados partidarios de suprimir las condiciones recogidas entre corchetes, como Portugal (A/C.6/57/SR.18, p. 7), Australia (A/C.6/57/SR.18, p. 8) y Estados Unidos (A/C.6/57/SR.19, p. 2: “las medidas coercitivas posteriores al fallo no deben limitarse a bienes relacionados con la demanda o con la institución contra la que esté dirigido el proceso original”). La opción de mantener estos criterios, defendida, por entre otros Estados, Rusia (A/C.6/57/SR.19, p. 4), fue la que finalmente prevaleció, sin bien con un cambio de redacción dirigido a exigir que los bienes objeto de ejecución “tengan un nexo con la entidad contra la cual se haya incoado el proceso”.

28. Cfr. FOX, H., *The Law...*, *op. cit.*, pp. 399 y 388-410; REINISCH, A., “State Immunity...”, *loc. cit.*, p. 162.

JAUME FERRER LLORET

a continuación se comprobará, las establecidas por la Convención de 2004 son bastante restrictivas; en bastantes casos impedirán que se ejecuten las sentencias dictadas contra Estados extranjeros, lo que a buen seguro podrá perjudicar los intereses de los particulares que se hayan atrevido a entablar relaciones jurídicas con un Estado extranjero. Con carácter más general, las soluciones que ofrece el DI en este sector de normas, evidencian que en los procesos nomogenéticos que se dan en el ordenamiento internacional, la estructura interestatal del DI se manifiesta con todo su protagonismo.

## 2. *La distinción entre medidas coercitivas anteriores al fallo y posteriores al fallo*

En efecto, finalmente en el seno del Comité Especial se llegó al siguiente compromiso, después de solicitar la opinión del Grupo de Trabajo de la CDI<sup>29</sup>. Por una parte, respecto de *las medidas coercitivas*<sup>30</sup> *anteriores al fa-*

29. Según el Grupo de Trabajo de la CDI, la práctica de los años noventa se orienta en el sentido de admitir la tesis relativa de la inmunidad de ejecución. Desde esta perspectiva, propone que se diferencie entre las medidas previas a la Sentencia y las medidas posteriores a la Sentencia. Llama la atención que en el primer caso, en el de las medidas previas a la Sentencia, sólo admite la ejecución contra bienes del Estado en los siguientes supuestos: a) si el Estado ha manifestado su consentimiento expresamente; b) si ha designado bienes para la satisfacción de la demanda objeto de ese proceso, c) en cumplimiento de obligaciones convencionales que así lo prevean, como es el caso del Convenio internacional relativo al embargo preventivo de buques de mar, firmado en Bruselas el 24 de febrero de 1956; d) o en el caso de “medidas concernientes a bienes de un organismo que goce de personalidad jurídica separada, si es éste el reclamado”. En el segundo caso, el de las medidas posteriores a la Sentencia, sólo las admite en los dos primeros supuestos: consentimiento expreso del Estado y asignación de bienes. Más allá, el Grupo de Trabajo se planteaba tres alternativas, que debían ser valoradas por la AG: a) dar un período de gracia de dos o tres meses para cumplir la sentencia y en caso de que el Estado no la cumpla se podrá ejecutar la sentencia contra bienes del Estado que se utilicen para fines distintos de los fines oficiales no comerciales; b) dar un período de gracia de dos a tres meses para que el Estado acate la Sentencia, pasado el cual se podrá acudir a los mecanismos interestatales de solución de controversias; c) “La Asamblea tal vez decida no ocuparse de este aspecto del Proyecto, dados los delicados y complejos aspectos de los problemas que supone. Se dejaría entonces la cuestión a la práctica de los Estados, a cuyo respecto hay diferentes opiniones...”: *Anuario CDI*, vol. II, Segunda Parte (1999), Anexo, párrafos 127 a 129.

30. Concepto que se enuncia con un sentido muy amplio, como se señala expresamente en los Comentarios de la CDI al Proyecto de 1991, ya citados. No obstante, en sus observaciones escritas, el representante de Argentina, señaló que “el término ‘medidas coercitivas’, que aparece en la versión española, podría prestarse a confusión con la naturaleza de las medidas previstas en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. El término propuesto ‘medidas de ejecución’ parecería ser más adecuado a un instrumento de naturaleza procesal”: A/52/294, p. 5.

## LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN EN LA CONVENCIÓN DE 2004

llo, se mantiene la regla general de la inmunidad de ejecución, y sólo se permiten dos excepciones: a) consentimiento expreso del Estado, a través de acuerdo internacional, acuerdo de arbitraje en un contrato escrito, o por una declaración ante el tribunal o por comunicación escrita después de que haya surgido la controversia; b) cuando el Estado haya asignado o destinado bienes a la satisfacción de la demanda objeto de ese proceso (art. 18 de la Convención de 2004). Por tanto, en el contexto de las dificultades que presentó la negociación de este tema, los Estados partidarios de la teoría *casí* absoluta de la inmunidad de ejecución, hicieron triunfar sus tesis, ya que en definitiva, sólo se permiten las medidas coercitivas anteriores al fallo, si se da el consentimiento del Estado, ya sea expreso (art. 18.a)), ya sea tácito o implícito (art. 18.b)).

La fragilidad del consenso alcanzado en este apartado, se ha visto corroborada por la “Declaración” –más bien reserva a todos los efectos– manifestada por Noruega en el momento de ratificar la Convención de 2004, según la cual se permiten las medidas coercitivas *previas al fallo* sobre bienes del Estado que se encuentren en el territorio del Estado del foro, se utilicen por el Estado para fines distintos de los fines oficiales no comerciales y mantengan una conexión con la entidad contra la que se ha entablado el proceso; por esta vía se equiparan las condiciones para aplicar las medidas previas al fallo, con las medidas posteriores al fallo. Hasta la fecha ningún Estado ha “objetado” esta Declaración; ni ha sido secundada por otros Estados<sup>31</sup>.

Respecto a las medidas coercitivas *posteriores al fallo*, también se parte de la regla general de la inmunidad de ejecución, pero los partidarios de la tesis *casí* absoluta tuvieron que hacer algunas concesiones, en aras de poder alcanzar el consenso final. Además de mantenerse las dos citadas excepciones que son comunes a ambos preceptos –consentimiento y asignación de bienes para la ejecución–, se añade una tercera, con la que se permite la ejecución contra “bienes que se utilizan específicamente o se destinan a su utilización por el Estado para fines distintos de los fines oficiales no comerciales y que se encuentran en el territorio del Estado del foro, si bien únicamente podrán tomarse medidas coercitivas posteriores al fallo contra bienes que tengan un nexo con la entidad contra la cual se haya incoado el proceso” (art. 19.c)).

31. El texto de la Declaración presentada por Noruega reza del siguiente modo: “Furthermore, in cases where it has been established that property of a State is specifically in use or intended for use by the State for other than government non-commercial purposes and is in the territory of the State of the forum, it is the understanding of Norway that Article 18 does not prevent pre-judgement measures of constraint from being taken against property that has a connection with the entity against which the proceeding was directed”. Se puede consultar en la dirección de internet: <http://untreaty.un.org>.

JAUME FERRER LLORET

La farragosa definición de bienes susceptibles de ser objeto de medidas coercitivas –los bienes utilizados para “fines distintos de los fines oficiales no comerciales”–, obligará a un verdadero esfuerzo de interpretación por parte de los jueces y tribunales que se encarguen de su aplicación en casos concretos de la práctica forense. Es cierto que en esta definición subyace la distinción entre actos *iure gestionis* y actos *iure imperii*, pero también lo es que la referencia a los “fines”, junto con la noción de “comercial”, complica sobremanera su interpretación. Con esta redacción, se presenta una combinación de los criterios de la naturaleza y de la finalidad, pero dando clara preferencia a este último criterio, con lo que se favorece al Estado demandado y con carácter general a las tesis próximas a la inmunidad de ejecución absoluta; desde luego, al particular le corresponderá una pesada carga cuando deba probar ante el tribunal del Estado del foro que el bien del Estado en cuestión no está destinado a fines oficiales no comerciales. Además, ambos criterios ya habían sido ampliamente debatidos en relación con la definición de “transacción mercantil” que recoge el art. 2.2, pero no se ha pretendido la concordancia entre los arts. 19.c) y 2.2; por el contrario, el art. 19.c) invierte la preferencia por el criterio de la naturaleza, prevista en el art. 2.2<sup>32</sup>. Por esta vía, algunos de los bienes del Estado, que por su naturaleza, no disfruten del privilegio de la inmunidad de jurisdicción, se verán protegidos por la inmunidad de ejecución si son utilizados para un fin oficial no comercial. Por tanto, las excepciones a la inmunidad de jurisdicción, y las excepciones a la inmunidad de ejecución, mantienen su propio régimen jurídico. Si bien, con carácter general la redacción que ofrece la Convención de 2004 en sus arts. 2.2 y 19 c) en alguna medida permitirá que los tribunales mantengan un enfoque flexible

32. De conformidad con las versiones en inglés y francés de la Convención de 2004 depositadas ante el SG de NU (se pueden consultar en la dirección de internet citada en la anterior nota), según su art. 2.2, dedicado a definir que se entiende por “transacción mercantil” a los efectos de reconocer en este caso una excepción a la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero, la existencia de una transacción mercantil se determinará de conformidad con el criterio de la naturaleza como criterio principal; y se recurrirá al criterio de la finalidad si las partes en el contrato o la transacción así lo han acordado o *si en la práctica del Estado del foro* el criterio de la finalidad es tenido en cuenta para determinar el carácter no comercial del contrato o la transacción. En este punto se debe denunciar la falta de concordancia entre la versión en español de la Convención de 2004 (según la cual se acude al criterio de la finalidad en caso de acuerdo entre las partes en el contrato o la transacción, o en el supuesto de que se trate de un criterio tenido en cuenta –“es pertinente”– *en la práctica del Estado que es parte en el contrato o la transacción*), y las versiones en inglés y francés de este convenio; como lo demuestran los debates en la Sexta Comisión, estas últimas recogen el consenso finalmente alcanzado.

## LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN EN LA CONVENCION DE 2004

y casuístico a la hora de reconocer o no la inmunidad de jurisdicción y de ejecución al Estado extranjero<sup>33</sup>.

En relación con el art. 19, en el “Entendimiento”<sup>34</sup> se llevan a cabo tres aclaraciones. En primer lugar, que “la expresión ‘entidad’ del apartado c) de-

33. A este respecto, cabe citar algunos ejemplos recientes en el ámbito de la inmunidad de jurisdicción. Así, en la Sentencia de la Corte de Casación de Italia, de 27 de mayo de 2005, en el asunto *Borri v. Argentina*, se considera que este último Estado disfruta de inmunidad de jurisdicción ante una demanda presentada por uno de los poseedores de bonos emitidos por las autoridades argentinas, cuya fecha de vigencia expiraba en 2008. El señor Borri, ante la promulgación en Argentina de la Ley n. 25/2002 mediante la que se declara el Estado de emergencia en los ámbitos social, económico y financiero, lo que entre otras cosas supone que Argentina no va a hacer frente por el momento a las deudas que ha asumido y en particular extiende el período de vigencia de los bonos que ha emitido, presenta una demanda ante los tribunales italianos con el objetivo de recuperar el dinero invertido en la compra de bonos argentinos. Según la Corte de Casación, “... whereas acts of issuing and placing public bonds [in this case, by Argentina] on the international market are of a private nature, the same is not true with regard to the subsequent acts adopted by the Argentinean Government which extend their redemption...”. En opinión de la Corte de Casación, esta última actuación supone un acto de soberanía por parte de Argentina, por lo que se debe reconocer la inmunidad de jurisdicción de este Estado ante los tribunales italianos. Con anterioridad, en el caso *Republic of Argentina v. Weltover, Inc.*, Sentencia del TS de 12 de junio de 1992, los tribunales estadounidenses habían negado la inmunidad de jurisdicción, al considerar que se trata de una “commercial activity” que debe incluirse dentro del ámbito de aplicación de la FSIA, ante la demanda presentada contra la decisión de las autoridades argentinas de renegociar unilateralmente la fecha de pago de los bonos que habían emitido. También como ejemplo de este enfoque flexible, en la jurisprudencia de los tribunales de Estados Unidos se ha llegado a la conclusión de que el ofrecimiento por parte de Perú de una recompensa (unos cinco millones de dólares) a cambio de la información necesaria para la detención del prófugo Vladimiro Lenin Montesinos Torres, constituye un acto de naturaleza comercial, por lo que Perú no puede alegar su inmunidad de jurisdicción para oponerse a la demanda presentada para el cobro de la misma: *José Guevara v. Republic of Perú*, Sentencia de la Corte de Apelaciones de 1 de noviembre de 2006. Aunque la Corte de Apelaciones reconoce que “The location and capture of a fugitive by law enforcement officials of a country may be a sovereign act...”, en este caso lo que está en juego es el cobro de la recompensa ofrecida por la información que facilite la captura del prófugo. A este respecto, para la Corte de Apelaciones, “The question is whether Peru’s offer of a reward for information is the king of thing that private parties do”, y lo cierto es que son conocidos bastantes casos en los que particulares ofrecen sumas de dinero a cambio de informaciones que permitan la detención de determinados delincuentes; desde esta perspectiva, se aplica la condición general según la cual “... the critical distinction is whether the government is acting in its capacity as sovereign or if it is acting as any private individual might act”.

34. Según el art. 25 de la Convención, “El anexo de la presente Convención constituye parte integrante de ella”. Este “Entendimiento”, alcanzado en el Comité Especial en febrero de 2003, a partir de la labor de los dos grupos oficiosos de consultas creados en su seno, permitió lograr el acuerdo necesario para poder adoptar la Convención. Ha sido redactado para “establecer el significado” de los arts. 10, 11, 13, 14, 17 y 19. En la valoración de uno de los participantes en las negociaciones desarrolladas en el Comité Especial, “These understandings formed a critical component of the negotiate solution to various substantive difficul-

JAUME FERRER LLORET

signa al Estado en tanto que persona jurídica independiente, unidad constitutiva de un Estado federal, subdivisión de un Estado, organismo o institución de un Estado u otra entidad que goce de personalidad jurídica independiente”, lo que resulta coherente con la definición de Estado del art. 2.b) que propone la propia Convención. En segundo lugar, que “la expresión ‘bienes que estén vinculados a la entidad’ del apartado c) se entenderá en un sentido más amplio que el de ‘propiedad’ o ‘posesión’”. Por último, que en el art. 19 también se deja sin “prejuzar” “la cuestión del ‘levantamiento del velo de las personas jurídicas’, cuestión que se refiere al supuesto en que una entidad estatal haya tergiversado intencionadamente su situación financiera o haya reducido ulteriormente sus activos para evitar atender una reclamación”, así como “las demás cuestiones conexas”<sup>35</sup>.

Si se compara esta solución, con la asumida por el Proyecto de 1991, de entrada se presenta como más restrictiva o desfavorable para los derechos de

ties”: STEWART, D.P., “The UN Convention...”, *loc. cit.*, p. 209. Si bien, en la disposición introductoria que figura en el propio Entendimiento se establece que “este Anexo tiene por objeto establecer el significado de determinadas disposiciones”. En consecuencia, el Anexo forma parte de la Convención, pero sólo a los efectos de la interpretación de la misma. En particular, forma parte del contexto del tratado, de conformidad con el art. 31 de la Convención de Viena de 1969, aunque las “cláusulas” que se incluyen en el Entendimiento en ningún caso pueden alterar el texto de las disposiciones de la Convención de 2004 a las que se aplican: HAFNER, G. y KÖHLER, U., “The United Nations...”, *loc. cit.*, p. 42.

35. La cuestión del “levantamiento del velo” fue objeto de discusión con relación a la inmunidad de jurisdicción del Estado ante demandas presentadas contra empresas estatales, tema este regulado en el art. 10 relativo a la excepción por transacciones mercantiles. Con el acuerdo general que se consiguió, por una parte se trató de contentar a las tesis defendidas por China, la Federación Rusa y el grupo de Estados en vías de desarrollo, aceptándose con carácter general la inmunidad de jurisdicción del Estado en el caso de demandas presentadas contra empresas estatales, si se trata de una empresa que tiene personalidad jurídica propia, que incluye la capacidad para demandar o ser demandada y “para adquirir bienes, tener su propiedad o posesión y disponer de ellos, incluidos bienes que ese Estado le haya autorizado a explotar o a administrar” (art. 10.3); por otra, para dar respuesta a los intereses de los Estados industrializados, se introdujo en el “Entendimiento” la citada disposición de salvaguarda relativa al “levantamiento del velo” de la persona jurídica, con el objetivo de evitar los supuestos fraudulentos de descapitalización de la empresa estatal. Con buen criterio, esta cláusula de salvaguarda se ha mantenido en el ámbito de la inmunidad de ejecución. Como señalaba la CDI en 1991, “las palabras ‘y para disponer de ellos’ del apartado b son especialmente importantes al hacer posible que los bienes de esas entidades incluídos los bienes que el Estado les haya autorizado a explotar o administrar, sean objeto de medidas coercitivas, como las de embargo y ejecución, para satisfacer la pretensión del demandante”: *Anuario CDI*, vol. II, Segunda Parte (1991), pp. 37-38. Aunque en última instancia, esta cláusula de salvaguarda constituye una fórmula deliberadamente abierta, con la que se lleva a cabo una remisión a las soluciones que ofrezca el Derecho internacional (por ejemplo, en los acuerdos de protección recíproca de inversiones) y los derechos internos ante este tipo de situaciones, sin pretender prejuzgar su posible contenido.

## LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN EN LA CONVENCIÓN DE 2004

los particulares; sobre todo, porque según la Convención de 2004, no se permite la ejecución contra los bienes que mantengan “alguna relación” con la “demanda objeto del proceso”, como se regulaba en el Proyecto de la CDI. Pero esta fue la única solución que permitió el acuerdo general de todos los Estados<sup>36</sup>. En efecto, la aplicación de este tercer supuesto del art. 19 se condiciona: a) a que los bienes se utilicen por el Estado para “finés distintos de los fines oficiales no comerciales”; b) se encuentren en el territorio del Estado del foro; condiciones que ya se exigían en el art. 18 del Proyecto de 1991. Sin embargo, c) la tercera condición que se exige fue objeto de una larga discusión en el seno del Comité Especial; el acuerdo general que se logró finalmente ofrece menos margen de actuación para que sea posible la ejecución contra los bienes de un Estado. En el Proyecto de 1991 se exigía que el bien objeto de las medidas coercitivas, tuviera “alguna relación”, ya sea con la “demanda objeto del proceso”, ya sea “con el organismo o institución contra el que se haya incoado el proceso”; mientras que en la Convención de 2004, sólo se permiten las medidas coercitivas posteriores al fallo contra “bienes que tengan un nexo con la entidad contra la cual se haya incoado el proceso”. Por mucho que en el Entendimiento se aclare que “la expresión ‘bienes que estén vinculados a la entidad’ del apartado c) se entenderá en un sentido más amplio que el de ‘propiedad’ o ‘posesión’”<sup>37</sup>, la solución que ofrece la Convención de 2004 resulta todavía más restrictiva para los intereses de los particulares que la contenida en el Proyecto de 1991<sup>38</sup>.

36. Como se ha señalado, “The ILC draft permitted also measures against objects that had only a connection with the relevant case, but not with the relevant entity so that such measures could have been taken against property belonging to other entities within the definition of the State. This solution, however, did not find a general approval; it could also be argued that it would have raised legal problems since in proceedings instituted against a local authority of a State, which enjoyed legal personality of the purposes of the transaction under discussion, first of all execution in property belonging to this entity would have been sought. Measures of constraint against property belonging to a different legal entity could have met legal obstacles in several national legal orders. As it stands now, this article [art. 19 de la Convención de 2004] provides a generally acceptable solution to a long standing problem and belongs to the major achievements of the Convention”: HAFNER, G., y KÖHLER, U., “The United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property”, *NYIL*, vol. XXXV (2004), pp. 39-40.

37. En el art. 19.c) se habla de “nexo” entre el bien y la entidad, mientras que en el Entendimiento se cita incorrectamente dicha disposición, al referirse a los “bienes que estén vinculados a la entidad”. Este error no se comete en la versión en inglés, ya que tanto en el art. 19 como en la disposición del Entendimiento referida a ese mismo art. 19, se utiliza la expresión “connection”. Al igual que en la versión en francés, en la que se hace uso del término “lien”.

38. “On sait que l’étendue de l’immunité d’exécution de l’État, et des entités qui dépendent de lui, est l’une des difficultés les plus épineuses de la matière. Comme il a été souligné

JAUME FERRER LLORET

Desde esta perspectiva, se ha denunciado la contradicción que supone el que, por una parte, se hayan ampliado notablemente las excepciones a la inmunidad de jurisdicción, pero, por otra, se acepte de forma muy limitada la tesis relativa de la inmunidad de ejecución con el alcance que presenta la Convención de 2004, lo que en última instancia perjudicará a los intereses de los particulares que entablen relaciones jurídicas con un Estado extranjero<sup>39</sup>. Tal y como se configuran las excepciones a la inmunidad de ejecución en la Convención de 2004, en la práctica los particulares en muchas ocasiones no podrán hacer efectivas las sentencias que se han dictado a su favor. Es sabido que por regla general los bienes de un Estado extranjero que se hallan físicamente presentes fuera de su territorio son sus cuentas bancarias –a nombre de su Embajada o Consulados, o de su Banco Central–, buques y aeronaves. En la práctica ello supone que para que la ejecución contra un Estado extranjero sea factible de conformidad con la Convención de 2004, es necesario que el Estado extranjero disponga en el foro de bienes que utilice para actividades comerciales, y, además, éstos “tengan un nexo con la entidad contra la cual se haya incoado el proceso”. A pesar de las salvedades que sobre esta disposición introduce el “Entendimiento”, lo cierto es que en la práctica los particulares se van a encontrar con dificultades casi insalvables para hacer efectiva la sentencia condenatoria contra el Estado extranjero, y, por ende, para obtener una satisfacción patrimonial por la vulneración de sus derechos por parte del Estado extranjero.

### 3. Bienes que no pueden ser objeto de medidas coercitivas

Esta tendencia de corte restrictivo para los derechos subjetivos de los particulares, se ve confirmada también por el art. 21 de la Convención de

à juste raison, les intérêts qui s'affrontent sur ce point (ceux de l'État à s'organiser en autant d'entités distinctes qu'il estime nécessaire pour mener à bien ses missions, ceux de la partie privée à trouver des biens saisissables) ne peuvent être conciliés, mais exigent, en tout ou partie, le sacrifice de l'un ou de l'autre, impliquant un choix politique fort. Celui qui est opéré ici ne saurait guère prévenir la sous-capitalisation des organismes autonomes. Il ne pourra que susciter l'opposition des États soucieux de la protection des intérêts privés, notamment ceux des entreprises, et peut difficilement, sous cet angle, être considéré comme satisfaisant”: PINGEL, I., “Observations sur le Convention du 17 janvier 2005 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens”, *Journal du Droit International*, t. 132 (2005), 1045-1054, p. 1052. Sobre las dificultades que presenta en la práctica la determinación de la existencia de un vínculo de este tipo, *vid. COSNARD, M., La soumission des États aux tribunaux internes. Face à la théorie des immunités des États*, Paris, 1996, pp. 156-169.

39. Cfr. FERNÁNDEZ TOMÁS, A.; SÁNCHEZ LEGIDO, A. y ORTEGA TEROL, J.M., *Manual...*, *op. cit.*, p. 197.

## LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN EN LA CONVENCIÓN DE 2004

2004. Además de las condiciones exigidas en los arts. 18 y 19, en el art. 21 se establece la lista de “clases especiales de bienes”, que como destacaba la CDI en 1991 en ningún caso pueden ser sometidos a medidas coercitivas; por tanto, son considerados, *iures et de iure*, como bienes del Estado destinados a fines oficiales no comerciales, que no admiten en ningún caso la adopción de medidas coercitivas, salvo que medie el consentimiento del Estado previsto en los arts. 18 y 19 a) y b). Por tanto, respecto de estos bienes no se plantearán los problemas interpretativos que presenta el art. 19 c); el juez o tribunal se limitará a aplicar el art. 21, sin necesidad de hacer uso de los criterios regulados en el art. 19 c). Son los siguientes: a) los bienes, incluida cualquier cuenta bancaria, utilizados para el desempeño de sus funciones por las misiones diplomáticas o las oficinas consulares; b) los bienes de carácter militar o que sean utilizados en el desempeño de funciones militares; c) los bienes del banco central o de otra autoridad monetaria del Estado; d) los bienes que formen parte del patrimonio cultural del Estado o de sus archivos y no estén a la venta; e) los bienes que formen parte de una exposición de objetos de interés científico, cultural o histórico y no estén a la venta<sup>40</sup>. Es más, en sus comentarios a esta disposición la CDI considera que “esta protección se considera necesaria y oportuna habida cuenta de la tendencia de ciertas jurisdicciones a embargar o bloquear los bienes de Estados extranjeros, especialmente cuentas bancarias, los bienes del banco central u otros *instrumenta legati*, así como ciertas categorías concretas de bienes que merecen igualmente protección. Cada una de estas categorías concretas de bienes debe considerarse, por su propia naturaleza, utilizada o destinada a ser utilizada para fines públicos exenta de toda consideración comercial”<sup>41</sup>. Por tanto, la CDI reconoce que con esta lista se niega todo valor jurídico a la práctica judicial dirigida a la ejecución de los bienes del Estado extranjero, que no se ajuste a las condiciones previstas en la Convención de 2004; por ejemplo, en lo que se refiere a las cuentas bancarias de las embajadas y consulados.

Si bien, en el párrafo 2 del art. 21 de la Convención de 2004, se permite que el Estado consienta en la ejecución sobre los bienes recogidos en la lista

40. “El artículo 19 tiene por objeto proteger ciertas categorías concretas de bienes, al excluirlos de toda presunción de consentimiento en las medidas coercitivas. El párrafo 1 trata de evitar cualquier interpretación en el sentido de que los bienes clasificados como pertenecientes a alguna de las categorías especificadas son en realidad bienes utilizados o destinados a ser utilizados específicamente por el Estado con fines distintos de los gubernamentales no comerciales a tenor del apartado c del párrafo 1 del artículo 18. Las palabras ‘en particular’ sugieren que la enumeración contenida en los apartados a a c es nuevamente ilustrativa”: *Anuario CDI*, vol. II, Segunda Parte (1991), p. 63.

41. *Anuario CDI*, vol. II, Segunda Parte (1991), pp. 63-64.

JAUME FERRER LLORET

del párrafo 1 del mismo precepto, de conformidad con los apartados a) y b) del art. 19<sup>42</sup>; de nuevo, resulta de aplicación el ya citado art. 20 de la Convención de 2004. Como es obvio, al resto de bienes del Estado no comprendidos en la lista del art. 21, se les aplica el régimen general previsto en los arts. 18 y 19; es decir, no cabe ninguna medida coercitiva anterior al fallo, salvo consentimiento del Estado o salvo que éste haya designado bienes para tal fin; y sólo caben medidas coercitivas posteriores al fallo, en caso de consentimiento, designación, y respecto de los bienes del Estado extranjero que se encuentren en el territorio del Estado del foro, sean utilizados “para fines distintos de los fines oficiales no comerciales”, y, además, “tengan un nexo con la entidad contra la cual se haya incoado el proceso”. Como ya se ha señalado, estas tres condiciones se exigen con carácter cumulativo.

A) *Los bienes y en particular las cuentas bancarias de las misiones diplomáticas y oficinas consulares*

El primer apartado del art. 21 excluye de toda medida coercitiva a “los bienes, incluida cualquier cuenta bancaria, que sean utilizados o estén destinados a ser utilizados en el desempeño de las funciones de la misión diplomática del Estado o de sus oficinas consulares, sus misiones especiales, sus misiones ante organizaciones internacionales o sus delegaciones en órganos de organizaciones internacionales o en conferencias internacionales”. Por tanto, se debe destacar que entre los bienes sometidos a la regla de la inmunidad de ejecución absoluta, se encuentran las cuentas bancarias y otros bienes *destinados al funcionamiento de las embajadas y consulados*. Esta solución normativa resulta de fundamental importancia porque, por lo general, las cuentas bancarias de un Estado en otro país figuran a nombre de su Embajada o de sus Consulados, y en la práctica en la mayor parte de los asuntos que se han planteado ante los tribunales internos relativos a la inmunidad de ejecución del Estado extranjero, se ha planteado si ésta alcanzaba o no a tales

42. “No obstante lo dispuesto en el párrafo 1, el Estado puede renunciar a la inmunidad respecto de los bienes pertenecientes a cualquiera de las categorías concretas enumeradas o parte de ellas asignando o destinando esos bienes a tenor de lo dispuesto en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 18, o consintiendo específicamente en la adopción de medidas coercitivas respecto de esa clase de sus bienes, o de parte de ella, conforme a lo dispuesto en el apartado a) del párrafo 1 del artículo 18. Una renuncia general o una renuncia respecto de todos los bienes en el territorio del Estado del foro, sin mencionar ninguna de las categorías concretas, no bastaría para permitir la adopción de medidas coercitivas”: *Anuario CDI*, vol. II, Segunda Parte (1991), p. 64.

## LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN EN LA CONVENCIÓN DE 2004

cuentas bancarias<sup>43</sup>. Según la CDI, “a veces se plantean dificultades en relación con una ‘cuenta mixta’, que se mantiene a nombre de una misión diplomática pero se usa a veces para pagar, por ejemplo, el suministro de bienes y servicios o para sufragar los gastos de funcionamiento de la misión. La jurisprudencia reciente parece indicar la tendencia a que el saldo de esa cuenta bancaria a favor del Estado extranjero no esté sujeto a una orden de embargo dictada por el tribunal del Estado del foro, debido al carácter no comercial, en general, de la cuenta”<sup>44</sup>.

Es cierto que en el Convenio de Viena de 1961 no se encuentra una disposición expresa en la que se reconozca la inmunidad de ejecución absoluta de las cuentas bancarias, como se prevé en el caso de “los locales de la misión, y mobiliario y los demás bienes situados en ellos, así como los medios de transporte de la misión” (art. 22.3); lo mismo cabe decir en el caso del Convenio de Viena de 1963 (art. 33.4). Pero en la práctica se aprecia una tendencia dirigida a incluir a las cuentas bancarias de las embajadas y oficinas consulares en la lista de bienes que no pueden ser objeto de ninguna medida coercitiva por parte de los tribunales del foro<sup>45</sup>.

A este respecto, en la jurisprudencia comparada se suele aplicar una presunción a favor de la inmunidad de ejecución de este tipo de cuentas bancarias, que sólo puede ser superada si el demandante demuestra que los fondos de tales

43. Cfr. SALMON, J. y SUCHARITKUL, S., “Les missions diplomatiques entre deux chaises: immunité diplomatique ou immunité d’Etat?”, *AFDI*, vol. XXXIII (1987), 163-194, pp. 187-190.

44. *Anuario CDI*, vol. II, Segunda Parte (1991), p. 64. En la práctica, los tribunales internos se muestran muy reacios a la hora de establecer que los bienes cuyo titular es una embajada, no están destinados al funcionamiento de la misma; *vid.* a este respecto, la Sentencia de la Corte de Apelación de Bruselas de 11 de septiembre de 2001, *Democratic Republic of Congo v. NV Segrim*, en la que se reconoce la inmunidad de ejecución a favor de la República Democrática del Congo respecto de un inmueble en el que durante años había residido un agente diplomático del Estado africano, pero que en la actualidad se encontraba vacío, ya que la Corte acepta el argumento de la República Democrática del Congo según el cual este inmueble está destinado a ser la residencia de su Embajador; si bien, la Corte no sólo tiene en cuenta las intenciones alegadas por el Estado demandado, sino que atiende al hecho de que en el edificio en cuestión se están llevando a cabo obras de acondicionamiento para hacer posible su uso como residencia del Embajador.

45. La misma solución debe aplicarse a las cuentas corrientes de las misiones especiales, de conformidad con el art. 25.3 de la Convención de Nueva York, cuya aplicación fue aceptada por España con ocasión de la Conferencia de Paz de Oriente Medio, celebrada en Madrid en 1991. También se aplicará esta misma regla en el caso de las cuentas bancarias a nombre de la representación de un Estado en sus relaciones con las OI de carácter universal, como se recoge en el art. 23.3 de la Convención de Viena de 1975; a pesar de que este Convenio no está en vigor, la citada disposición puede considerarse expresión del DI consuetudinario en vigor, si se mantiene la misma interpretación que la realizada respecto del art. 22.3 de la Convención de 1961.

JAUME FERRER LLORET

cuentas no están destinados en todo o en parte al desempeño de las funciones oficiales de las embajadas y consulados. Por tanto, la carga de la prueba recae sobre el demandante y en beneficio del Estado extranjero demandado, lo que en la práctica convierte en muy excepcionales los supuestos en los que los tribunales internos han admitido la ejecución de las cuentas de las embajadas y consulados de Estados extranjeros<sup>46</sup>. Esta línea de actuación ha sido seguida, entre otros<sup>47</sup>, por los tribunales de Bélgica<sup>48</sup>, Alemania<sup>49</sup>, Francia<sup>50</sup>, Países Bajos<sup>51</sup>,

46. Vid. REINISCH, A., "State Immunity...", *loc. cit.*, pp. 162-164; "European Court Practice...", *loc. cit.*, pp. 827-833.

47. Vid. a este respecto, KOHEN, M.G., "The Distinction Between State Immunity and Diplomatic Immunity", en HAFNER, G.; KOHEN, M.G. y BREAU, S. (eds.), *State Practice...., op. cit.*, 48-58, pp. 55 y ss., quien en p. 56 califica de contraria a DI, la decisión de la Corte de Turquía de primera Instancia de 18 de diciembre de 2002, por la que "..., interim measures against bank accounts of the Embassy and the consulate of the defendant State were adopted": *X (company) v. Embassy of Turkmenistan*, Sentencia de la Corte de Primera Instancia de 18 de diciembre de 2002.

48. La Corte de Apelación de Bruselas ha sostenido que las sumas de dinero que están depositadas en una cuenta bancaria cuyo titular es la embajada de un Estado extranjero, se benefician de una presunción, a favor del Estado, según la cual tales sumas de dinero son destinadas a "fins souveraines"; el Estado no tiene la carga de la prueba de que tales cuentas bancarias están destinadas a fines soberanos, ya que si así fuera se establecería una presunción contraria a la inmunidad de ejecución del Estado: Sentencia de 4 de octubre de 2002, en el asunto *Etat d'Irak c. Vinci Constructions Grands Projets s.a. de droit français*. Se puede consultar en CAHDI (2004) 5 Part II (A) rev., pp. 71-73.

49. STC Alemán de 13 de diciembre de 1977 en el asunto *Anonymous landlord (creditor) and the Republic of the Philippines (debtor)*; se mantiene la presunción *iuris tantum* de que las cuentas bancarias de la Embajada están destinadas a actividades *iure imperii*; además, "It would constitute interference contrary to IL in the exclusive affairs of the sending State for the enforcement agencies of the receiving State to demand that the sending State, without its assent, give details of the existence or of the earlier, present or future uses of credits on such an account".

50. *Société Eurodif (entreprise privée) c. République islamique d'Iran*, Sentencia de la Corte de Casación de 14 de marzo de 1984, en la que se sostiene con carácter general lo siguiente: "les bien appartenant à l'Etat étranger sont présumés affectés à une activité publique. Il appartient aux créanciers de l'Etat de prouver par tout moyen que les biens saisis sont affectés à une activité économique ou commerciale relevant du droit privé".

51. En la Sentencia del Tribunal del Distrito de Róterdam, de 14 de mayo de 1998, *State of the Netherlands v. Azeta B.V.* se niega la ejecución contra las cuentas bancarias de la Embajada de Chile en La Haya, ya que en opinión del Tribunal, "the defence put forward by the defendant that recognition of the immunity from execution would jeopardise the immunity of Dutch administration of justice is rejected. Quite apart from whether such a general principle exists in [Dutch] legal system, a higher importance should in principle be attached to the rules of international law than to the rules of Dutch law (in particular Dutch procedural law), with the result that the interests of the uninterrupted functioning of a diplomatic mission should in this case prevail over the interests of executing (by expeditious means) a judgment given in the Netherlands": Se puede consultar en CAHDI (2004) 5 Part II (A) rev., p. 393.

## LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN EN LA CONVENCIÓN DE 2004

Reino Unido<sup>52</sup>, Austria<sup>53</sup>, Argentina<sup>54</sup> y, como se comprobará a continuación, de España. En definitiva, aunque a nivel teórico cabe defender la distinción entre las cuentas bancarias, cuyo titular es la embajada o el consulado del Estado extranjero, que estén destinadas al desempeño de las funciones propias de las misiones diplomáticas y las oficinas consulares, y las que, con el mismo titular, se destinan a fines comerciales; en la práctica se trata de una distinción muy difícil de concretar, correspondiendo la carga de la prueba al demandante, lo que de hecho hace que esta distinción sea casi virtual.

B) *Los bienes relacionados con una actividad militar*

Asimismo, en la práctica diplomática, legislativa y jurisprudencial, se aprecia una tendencia bastante clara dirigida a reconocer la inmunidad de ejecución contra todo bien del Estado extranjero que eventualmente pueda tener un destino militar (art. 20.1.b de la Convención de 2004)<sup>55</sup>. En sus comenta-

52. Sentencia de la Cámara de los Lores de 12 de abril de 1984, en el asunto *Alcom Ltd v. Republic of Colombia*, en la que se afirma lo siguiente: "If an embassy bank account is earmarked by the foreign State solely for commercial transactions, it will not be immune from measures of execution. However it is for the judgment creditor to prove this, and a certificate from the head of the diplomatic mission that the account is not in use or intended for use for commercial purposes is sufficient evidence of that fact, unless the contrary is proved": se puede consultar el resumen de esta Sentencia en CAHDI (2004) 5 Part II (B), p. 333.

53. En su Sentencia de 30 de abril de 1986, el TS de Austria mantiene la inmunidad de ejecución de las cuentas corrientes de las Embajadas, "unless the plaintiff proves that the account serves exclusively for private purposes of the embassy": Sentencia del Tribunal Supremo de Austria de 30 de abril de 1986 en el asunto *L-W Verwaltungsgesellschaft mbH & Co. KG (individual) vs. DVA (State)*: CAHDI (2004) 5 Part II (A) rev., resumen en inglés en p. 27.

54. Los tribunales argentinos admiten la tesis restringida a la inmunidad de ejecución, pero siempre que se demuestre que la cuenta ha sido abierta para el fin específico de pagar o financiar actividades *iure gestionis*; pero no se pueden ejecutar cuentas corrientes destinadas al cumplimiento de las funciones oficiales o *iure imperio* del Estado. Además, se presume que los bienes, incluidas las cuentas corrientes de las que es titular una Embajada o Gobierno extranjero tienen carácter público, por lo que corresponde al acreedor la carga de probar que los bienes y cuentas del Estado extranjero pudieran ser utilizados para fines comerciales: *vid.* la Decisión del Tribunal argentino en el caso *Rouge A. Beltrán y otro c. Gobierno de su Majestad Británica s/ incidente de embargo*, de 17 de febrero de 2000. Lo que conduce a que "el cumplimiento de las sentencias resulta prácticamente ilusorio debido a la imposibilidad de ejecutar las sentencias sin que medie expreso consentimiento de la parte demandada": URIONDO DE MARTINOLI, A., "Jurisprudencia argentina y la inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros", *Anuario HILADI*, vol. 16 (2003), 525-552, p. 551.

55. Cfr. sobre esta materia el estudio de la jurisprudencia de los tribunales internos de CONNARD, M., *La soumission des États...*, *op. cit.*, pp. 189-190; REINISCH, A., "European Court...", *loc. cit.*, pp. 825-826.

JAUME FERRER LLORET

rios la CDI se limita a señalar lo siguiente: “El término ‘militar’, en el contexto del apartado b del párrafo 1, incluye la armada, las fuerzas aéreas y el ejército”<sup>56</sup>.

### C) *Los bienes de los bancos centrales*

El apartado c) del art. 21.1 de la Convención de 2004, establece la inmunidad de ejecución de los bienes de un Banco central o de otra autoridad monetaria del Estado. Según la CDI, “..., el Relator Especial sugirió la adición al final de las palabras ‘y sean utilizados con fines monetarios’, pero ello no se hizo por falta de apoyo general”<sup>57</sup>. Esta solución se ha criticado porque ofrece al Estado extranjero la posibilidad de que todas las cuentas bancarias que posea en entidades situadas en el Estado del foro, se vinculen a su Banco Central, de modo que todas ellas se beneficiarán de la inmunidad de ejecución<sup>58</sup>. Como se ha dicho, cabría propugnar que los bienes de los bancos centrales gozarán de inmunidad de ejecución cuando satisfagan los requisitos exigidos para otorgar inmunidad a los bienes de un Estado extranjero, con lo que se excluiría a las cuentas y bienes en general empleados para fines comerciales por parte del Banco Central<sup>59</sup>. Esta solución fue aceptada en algunos asuntos dictados a finales de los setenta; en concreto, en el asunto *Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria*, se aplicó, de conformidad con el DI consuetudinario en vigor, la doctrina restrictiva de la inmunidad de ejecución respecto de los fondos del Banco Central de Nigeria, al considerar que “was not an emanation of the State entitled to claim immunity”; por ello, “since the Bank was not immune its funds were not immune from seizure or injunction”<sup>60</sup>. En esta misma dirección, los tribunales suizos han negado la inmunidad de ejecución sobre los fondos del Banco Central de Turquía depositados en varios bancos suizos<sup>61</sup>.

56. *Anuario CDI*, vol. II, Segunda Parte (1991), p. 64.

57. *Ibidem*.

58. SORIA JIMÉNEZ, A., *La excepción...*, *op. cit.*, p. 235.

59. REMIRO BROTONS, A., y RIQUELME CORTADO, R.M.; Díez-Hochleitner, J.; Orihuela Calatayud, E. y Pérez-Prat Durbán, L., *Derecho Internacional*, Valencia, 2007, p. 1045.

60. *Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria*, Sentencia de la Corte de Apelación de Inglaterra de 13 de enero de 1977. Se puede consultar un resumen de esta Sentencia en CAHDI (2004) 5 Part II (B), p. 343.

61. *Banque Centrale de la République de Turquie v. Weston Compagnie de Finance et d'Investissement SA*, Tribunal Federal Suizo, Sentencia de 15 de noviembre de 1978, ATF 104 Ia 367: *ILR*, vol. 65 (1978), pp. 417 y ss. En la doctrina, *vid.* CANDRIAN, J., *L'immunité...*, *op. cit.*, pp. 298-301.

## LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN EN LA CONVENCIÓN DE 2004

A buen seguro el resultado que ofrece la Convención de 2004 interesa, entre otros Estados, tanto al Reino Unido como a Estados Unidos, ya que Londres y Nueva York son los centros financieros más importantes del mundo, y con esta regulación se protege la inmunidad de ejecución absoluta de los bienes del Banco central de un Estado. Por ejemplo, en el asunto *Olympic Chartering v. Ministry of Industry & Trade of Jordan* (2001), el demandante obtuvo una sentencia a su favor por la que el primer ministro de Jordania debía hacer frente a una suma de 1,7 millones de dólares; pero al intentar ejecutar la Sentencia contra los bienes situados en una cuenta bancaria del Arab Bank-New York, el Banco Central de Jordania alegó con éxito la inmunidad de ejecución por tratarse de una cuenta bancaria de su titularidad<sup>62</sup>.

En lo que se refiere al Reino Unido, el art. 14.4 de la SIA de 1978 establece con carácter general la inmunidad de ejecución de los bienes del Banco Central o de la autoridad monetaria de un Estado extranjero. Esta legislación, que mantiene la inmunidad de ejecución absoluta, sin distinguir entre bienes del banco central que sean utilizados para actividades comerciales y bienes del banco central que sean usados para fines oficiales no comerciales, ha sido aplicada, por ejemplo, en el asunto *Banca Carige SpA Cassa di Risparmio Geneva e Imperia v. Banco Nacional de Cuba and another*, resuelto mediante Sentencia de la *High Court* de 11 de abril de 2001. La misma doctrina ha mantenido la *High Court*, en su Sentencia de 20 de octubre de 2005 en el asunto *AIG Capital Partners v. Kazakhstan*, ya citado, al afirmar que los bienes de propiedad de un banco central son inmunes para el Derecho inglés, en aplicación de la sección 14.4 de la SIA, sin que sea necesario entrar a considerar su naturaleza; la *High Court* se apoya en el art. 21.1.c) de la Convención de 2004, como expresión del DI consuetudinario en vigor, para sostener que en este caso la inmunidad de ejecución no es contraria al art. 6.1 de la Convención de Roma de 1950.

62. MURPHY, S.D., *United States Practice in International Law*. Volume 1: 1999-2001, p. 86. Doctrina confirmada en el asunto *EM Ltd et. al. v. Republic of Argentina*, Sentencia del Tribunal de Apelaciones de 5 de enero de 2007, en la que se admite la inmunidad de ejecución a favor de las cuentas bancarias del Banco Central de Argentina. En la doctrina, *vid.* LEE, P.L., "Central Banks and Sovereign Immunity", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 41 (2003), 327-376, pp. 350 y ss. Se debe señalar a este respecto que según la Sección 1611(b)(1) de la FSIA, se establece la inmunidad de ejecución de los bienes del Banco Central del Estado extranjero o de otra autoridad monetaria ante los tribunales de Estados Unidos, salvo que el Estado renuncie expresamente a la inmunidad de ejecución; como señala el citado autor, la posición restrictiva que adopta esta disposición "reflected a Congressional concern for the foreign policy issues that would be presented by execution against the reserves of a foreign State. It reflected as well a more pragmatic concern that the risk of execution in the absence of an explicit waiver might lead foreign States to withdraw their funds from the United States": p. 349.

JAUME FERRER LLORET

Desde luego, es patente la dificultad que presenta en la práctica la prueba de que los bienes del Banco central de un Estado extranjero están destinados a actividades comerciales y no a “finés oficiales no comerciales”<sup>63</sup>. Más aún, como es obvio, si en el art. 21.1.c) de la Convención de 2004 no se establece esta distinción y se mantiene con carácter general la inmunidad de ejecución de los bienes del Banco Central o incluso de otra autoridad monetaria del Estado, y varios de los principales “Estados interesados” en este tema (Reino Unido, China, Suiza...) ya han firmado este convenio. No resulta en absoluto extraño que en la primera legislación interna que se ha dictado en China dedicada a este sector de normas (*Law on Judicial Immunity from Measures of Constraint for the Property of Foreign Central Banks of 2005*) se regule la inmunidad de jurisdicción y de ejecución absoluta de los Bancos Centrales de Estados extranjeros; entre otras con la finalidad de consolidar a Hong Kong como uno de los principales centros financieros del mundo<sup>64</sup>.

#### D) *Los bienes culturales y los archivos*

Con el art. 21.1.d) de la Convención de 2004, se ofrece protección a los bienes del Estado que forman parte del patrimonio cultural o de los archivos del Estado y que son propiedad del Estado, pero sólo cuando no se hayan puesto ni estén destinados a ser puestos en venta<sup>65</sup>. A este respecto, merece ser citada la Sentencia del Tribunal Federal Suizo de 30 de abril de 1986, en la que se plantea la ejecución de una sentencia contra dos inmuebles pertenecientes a España, situados en Berna. El Estado español alega con éxito la inmunidad de ejecución al defender que los inmuebles, después de su rehabili-

63. Para REINISCH, A., “State Immunity...”, *loc. cit.*, pp. 155-156, “The principle that property of central banks or other monetary authority should be immune from enforcement measures is generally accepted by European courts. Sometimes, however, they refuse to accept a blanket exception unless it was specifically demonstrated that the property in question served public purposes. Another restriction of the broad immunity of central bank funds results from decisions concluding that certain central banks were not emanations of a State and thus not entitled to claim immunity”.

64. *Vid.* ZHU, L., “State Immunity from Measures of Constraints for the Property of Foreign Central Banks: The Chinese perspective”, *Chinese Journal of International Law*, vol. 6 (2007), 67-81.

65. *Anuario CDI*, vol. II, Segunda Parte (1991), p. 64. Tema objeto de la tesis doctoral de CANDRIAN, J., *L’immunité des Etats face aux Droits de l’Homme et à la protection des Biens culturels*, Zurich, 2005, pp. 319 y ss. y pp. 349 y ss.

## LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN EN LA CONVENCIÓN DE 2004

tación, serán destinados a encuentros culturales y de esparcimiento para los españoles en Suiza, con la denominación de “Casa de España”<sup>66</sup>.

E) *Los bienes que forman parte de una exposición*

Por último, el apartado e) extiende la protección frente a cualquier medida coercitiva, a favor de los bienes que formen parte de una exposición de objetos de interés cultural, científico o histórico que pertenezcan al Estado, y no se hayan puesto ni estén destinados a ser puestos en venta. En sus comentarios, la CDI precisa que los objetos propiedad del Estado de exposiciones de carácter industrial o comercial no están incluidos en este apartado<sup>67</sup>. En la práctica española, cabe mencionar que en 2001 las autoridades rusas pidieron garantía de inembargabilidad al ejecutivo español respecto de las obras de arte de ese Estado que iban a ser expuestas en el Museo de Arte de Cataluña; en el Informe de la Asesoría Jurídica del MAE se sostiene la inmunidad de ejecución de tales obras de arte, de conformidad con lo dispuesto en el Proyecto de 1991<sup>68</sup>.

## IV. LA PRÁCTICA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

1. *La incipiente aplicación de la tesis relativa en la jurisprudencia de los ochenta*

Hasta mediados de los ochenta, la inmunidad relativa de ejecución era una institución casi desconocida en la jurisprudencia española<sup>69</sup>. Con poste-

66. Según el tribunal, los bienes se destinan a actividades de *iure imperii*, a través de una interpretación amplia de la Convención de 1963, en el sentido de que una de las funciones de las oficinas consulares es la de proteger los intereses de sus nacionales, también en el terreno cultural y social: *Vid.* “Pratique Suisse”, *ASDI*, vol. XLIII (1987), pp. 158-162.

67. *Anuario CDI*, vol. II, Segunda Parte (1991), p. 64. En la doctrina, *vid.* sobre este tema, WELLER, M., “Immunity for Artworks on Loan? A Review of International Customary Law and Municipal Anti-Seizure Statutes in Light of the *Liechtenstein* Litigation”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 38 (2005), 997-1039, pp. 1006 y ss.

68. Aunque al mismo tiempo se reconoce que en un Estado de derecho, el poder ejecutivo no puede impedir que se interpongan demandas ante los tribunales; si bien los Abogados del Estado pueden intervenir en los procesos que se sustancian para la defensa de la aplicación del DI: Informe de la Asesoría Jurídica del MAE de septiembre de 2001. Para la práctica de Suiza, *vid.* CANDRIAN, J., *op. cit.*, pp. 357-362.

69. Como precedentes sólo se podían citar algunas decisiones de instancias judiciales inferiores, como *M.J.H.M.R. c. Instituto Británico de España*, en el que la Magistratura de Tra-

JAUME FERRER LLORET

rrioridad, la jurisprudencia española se va a decantar por la tesis relativa de la inmunidad de ejecución. Así, en la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 10 de febrero de 1986, en el asunto *E.M.B. c. Embajada de Guinea Ecuatorial*, se estima un recurso de casación por infracción de ley contra una decisión laboral previa, que se había declarado incompetente en aplicación del art. 31 de la Convención de Viena de 1961 sobre relaciones Diplomáticas<sup>70</sup>. En cuanto a la inmunidad de ejecución, se afirma lo siguiente:

“No obstante, como cabría la posibilidad de la subsistencia de una inmunidad relativa o residual, que puede tener incidencia en la fase de ejecución, si la sentencia que se dicte fuese condenatoria, la Magistratura de instancia, antes de acordar la práctica de cualquier medida concreta de ejecución forzosa, deberá recabar, exponiendo las modalidades de ejecución que la parte sugiera, informe de la asesoría Jurídica a que se refiere el artículo 7 del Real decreto 1654/1980, a fin de que en dicha ejecución se observen los acuerdos bilaterales, y usos o prácticas internacionales vigentes sobre el particular, debiendo a los efectos de determinar la existencia de reciprocidad dirigirse al Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, por conducto del Consejo General del Poder Judicial, conforme al artículo 268.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)”<sup>71</sup>.

Se trata de una sentencia pionera, con la que por primera vez el TS reconoce y acepta la tesis relativa de la inmunidad de ejecución, aunque no precisa el alcance y contenido de la misma. Si bien, la técnica jurídica de la que hace uso del TS no está exenta de objeciones. En esta dirección, SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, además de criticar que se lleve a cabo una referencia restringida a “los acuerdos bilaterales y usos o prácticas internacionales”, en vez de utilizar la referencia más genérica que se contiene en el art. 21.2 de la Ley Or-

bajo número 4 de Valencia ejecutó una sentencia derivada de una demanda laboral por despido contra los bienes de la citada institución gubernamental extranjera; y el de la *Sociedad Hispano-Africana de Comercio y Transporte, S.A., c. Banco de Guinea Ecuatorial*, asunto en el que inicialmente el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Elche ordenó el embargo preventivo de bienes del Estado africano, aunque finalmente desapareciera la causa que había motivado el embargo, por lo que éste no fue ejecutado.

70. La Sentencia de la Magistratura de Trabajo número 20 de Madrid, de 9 de noviembre de 1984. En este asunto se dilucidaba una demanda por despido de un español que prestaba sus servicios en la Embajada de Guinea Ecuatorial. El TS diferencia entre la inmunidad personal de que disfruta el agente diplomático y la inmunidad de jurisdicción del Estado; y respecto de esta última mantiene la distinción entre *acta jure gestionis* y *acta jure imperii*, para, manifestarse partidario de la tesis restrictiva y afirmar la competencia de los tribunales españoles.

71. Considerando Quinto de la citada STS.

## LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN EN LA CONVENCIÓN DE 2004

gánica del Poder Judicial de 1985 (LOPJ) a las normas del DI, valora negativamente que la inmunidad de ejecución pretenda condicionarse al criterio de la “reciprocidad”; esta condición no está claramente contemplada ni en el DI convencional ni en el DI consuetudinario, ni en los proyectos codificadores en curso, tanto internacionales como nacionales; al parecer el TS la recoge miméticamente del régimen previsto en el DI privado para el reconocimiento y la ejecución de decisiones extranjeras, a pesar de que en el caso de la STS citada, se trata de la ejecución de sentencias españolas ante los tribunales españoles, que afectan a un Estado extranjero, tema que se regula por el DI según el art. 21.2 de la LOPJ<sup>72</sup>.

En el ámbito de otras instancias judiciales, merece ser citada la Sentencia de la Magistratura de Trabajo número 6 de Málaga de 24 de marzo de 1987 en el asunto de *Ritva Susana Souminen c. Sirkkaliisa Anderssos y República de Finlandia*, en la que se declara nulo el despido de la demandante, que había sido contratada como auxiliar administrativo del Consulado de Finlandia en Málaga<sup>73</sup>. Mediante providencia de fecha 11 de junio de 1987, la misma Magistratura decide la ejecución de la cuenta corriente de la codemandada Vicecónsul. Como se acaba de comprobar, en aplicación de la Convención de 2004 se trataría de una medida de ejecución contraria al DI, ya que no se admite la ejecución contra las cuentas corrientes de las Embajadas y Consulados, salvo que se demuestre que están destinadas a sus actividades *iure gestionis*. Por su parte, en el asunto *Lina María Calvo Velilla c. Embajada de Honduras*, la sentencia de la Magistratura de Trabajo número 24 de Madrid declara nulo el despido de la demandante y mediante Auto de 16 de junio de 1987 condena a la Embajada de Honduras a abonar sendas cantidades, en concepto de indemnización y de salarios no percibidos; después, otro Auto ordena la ejecución y decreta el embargo de bienes de la Embajada; decisión que resulta contraria al art. 22.3 de la Convención de Viena de 1961, en el que se preceptúa la inembargabilidad de los locales, mobiliario, bienes y medios de transporte de la misión diplomática. Otras Sentencias, sin embargo, de-

72. *Las inmunidades de los Estados extranjeros ante los Tribunales españoles*, Madrid, 1990, p. 109.

73. En esta Sentencia se estima que no resulta aplicable el Convenio de Viena de 1961, ya que se considera que los contratos estatales mediante los que se contrata a un auxiliar administrativo, son actividades o actos de gestión y no de imperio, por lo que se configuran como una excepción a la inmunidad de jurisdicción del Estado, y la jurisdicción de los tribunales españoles no afecta a las inmunidades diplomáticas o consulares. Según el Auto de 4 de mayo de 1987, el Magistrado declara extinguida la relación laboral y condena a *ambos codemandados* al abono de unas cantidades.

JAUME FERRER LLORET

muestran una “*tendencia cautelar o defensiva*”<sup>74</sup>. A la vista de esta jurisprudencia, a mediados de los ochenta se escribía lo siguiente:

“en síntesis podemos señalar que la práctica española en materia de ejecución de sentencias dictadas contra Estados extranjeros (o misiones diplomáticas y oficinas consulares, en tanto que órganos de Estados extranjeros) parece haber vencido una peligrosa tendencia: la de admitir la tesis restrictiva en la fase de jurisdicción para seguir manteniendo la tesis absoluta en la fase de ejecución. Este dato positivo que extraemos de nuestro análisis de la misma se encuentra sin embargo como contrapartida otro de signo claramente negativo: el desconocimiento de las disposiciones de las repetidas Convenciones de Viena de 1961 y 1963 al ejecutar algunas sentencias contra los bienes de la Embajada del Estado extranjero e incluso contra los bienes del agente diplomático o consular, lo que denota que reina aun entre los magistrados una gran confusión en esta materia”<sup>75</sup>.

Con posterioridad, ya a principios de los noventa, en la Sentencia del TSJ de Madrid de 13 de enero de 1992<sup>76</sup>, se afirma, en aplicación del art. 22.3 de la Convención de Viena de 1961, y como se sostiene en el Informe de la Asesoría Jurídica a que se refiere el art. 7 del Real Decreto 1654/1980<sup>77</sup>, la in-

74. En concreto, en el asunto *J.A. Fernández de Landa Roca c. la Embajada de los Estados Unidos de América en España y American Embassy Association*, en primer lugar, la Sentencia de 3 de febrero de 1987 de la Magistratura de Trabajo número 25 de Madrid declara nulo el despido del actor; mediante Auto de 9 de abril de 1987, decide, siguiendo la Doctrina del TS, recabar informes de la Asesoría Jurídica del MAE antes de proceder a la ejecución de la Sentencia, para determinar la existencia o no de reciprocidad, y considera improcedente el embargo de bienes de la Embajada solicitado por el demandante, en aplicación del Convenio de Viena de 1961. En esta misma dirección, en el Asunto *De la Iglesia Barroso c. Viceconsulado de Brasil en Vigo*, se declara nulo el despido de un trabajador por la mencionada representación consular; de conformidad con la Providencia de 5 de marzo de 1987, se acepta la solicitud de ejecución y la Magistratura se dirige al MAE con el fin de que éste le informe “de los trámites legales establecidos a través de ese Ministerio para el cobro de la ejecución instada”. Para SÁNCHEZ RODRÍGUEZ en este asunto, como en los demás que se han citado, “el poder ejecutivo es requerido para que actúe –a título más o menos oficioso– como una especie de *amicus curiae*”: SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., *Las inmunidades...*, *op. cit.*, p. 118.

75. CHUECA SANCHO, A.G., y Díez-Hochleitner, J., “La admisión de la tesis restrictiva de las inmunidades del Estado extranjero en la reciente práctica española”, *REDI*, vol. XL (1988), 7-53, pp. 49-50.

76. Sentencia del TSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 13 de enero de 1992; Ponente: Sr. D. Tomás Pereda Amann.

77. El Real Decreto 1654/1980, de 11 de julio, sobre Servicio de lo Contencioso del Estado en el exterior (*BOE*, de 16 de agosto de 1980), regulaba, como así se preveía en su Preámbulo, “el tratamiento que corresponde a las situaciones paracontenciosas o contenciosas donde se vean comprometidos en territorio extranjero los derechos o intereses de la Administración del Estado y de los Organismos Autónomos estatales”. Por tanto, resultaba aplicable a las situacio-

## LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN EN LA CONVENCIÓN DE 2004

munidad de ejecución absoluta de las cuentas bancarias de la Embajada de Estados Unidos, tras haberse dictado la Sentencia de 3 de febrero de 1987 por la que se declara nulo el despido llevado a cabo por dicha Embajada.

## 2. La confirmación de la tesis relativa: la STC 107/1992

La Sentencia más importante en lo que se refiere a los problemas que plantea la inmunidad de ejecución y sus excepciones, con la que el TC va a sentar jurisprudencia, que va a ser seguida posteriormente<sup>78</sup>, es su Sentencia 107/1992, de 1 de julio<sup>79</sup>. Se trata de una sentencia que presenta una argumentación jurídica bien construida, gracias a la aplicación de una metodología inductiva, basada en el estudio de los medios de prueba de la práctica internacional, lo que permite al TC establecer las relaciones de compatibilidad y de incompatibilidad entre la normativa internacional que regula la inmunidad de jurisdicción y de ejecución del Estado, y el art. 24.1 de la CE de 1978 en el que se reconoce al derecho a la tutela judicial efectiva<sup>80</sup>. Esta Sentencia

nes pasivas de inmunidad estatal, en las que el Estado español o sus organismos autónomos sean demandados ante los tribunales internos de un Estado extranjero; pero no era aplicable a las situaciones activas, en las que un Estado extranjero es demandado ante los tribunales españoles. Dado que esta normativa, a través eso sí de una remisión al DI, admitía que para España no siempre sería posible alegar la inmunidad de jurisdicción –y de ejecución–, en el momento de su promulgación fue celebrada como un exponente bastante claro en el sentido de que España admitía la tesis restrictiva de la inmunidad de jurisdicción y de ejecución. Esta normativa ha sido derogada mediante el Real Decreto 997/2003, de 25 de julio, en *BOE* de 7 de agosto de 2003, con el que se aprueba el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado; en este Real Decreto no se hace ninguna referencia a las cuestiones que se pueden suscitar en torno a la inmunidad de jurisdicción o de ejecución, tanto en la vertiente activa, como en la vertiente pasiva.

78. Tal es el caso, por ejemplo, de las Sentencias del TSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 21 de diciembre de 1992; Ponente: Sr. D. Tomás Pereda Amann, en la que se deniega el embargo contra la cuenta corriente de la Embajada de Argentina, tras haberse dictado Sentencia condenatoria contra esta última por despido nulo de don Mario S.S.; y de la Sentencia del TSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 8 de febrero de 1993; Ponente: Sr. D. Conrado Durán-tez Corral, en la que se deniega la ejecución contra la cuenta corriente abierta por la “Embajada de Arabia Saudí”, tras dictarse Sentencia condenatoria contra esta última por despido nulo de don Jesús A. del C.

79. STC 107/1992, de 1 de julio (Sala 2<sup>a</sup>); Ponente: Magistrado D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer.

80. Más en concreto, el TC se detiene en el Proyecto de artículos de la CDI de 1991; en el Convenio europeo de 1972; en las legislaciones nacionales más recientes (Estados Unidos, Reino Unido, Singapur, Pakistán, Sudáfrica, Canadá y Australia); y en la jurisprudencia de los tribunales de otros Estados: Fundamento Jurídico Cuarto de la STC 107/1992. Cfr. la valoración de ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, M.P., “El estatuto...”, *loc. cit.*, pp. 126-127; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., “Nota”, en “Jurisprudencia”, *REDI*, vol. XLIV (1992), 576-582, p. 578.

JAUME FERRER LLORET

se dicta para dar respuesta al recurso de amparo planteado contra la Sentencia del TSJ de Madrid de 8 de febrero de 1990<sup>81</sup>, en la que se afirma la inmunidad de ejecución absoluta que protege a los bienes de la Embajada de Sudáfrica<sup>82</sup>. En síntesis, el TC afirma que el art. 21.2 de la LOPJ, al remitir al DI, no importa una regla de inmunidad absoluta de ejecución; el estudio de la práctica permite sostener la tesis relativa de la inmunidad de ejecución, “cuando en una determinada actividad o cuando en la afectación de determinados bienes no esté empeñada la soberanía del Estado extranjero”<sup>83</sup>.

Por tanto, resulta necesario determinar qué bienes del Estado extranjero situados en el territorio del Estado del foro, pueden ser objeto de ejecución. Para el TC, el DI no permite las medidas de ejecución forzosa sobre bienes del Estado extranjero que estén afectados o destinados a actividades de soberanía o de imperio, pero no prohíbe las medidas de ejecución sobre bienes que estén, “inequívocamente”, destinados al desenvolvimiento de actividades económicas en las que no esté empeñada su potestad soberana por actuar conforme al Derecho privado. Debe ser destacado que *el TC no exige que los bienes objeto de ejecución estén destinados a la misma actividad co-*

81. Resolutoria del recurso de suplicación promovido por Sudáfrica contra el Auto del Juzgado de lo Social n. 11 de Madrid, de 21 de marzo de 1988, dictado en ejecución de la Sentencia de 1 de junio de 1987, en la que se condena a Sudáfrica al pago de 2.574.010 pesetas como indemnización por despido improcedente, y en el que se acepta la ejecución de la Sentencia, “excepto los bienes sitos en el recinto de la Embajada”, y “se decreta el embargo de bienes de la República de Sudáfrica, entre ellos las cuentas corrientes que la misma pueda tener en España y el saldo acreedor de las distintas transacciones de bienes o cualquier operación mercantil que se lleven a efecto por dicho Estado...”.

82. Este asunto tiene su origen en la demanda presentada por doña Diana Gayle Abbott, de nacionalidad norteamericana, quien prestaba desde el 5 de abril de 1983 sus servicios como secretaria bilingüe, en virtud de contrato de trabajo, en la Embajada de Sudáfrica en Madrid. Fue despedida con efectos desde el 30 de septiembre de 1985; tras interponer demanda por despido, la entonces Magistratura de Trabajo n. 11 de Madrid, dicta Sentencia de 26 de noviembre de 1985, por la que declara la inmunidad de jurisdicción de la demandada. Recurrida en casación esta decisión, la Sala de lo Social del TS dictó Sentencia estimatoria, de 1 de diciembre de 1986, por la que declaró la competencia de los tribunales españoles para conocer de este asunto y se acordó la devolución de los autos a la Magistratura, disponiendo que en caso de producirse sentencia condenatoria el Magistrado de instancia debía recabar informe a la Asesoría Jurídica del MAE antes de ordenar cualquier medida de ejecución forzosa, a los efectos de determinar la posible inmunidad de ejecución de la República de Sudáfrica. Tras diversas sentencias y autos de la Magistratura de Trabajo, Sudáfrica recurrió el Auto de 21 de marzo de 1988; fue resuelto por la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, reconociendo la inmunidad de ejecución a favor de Sudáfrica. Contra esta última decisión, se interpuso recurso de amparo: *vid.* STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 8 de febrero de 1990; Ponente: Sr. D. Belmont y Mora.

83. Fundamento Jurídico Cuarto de la STC 107/1992.

## LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN EN LA CONVENCION DE 2004

*mercial que originó el litigio, ni ningún nexo entre los bienes y la entidad demandada*<sup>84</sup>.

Pero de esta regla general se exceptúan en todo caso los bienes de las misiones diplomáticas y oficinas consulares, objeto de un específico régimen de protección en virtud del art. 22.3 de la Convención de Viena de 1961 y del art. 31.4 de la Convención de Viena de 1963. Por esta vía, el TC se apoya en la clásica distinción entre los bienes del Estado dedicados a actividades *iure imperii* y los bienes del Estado dedicados a actividades *iure gestionis*. Aunque con independencia de esta clasificación general, los bienes de las misiones diplomáticas y oficinas consulares son absolutamente inmunes a la ejecución, en virtud de los Convenios de Viena de 1961 y 1963<sup>85</sup>.

Más en concreto, en esta Sentencia se plantea si es posible la ejecución de las cuentas corrientes bancarias abiertas a nombre de una Embajada o cuyos fondos estén destinados al sostenimiento de la misma. Para el TC, a la luz de la práctica internacional, tales cuentas bancarias gozan de inmunidad de ejecución absoluta. Hay dos razones de peso que motivan este resultado: tanto *el carácter único e indivisible del saldo de una cuenta bancaria, como la imposibilidad de investigar las operaciones y destinos de los fondos* de una cuenta bancaria adscrita al desenvolvimiento de la actividad de una misión diplomática, que “supondría una interferencia en la actividad de la misión di-

84. Fundamento Jurídico Quinto. Esta regla parece necesaria, dado que “si precisamente el Tribunal Constitucional ha declarado la inembargabilidad de las cuentas bancarias de las Embajadas, todos los conflictos en los que se vieran implicadas quedarían afectados por la inmunidad de ejecución. Concretamente, los conflictos laborales y, para mayor concreción aún, los derivados del despido de trabajadores, estarían en clara conexión con la actividad que dio origen a la *litis* y, por consiguiente, el pago de indemnizaciones que ordena nuestra legislación laboral sería de imposible cumplimiento en todos los casos”: RAMOS QUINTANA, M.I., “La imposible ejecución de una sentencia de condena por despido ante la inmunidad de un Estado extranjero (Comentario a la STC 107/1992, de 1 de julio)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 59 (1993), p. 460. SORIA JIMÉNEZ, *ibid.*, pp. 270-271, crítica, por considerarlo innecesario, que el TC haya utilizado el adverbio “inequívocamente”, con lo que parece que el juez que ejecute el bien debe asegurarse y certificar que sin ninguna duda el bien se destina a actividades comerciales, con que lo se reduce “a la mínima expresión la ya limitada esfera de los bienes de Estado susceptibles de ejecución forzosa en nuestro país”: p. 270. Por el contrario, BOU FRANCH, V., “Las inmunidades internacionales y el artículo 36 de la Ley núm. 1/2000, de 7-I-2000 de enjuiciamiento civil”, *Revista de Derecho de la Universitat de València*, n. 1 (2002), 1-23, p. 16, critica que el TC no cumpla el requisito de la vinculación o conexión entre los bienes a ejecutar y el objeto de la demanda o el organismo o institución contra el que se ha iniciado el proceso, ya que se trata de una condición establecida por el DI, al que se remite el art. 21 de la LOPJ, por lo que el TC debería haber hecho efectiva la remisión a las normas internacionales que se prevé en la legislación española.

85. Fundamento Jurídico Quinto de la STC 107/1992.

JAUME FERRER LLORET

plomática, contraria a las reglas del DI público”. Por tanto, el amparo solicitado no puede tener como consecuencia el embargo de las cuentas corrientes de la Embajada de Sudáfrica, ya que el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente, en su vertiente de derecho a la ejecución, no alcanza a que dicha ejecución se dirija sobre bienes amparados por una causa legal de inmunidad<sup>86</sup>.

Ahora bien, el TC concede el amparo solicitado, al considerar que la sentencia impugnada, dado que declara genéricamente la inejecución contra el dinero efectivo que el Estado ejecutado posea en Entidades bancarias españolas y confirma el archivo de las actuaciones, ha aplicado una regla de inmunidad absoluta de ejecución de los bienes de la República de Sudáfrica que no viene exigida por el art. 21.2 LOPJ y, por tanto, supone una inejecución de las sentencias firmes que vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva. Ante la imposibilidad de ejecución de la Sentencia sobre las cuentas corrientes de la Embajada, y con el objetivo de garantizar el cumplimiento del art. 24.1 de la CE, el TC propone que se continúe la ejecución sobre otros bienes o dineros del Estado ejecutado situados en España que no gocen de inmunidad de ejecución<sup>87</sup>.

En su Voto particular parcialmente discrepante el Magistrado Don Eugenio Díaz Eimil, cuestiona la aplicación de la regla de la inmunidad de ejecución absoluta que aplica el TC sobre las cuentas corrientes del Estado extranjero. Para este Magistrado, con el objetivo de hacer efectivos los derechos del particular, el Estado extranjero debería probar que las cuentas corrientes de su Embajada están destinadas a actividades de imperio, de modo que su embargo pueda afectar al normal funcionamiento de su Embajada o atentar a su soberanía; en este caso, en el que está en juego la ejecución de una indemnización por despido improcedente que asciende a 2.574.010 pesetas, “no puede considerarse de entidad suficiente para poner en peligro el funcionamiento normal de la Embajada”. Pero como señala SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, aunque el

86. Según el TC, se deben apoyar los principios de unidad e indivisibilidad de la cuenta bancaria, dadas las dificultades técnicas que implica el embargo parcial de la misma, pues el dinero es un bien fungible, por lo que, cualquiera que sea su origen o destino, las sumas de dinero de una cuenta se confunden, no se contabilizan de forma distinta y constituyen materialmente una masa única, lo que impide distinguir entre fondos oficiales y fondos comerciales. Fundamento Jurídico Quinto de la STC 107/1992. En opinión de QUEL LÓPEZ, F.J., *Los privilegios e inmunidades de los agentes diplomáticos en el Derecho Internacional y en la práctica española*, Madrid, 1993, p. 179, “a partir de la sentencia 107/1992 del T.C. la vía ejecutiva formalmente abierta, materialmente puede quedar sin contenido en atención al carácter sumamente restringido de las posibilidades de actuación judicial en fase de ejecución”.

87. Fundamento Jurídico Sexto de la STC 107/1992.

## LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN EN LA CONVENCIÓN DE 2004

objetivo que persigue el Magistrado en su Voto particular sea loable y comprensible, lo cierto es que no existen normas del DI que respalden una tesis de ese alcance; la práctica demuestra que por regla general las cuentas corrientes de las misiones diplomáticas disfrutaban de inmunidad de ejecución<sup>88</sup>.

### 3. *Las dificultades para hacer efectiva la tesis relativa en la jurisprudencia posterior*

En su Sentencia 292/1994, el TC confirma la jurisprudencia sentada en su S. 107/1992, favorable a la tesis de la inmunidad de ejecución restrictiva, en cuanto admite que se apliquen excepciones a la inmunidad de ejecución y se puedan ejecutar los bienes del Estado dedicados a actividades de *iure gestionis*<sup>89</sup>. El TC sostiene, además, que para que se pueda llevar a cabo la ejecución, no es necesario que exista una relación directa, entre el objeto del litigio y el bien susceptible de embargo, ni un nexo entre este último y la entidad demandada<sup>90</sup>, con lo que se aparta de la condición exigida por el art. 19 c) de la Convención de 2004. Asimismo, el TC acepta la ejecución provisional de tales bienes, a la espera de que se dicte Sentencia definitiva, con lo que propone un desarrollo progresivo del DI, no recogido por el art. 18 de la Convención de 2004. Si bien se debe advertir que en este caso se trata de la ejecución provisional, sí, *pero de una sentencia condenatoria contra un Estado que ya ha dictado el tribunal competente*, que todavía no es definitiva a la espera de que se agoten los recursos legales pertinentes. Por tanto, no se trata en sentido estricto de medidas coercitivas anteriores al fallo; la sentencia ya se ha dictado, si bien todavía no es firme<sup>91</sup>. Es precisamente el análisis de la práctica, a pesar de algunas contradicciones que presenta, el argumento principal que esgrime el TC<sup>92</sup>. No obstante, al mismo tiempo sostiene la regla

88. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., "Nota", en "Jurisprudencia", *REDI*, vol. XLIV (1992), 576-582, p. 582; en esta dirección, RUIZ COLOMÉ, M.A., "La inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros ante los tribunales españoles en la reciente jurisprudencia constitucional", *Derecho Privado y Constitución*, n. 2 (1994), 369-389, pp. 384-385.

89. Fundamento Jurídico Quinto.

90. Fundamento Jurídico Cuarto.

91. En este asunto, una antigua empleada de la Embajada de Brasil en Madrid, alega que le corresponde una pensión de jubilación, que no le ha sido concedida a causa del incumplimiento de las formalidades en materia de seguridad social por parte de la Embajada de Brasil. Mediante Sentencia de 29 de junio de 1992, el Juzgado de lo Social n. 23 de Madrid, condenaba a la Embajada de Brasil al pago de la prestación correspondiente.

92. El TC se basa en el Proyecto de la CDI de 1991 (art. 18); en la Resolución del IDI de 1991 (art. IV.4.b)), y en la Ley n. 196 de 16 de diciembre de 1985, adoptada en Australia.

JAUME FERRER LLORET

de la inmunidad de ejecución absoluta de los bienes y locales de la misión diplomática, en aplicación del Convenio de 1961; y se remite para la ejecución de la Sentencia a otros bienes del Estado de Brasil en España que no estén afectos a actividades de *iure imperii*<sup>93</sup>.

También merece atención la solución que se asume en la Sentencia 18/1997<sup>94</sup>, en la que el TC, después de recapitular su jurisprudencia sobre la

93. Como destaca GONZÁLEZ VEGA, la solución que propone el TC en la práctica resultará en una búsqueda infructuosa de tales bienes, ya que la mayoría de los Estados carecen de bienes situados en el territorio de otros Estados, a salvo los que forman parte de la misión diplomática; por lo que propone que se articulen vías alternativas basadas en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, aplicando por analogía soluciones adoptadas en el ámbito de la Protección Diplomática (PD): GONZÁLEZ VEGA, J.A., "Jurisprudencia española", *REDI*, vol. XLVII (1995), 271-276, p. 274. Con posterioridad, otras Sentencias de nuestros tribunales, han mantenido la tesis de la inmunidad de ejecución restringida: el Auto del Juzgado de lo Social, n. 30 de Madrid, de 15 de febrero de 2000, se apoya en las STC 107/1992 y 292/1994, para sostener la inmunidad de ejecución restringida, en un caso que enfrenta a una trabajadora de la Embajada de Estados Unidos, contra este Estado; no obstante, "1) son absolutamente inmunes a la ejecución los bienes de las misiones diplomáticas y consulares; 2) son inmunes a la ejecución los demás bienes de los Estados extranjeros que estén destinados a actividades *iure imperio*, pero no los destinados a actividades *iure gestionis*"; además, "no es necesario que los bienes objeto de la ejecución estén destinados a la misma actividad *iure gestionis* que provocó el litigio, pues otra cosa podría hacer ilusoria la ejecución". GONZÁLEZ VEGA, J.A., *REDI*, vol. LIII (2001), 360-363, pp. 362-363, pone en duda que se deba mantener la regla de la inenbargabilidad de las cuentas corrientes del Estado, de conformidad con la práctica judicial seguida por Estados Unidos y Reino Unido, permitiendo con ello una ejecución de otro modo imposible; "De no ser así, a tenor de los fútiles procedimientos ejecutorios periódicamente reseñados en estas páginas ¿puede realmente sostenerse que es efectiva una tutela judicial cuando parece ser en todo punto ineficaz para garantizar los derechos invocados?": *ibid.*, p. 363.

94. De 10 de febrero de 1997 (Sala 2ª); Ponente: D. Carles Viver Pi-Sunyer. El asunto tiene su origen en la demanda por despido contra la Embajada de Guinea Ecuatorial en España presentada por D. Emilio B.M., en 1984. Dada la insistencia del TC en orden a que se busquen todos los bienes del Estado que con las condiciones antedichas pueden ser objeto de medidas de ejecución, conviene exponer brevemente los hechos que se plantean en este asunto. En efecto, tras sucesivas decisiones de las instancias judiciales competentes, se intentó ejecutar la sentencia dictada contra la Embajada de Guinea Ecuatorial por despido improcedente, siendo infructuosos todos los intentos al declararse la insolvencia de la Embajada. Ante esta situación, mediante Providencia de 6 de noviembre de 1989 el Juzgado de lo Social n. 20, dirigió oficio a la Secretaría de Estado para Cooperación Internacional e Iberoamericana y a la Oficina de Cooperación de Guinea Ecuatorial del Ministerio de Asuntos Exteriores, e igualmente a la Dirección General de Política Comercial u Organismo competente del Ministerio de Economía y Hacienda, para obtener información sobre cualquier tipo de subvención o ayuda concedida por España a Guinea Ecuatorial. Por Providencia de 19 de febrero de 1990, el Juzgado ofició al "Banco Exterior de España" que decretaba el embargo de los créditos autorizados por el Ministerio de Economía y Hacienda dentro de la modalidad de Fondo de Ayuda al desarrollo (FAD). Y mediante providencia de 10 de junio de 1991, ofició al Instituto de Crédito Oficial para que procediera a la retención y puesta a disposición del Juzgado de las cantidades que pu-

## LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN EN LA CONVENCIÓN DE 2004

conformidad de la teoría relativa de la inmunidad de ejecución del Estado, con la tutela judicial efectiva protegida por el art. 24.2 de la CE<sup>95</sup>, sostiene que el archivo de las diligencias dictadas con la finalidad de ejecutar los bienes de Guinea Ecuatorial, tras haberse dirigido el juzgado a los organismos competentes de los Ministerios de Económica y Hacienda y del MAE, vulnera el art. 24.1 de la CE<sup>96</sup>. En este sentido, después de insistir en que el cum-

diera tener pendientes de pagos al país de Guinea Ecuatorial, en ejecución de los créditos autorizados en su modalidad de créditos FAD. Asimismo, el Juzgado llegó a requerir al MAE para que ejerciera la PD. Por su parte, la Asesoría Jurídica del MAE, en el Informe solicitado por el Juzgado, puso de manifiesto que no era posible ejercer la PD, pues el actor no había agotado los recursos judiciales internos del Estado demandado; en cambio, se exponía que sí era posible que el Estado español solicitara a Guinea Ecuatorial el cumplimiento de la sentencia, y que esa solicitud podía realizarse a través de la vía diplomática. El MAE se limitó a remitir una nota verbal a la Embajada de Guinea Ecuatorial, de la que no obtuvo respuesta. Ante estos hechos, el Juzgado dictó diligencia de archivo, que motiva el recurso de amparo ante el TC.

95. Del siguiente modo: a) el TC es competente para comprobar que la decisión de inejecución se ha basado en una causa legal, siempre interpretada en el sentido más favorable a la efectividad de la tutela; b) el régimen de la inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros no es contrario al art. 24.1 de la CE, “pero por otra parte, una indebida extensión o ampliación por parte de los Tribunales ordinarios del ámbito que es dable atribuir a la inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros en el actual ordenamiento internacional acarrea una violación del derecho a la tutela judicial efectiva del ejecutante, porque supone restringir sin motivo las posibilidades del justiciable de conseguir la efectividad del fallo, sin que ninguna norma imponga una excepción a dicha efectividad”; c) la inmunidad de ejecución no es absoluta, sino relativa; por tanto, cabe la ejecución de una sentencia contra aquellos bienes del Estado que no estén afectos “a la soberanía del Estado extranjero”; de lo contrario, se vulneraría el art. 24.1 de la CE; d) en todo caso, son absolutamente inmunes a la ejecución los bienes de las misiones diplomáticas y consulares; y son inmunes a la ejecución los demás bienes de los Estados extranjeros que estén destinados a actividades *iure imperio*, pero no los destinados a actividades *iure gestionis*; e) no es necesario que los bienes objeto de la ejecución estén destinados a la misma actividad *iure gestionis* que provocó el litigio, pues otra cosa podría hacer ilusoria la ejecución; f), por tanto, corresponde en cada caso al juez ejecutor determinar cuáles de entre los bienes de que sea titular un Estado extranjero en nuestro territorio, y que no sean específicamente de las misiones diplomáticas o consulares, estén inequívocamente destinados al desenvolvimiento de actividades en las que dicho Estado, sin hacer uso de su potestad de imperio, actúa de la misma manera que un particular: Fundamento Jurídico Sexto. En la doctrina española, cfr. para una visión de conjunto de la doctrina del TC en este tema, FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, C. y JIMÉNEZ GARCÍA, F., *El Derecho internacional de los derechos humanos en la Constitución Española: 25 años de jurisprudencia constitucional*, Madrid, 2006, pp. 49-50 y 325-334.

96. En opinión del TC, por una parte, “el contenido de las contestaciones relativas al embargo y a la retención de créditos y ayudas, o bien fueron negativas, en el sentido de que en tal momento no existían fondos disponibles, o bien fueron positivas, señalando la existencia de tales fondos, pero expresando a su vez la imposibilidad de acceder a lo solicitado por el Juzgado porque la aceptación de dicha solicitud hubiera supuesto... el que España incurriera en responsabilidad internacional al traer causa las ayudas de un Tratado de amistad con Guinea Ecuato-

JAUME FERRER LLORET

plimiento de las sentencias y demás resoluciones firmes de los jueces y tribunales es obligatorio y que todos, incluidos los Ministerios de Economía y Hacienda y el MAE están obligados a prestar su colaboración para que se haga efectivo este objetivo (arts. 118 CE, 17 LOPJ y 410 CP), el TC plantea las siguientes alternativas dirigidas a la ejecución de la sentencia<sup>97</sup>:

“En cuanto a la vía diplomática, dada la ya referida trascendencia que debe atribuirse a la colaboración del Ministerio de Asuntos Exteriores, el Juzgado debía haber reiterado su requerimiento antes de declarar el archivo, no aquietándose ante la falta de respuesta de la Embajada a la nota verbal. El órgano judicial debía insistir en el requerimiento al Ministerio de Asuntos Exteriores para que adoptase las medidas que el DI le ofrece en el ámbito de las relaciones diplomáticas frente a la Embajada de otro Estado y frente al mismo Estado en el ámbito de las relaciones económicas. De haberse reiterado la gestión iniciada, cabía esperar un resultado positivo en orden a la pretendida ejecución de la sentencia y ello sin perjuicio de la responsabilidad de la Administración por inactividad, caso de no continuarlas”<sup>98</sup>.

Por tanto, al no reiterar su orden y ceder pasivamente ante las respuestas de la Administración, el juez declinó su obligación de utilizar todos los cau-

rial”. Por otra, “el requerimiento dirigido al Ministro de Asuntos Exteriores concluyó con una nota verbal a la Embajada de la República de Guinea Ecuatorial que no tuvo respuesta alguna”.

97. Con anterioridad, en su Sentencia 140/1995, el TC había admitido que el particular puede acudir al MAE para que éste exija al Estado extranjero que cumpla sus obligaciones o renuncie a la inmunidad de jurisdicción; incluso cabe que el particular solicite el ejercicio de la PD a las autoridades españolas; asimismo, está abierta la posibilidad de que presente una reclamación ante los propios tribunales del Estado extranjero. Pero como se ha señalado “todas estas vías resultan escasamente satisfactorias, cuando lo que se está poniendo en peligro y vulnerando es el mismo derecho del particular a la tutela judicial efectiva”: QUESADA ALCALÁ, “Jurisprudencia”, *REDI*, vol. LIV (2002), p. 270. Con esta Sentencia el TC desestima el recurso de amparo contra las decisiones judiciales que habían aplicado el art. 31.1 de la Convención de Viena de 1961, a los efectos de reconocer la inmunidad de jurisdicción civil en un litigio relativo al cumplimiento del contrato de arrendamiento concluido por el Consejero diplomático de la Embajada de Italia en Madrid, de una vivienda destinada a domicilio particular del arrendatario y de su familia, sin que quepa apreciar en este caso ninguna de las excepciones previstas en el citado precepto. Sentencia TC 140/1995, de 28 de septiembre (Sala 1ª); Ponente: Magistrado D. Julio González Campos. Objeto de análisis por parte de ESPÓSITO MASSICCI, C. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J., “El Artículo 24 de la Constitución y la inmunidad civil de los agentes diplomáticos extranjeros (comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 140/1995)”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, n. 47 (1996), 257-292; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., “Inmunidades de jurisdicción civil de los agentes diplomáticos en España *versus* tutela judicial efectiva. A propósito de una sentencia de nuestro Tribunal Constitucional”, *Derecho Privado y Constitución*, n. 9 (1996), 365-385.

98. Fundamento Jurídico Octavo.

## LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN EN LA CONVENCIÓN DE 2004

ces posibles que le brinda el ordenamiento para ejecutar una sentencia firme, por lo que en este caso procede estimar el recurso de amparo. Si bien al mismo tiempo el TC advierte que una vez se hayan cumplido las obligaciones que derivan del deber de tutela judicial por parte del juez ejecutante, y que ahora se declaran por el momento insatisfechas, si persiste la insolvencia del deudor o no se hallan bienes destinados a actividades *iure gestionis*, el archivo ya no afectará al derecho fundamental reconocido en el artículo 24.1 CE, “pues dicho precepto ni garantiza la solvencia de los deudores, ni impide la aplicación del régimen de inmunidad de ejecución a ciertos bienes de los Estados extranjeros, como podría ser el caso”<sup>99</sup>. Por esta vía, al admitir el recurso de amparo al estimar que la actividad del órgano judicial no ha agotado todas las posibilidades imaginables, el TC ha buscado el objetivo de insistir en el carácter relativo y no absoluto de la inmunidad de ejecución, tesis que desde 1992 le permite justificar la compatibilidad de dicha inmunidad con el art. 24.1 CE.

No obstante, como se ha señalado, la ejecución de la sentencia en este caso no puede conllevar el incumplimiento de las obligaciones internacionales que ha asumido España frente a Guinea Ecuatorial, ni siquiera a título de contramedidas o represalias, o incluso de medidas de retorsión si la cooperación al desarrollo se mantiene al margen de todo vínculo convencional, como parece sugerir el TC en su Sentencia al valorar negativamente como una vulneración del art. 24.1 de la CE el insuficiente celo mantenido por el juzgado a la hora de requerir al MAE para que permita la ejecución de la Sentencia contra los créditos y subvenciones que España concede a Guinea Ecuatorial<sup>100</sup>. En este sentido, en opinión de SÁNCHEZ RODRÍGUEZ,

“Si bien es cierto que la garantía de los derechos fundamentales exige la más escrupulosa diligencia por parte de los órganos judiciales españoles, no es lo menos que no se pueden pedir imposibles a nuestros jueces. Requerir reiteradamente al Ministerio de Asuntos Exteriores para que actúe frente a Guinea Ecuatorial –a su embajada en Madrid y al Estado mismo– suena bien como recurso retórico, pero carece de contenido preciso en orden a la ejecución de una sentencia sobre bienes o masas dinerarias. Pero la no ejecución de una sentencia de un tribunal español no supone sin más la existencia de un ilícito internacional

99. Fundamento Jurídico Noveno.

100. GONZÁLEZ VEGA, J.A., “Jurisprudencia”, *REDI*, vol. L (1998), 214-217, p. 215; para quien la decisión del TC “revela un planteamiento de la cuestión nacionalista y unilateralista en exceso”. En su Informe de marzo de 2002, la Asesoría Jurídica del MAE sostiene la inmunidad de ejecución de los fondos de la AECEI destinados o comprometidos con terceros Estados, de conformidad con la distinción entre bienes *iure gestionis* y bienes *iure imperii*.

JAUME FERRER LLORET

por parte de Guinea Ecuatorial; porque sugerir el incumplimiento de tratados en vigor para España sí supondría la posibilidad de atribuir dicho ilícito al Estado español; porque sugerir la puesta en marcha de contramedidas contra Guinea Ecuatorial supone un acto político de la exclusiva competencia constitucional del Gobierno. En el fondo, el Tribunal Constitucional necesitaba una excusa argumental para estimar el amparo y la encontró en la relativa inactividad del órgano judicial, al que pide mucho, quizá demasiado<sup>101</sup>.

Con posterioridad, el TC en su Sentencia 176/2001<sup>102</sup>, que sostiene que respecto de los bienes embargados, dos plazas de garaje, es de aplicación el art. 34 del Convenio de 1963 sobre relaciones consulares. Por lo que en este caso el derecho a la tutela judicial efectiva no se ha visto lesionado, ya que la Sentencia se limita a declarar que determinados bienes de Francia no pueden ser objeto de ejecución, sin perjuicio de que la ejecución de la Sentencia se lleve a cabo sobre otros bienes del Estado francés dedicados a actividades *iure gestionis*, de conformidad con la “ley internacional”<sup>103</sup>. Para SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, a pesar de las incoherencias jurídicas que se aprecian en la argu-

101. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., “Un tiempo para juzgar: el Derecho internacional público en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1992-2001)”, en AA.VV., *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor J.D. González Campos*, Madrid, 2005, T. I, 691-724, p. 712.

102. Sentencia TC 176/2001, de 17 de septiembre de 2001 (Sala 2ª), Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael de Mendizábal Allende. En este caso se presenta un recurso de amparo por doña Maitte González Zarandona contra la Sentencia de la Sala de lo social del TSJ del País Vasco de 25 de febrero de 1997, en la que se declaraba la inembargabilidad de ciertos bienes, ya embargados con el fin de ejecutar el Auto de 12 de enero de 1994 del Juez de lo Social núm. 2 de Vizcaya, que declaraba improcedente el despido de doña Maitte G. A. y condenaba al Consulado francés a pagar a la recurrente 3.407.780 pesetas en concepto de indemnización y 1.915.396 pesetas en concepto de salarios de tramitación. El TSJ sostenía la inembargabilidad de dichos bienes, dos plazas de garaje propiedad del Consulado, de conformidad con el art. 34 del Convenio de 1961. Como destaca QUESADA ALCALÁ en su comentario a esta STC (REDI, vol. LIV [2002], pp. 269-270), en este caso la cuestión pasaba por determinar si dos plazas de garaje que no se encontraban en el edificio de la representación consular o de la vivienda de los agentes consulares, podían ser considerados o no como bienes *iure gestionis*, como decidió el Juez de lo Social núm. 2 de Vizcaya, mediante Auto de 12 de enero de 1994. Según la demandante, “los bienes objeto de la ejecución eran embargables ya que se hallaban en el inmueble de las dependencias del Poste d’Expansion Economique para el que prestaba sus servicios, y que tal organismo se dedicaba a actividades de ‘iure gestionis’ al tener una naturaleza privada o comercial, como lo probaban las facturas que giraba a las empresas que contrataba, y el hecho de que dependiese del Ministerio de Economía francés... y no del Ministerio de Asuntos Exteriores francés” (Antecedente Segundo). El Fiscal, por el contrario sostuvo la naturaleza *iure imperio* de tales bienes, al entender que las actividades desarrolladas por el Consulado francés venían a ser una proyección de la soberanía del Estado francés en territorio español; tesis esta última que fue asumida por el TC.

103. Fundamento Jurídico Tercero.

## LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN EN LA CONVENCION DE 2004

mentación jurídica, se trata de una decisión conforme con la Convención de 1963, “pues cualquier decisión judicial materialmente equivalente a la requisita o a la expropiación –sin mediar la debida compensación– supondría un ilícito internacional que generaría responsabilidad internacional para España”<sup>104</sup>.

#### 4. *Desarrollos en la jurisprudencia más reciente*

Cierta propensión hacia la ejecución de los bienes del Estado extranjero, se aprecia en el Auto TC 112/2002, de 1 de julio de 2002 (Sala 2ª), con el que se desestima el recurso de amparo interpuesto por el Gobierno de Estados Unidos contra el Auto, de 13 de julio de 2001, del Juez de lo Social núm. 35 de Madrid, por el que se confirma el embargo de las cantidades que en concepto de devolución del IVA le pudieran corresponder al Gobierno de EE.UU. o a su Embajada<sup>105</sup>. En su recurso de amparo Estados Unidos alega que la decisión del embargo de las cantidades correspondientes a la devolución del IVA, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1) en su vertiente de derecho a la no ejecución de los bienes de los Estados extranjeros que están destinados a actividades ‘iure imperio’. Pero el TC, por una parte, insiste en que las cantidades embargadas correspondientes a la devolución del IVA, proceden tanto de actuaciones “iure imperio”, como de actividades privadas, ya sean operaciones comerciales o de cooperación; en este segundo caso, “no gozan del privilegio de inmunidad de ejecución por no estar en ellas empeñada la soberanía de un Estado extranjero”. Por otra, sostiene que Estados Unidos no ha demostrado que se trate de cantidades derivadas de actos “iure imperio”, y en opinión del TC, “resulta inadmisiblesu intento de justificar su inactividad probatoria en su condición de Estado soberano y, en virtud de ella, trasladar la carga probatoria a la contraparte, exigiendo que sea el propio trabajador despedido el que acredite ante el Juez el destino de los bienes y activos de la Embajada”<sup>106</sup>.

104. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., “Un tiempo para juzgar...”, *op. cit.*, p. 717.

105. Embargo destinado a la ejecución de la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 35 de Madrid, de 27 de septiembre de 1995, por la que se condena a Estados Unidos por el despido improcedente de un trabajador de su Embajada.

106. Fundamento Jurídico Segundo. Esta misma doctrina ha sido aplicada por el Juzgado n. 11 de los Social de Madrid, en el asunto Pérez Úrbez c. Embajada de Nicaragua, en el que la demandante había sido despedida tras haber estado trabajando durante 17 años para la representación diplomática de Nicaragua en Madrid; en su Sentencia de 1999 se condena a la Embajada al pago de casi 60.000 euros por despido improcedente, pero la Embajada se declara

JAUME FERRER LLORET

En el ámbito de otras instancias judiciales, en la STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 26 de noviembre de 2003, se admite la ejecución de una sentencia que condena a la República del Gabón en España, en una reclamación por extinción de contrato temporal, ya sea *sobre las cuentas bancarias de las que sea titular la República de Gabón en España y no su Embajada*, ya sea como cualquier otro bien de este Estado, con exclusión absoluta de los bienes de las misiones diplomáticas y oficinas consulares y otros bienes que estén destinados a actividades *iure imperii*<sup>107</sup>.

Por su parte, en la Sentencia del TSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 29 de junio de 2004, se mantiene que la ejecución de la Sentencia dictada contra la Embajada de Grecia por despido improcedente, se puede hacer efectiva contra la cuenta corriente de dicha Embajada. A este respecto se alega que la Embajada, “no interpuso recurso de reposición frente al auto que despachaba ejecución, por lo que interpone el de nulidad, de manera que es claro que, inatacado dicho auto, el mismo ganó firmeza y no cabe interponer recurso de suplicación contra aquél ni contra, como ya se ha dicho, el que resuelve el incidente de nulidad, por lo que, en fin, la resolución impugnada ha de confirmarse por sus propios fundamentos”. No obstante, tanto la Embajada de Grecia, como la Abogacía del Estado presentaron recurso de reposición, que fue

ró en quiebra y la indemnización por despido improcedente fue asumida, en parte, por el Fondo de Garantía Salarial. Ante la situación de insolvencia de la Embajada, en 2001 el Juzgado de lo Social ha embargado las cantidades que trimestralmente abona la Hacienda española a la Embajada en concepto de devolución de IVA, así como las ayudas que el Estado Español concede a Nicaragua; embargos que no han sido ejecutados por las autoridades gubernamentales españolas, quienes alegan que “están estudiando el asunto”: *El País Digital*, 6-11-2006.

107. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social), de 26 de noviembre de 2003; Ponente Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Josefina Triguero Agudo. Fundamentos Jurídicos Segundo y Tercero. Con anterioridad, en la Sentencia del TS de 22 de febrero de 1994 (Sala de lo Social); Ponente: Sr. D. Leonardo Bris Montes, al parecer se acepta la ejecución de la cuenta corriente del Estado extranjero –en concreto de Francia– en bancos situados en el territorio nacional (Credit Lyonnais) afectados al desenvolvimiento de la actividad ordinaria de las misiones diplomáticas y oficinas consulares; como señala ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, M.P., “Nota”, en “Jurisprudencia”, *REDI*, vol. XLVII (1995), pp. 154-155, con este resultado el TS olvida la doctrina sentada por el TC en su Sentencia de 1 de julio de 1992, si bien “lo único que salva lo erróneo de la decisión es el hecho de que según la Sentencia habían transcurrido ya los plazos para recurrir el Auto por el que se decidió el embargo de la cuenta corriente en cuestión. Desgraciadamente, en esta ocasión la modélica decisión del TC llegó demasiado tarde”; mientras que LÓPEZ MARTÍN, A.G., “Las inmunidades del DI: su aplicación en España”, *Cuadernos de Derecho Público*, n. 6 (1999), 157-183, p. 165, califica a esta sentencia de “tinte negro que empaña tan satisfactoria jurisprudencia”, en concreto en referencia a las STC 107/1992 y 292/1994; si bien como destaca la misma autora, la citada STS está “dotada de una alta dosis de contradicción”, puesto que en el texto de la misma se combinan las referencias a la Embajada y al Consulado de Francia, sin que quede aclarado el supuesto de hecho.

## LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN EN LA CONVENCIÓN DE 2004

estimado. La demandante presentó posterior recurso de suplicación; y en su respuesta, el TSJ insiste en que la Resolución por la que se ordena el embargo de la cuenta corriente de la Embajada de Grecia es firme, ya que respecto de la misma no se presentó ningún recurso en tiempo y forma<sup>108</sup>. Además, en esta Sentencia el TSJ cita a la STC 176/2001, para afirmar que es posible el embargo de las cuentas corrientes de la Embajada, ya que entre las cosas o derechos que según el TC pueden ser objeto de ejecución siempre que sean destinados a actividades de *iure gestionis*, “... se encuentran los fondos depositados en cuentas corrientes, destinados a la gestión de la Embajada, cuales son los aquí correctamente embargados”<sup>109</sup>. Por tanto, en este caso el TSJ por una parte parece que se basa en el consentimiento implícito de Grecia para hacer efectivo el embargo contra una cuenta corriente de la Embajada al no haber presentado en tiempo y forma el correspondiente recurso; pero, por otra, al mismo tiempo afirma con carácter general que sí es posible el embargo de tales cuentas, en relación a los fondos destinados a la “gestión” de la Embajada, sin que se aclare cómo se distinguen tales fondos de los destinados a actividades “*iure imperio*”. En este último caso, se trataría de un error de apreciación de la jurisprudencia del TC, y de una posible vulneración del DI en vigor, al menos si se atribuye naturaleza declarativa al art. 21.1.a) de la Convención de 2004.

No obstante, en decisiones posteriores los tribunales españoles han confirmado que no cabe la ejecución contra cuentas corrientes de Estados extranjeros que no están destinadas a actividades *iure gestionis*, llevando a cabo además una interpretación bastante restrictiva de esta última noción. Tal es el caso del Auto de la Audiencia Provincial (AP) de Cádiz, de 8 de noviembre de 2004, en el que se mantiene la inembargabilidad de la cuenta corriente cuya titularidad corresponde a la *US Navy Resale System Office*. La AP comparte los criterios que se defienden en el Informe emitido por la Dirección General de Protocolo, Cancillería y Órdenes del MAE, en el sentido de que los fondos de dicha cuenta están destinados a “pagar los gastos operativos, incluidos los salarios de los empleados civiles locales de nacionalidad española del economato así como las facturas de contratistas españoles locales que trabajan con el Economato de la Marina, estando específicamente autorizado en el art. 20 par. 5 del Convenio sobre Cooperación para la Defensa entre España y los Estados Unidos... el funcionamiento del Economato de la

108. Sentencia del TSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 29 de junio de 2004; Ponente: Sra. D<sup>a</sup>. Virginia García Alarcón. Fundamento Jurídico Segundo.

109. Fundamento Jurídico Tercero. Posición jurídica confirmada en la STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 9 de mayo de 2006; Ponente: Sra. Concepción Morales Vázquez, dictada en este mismo asunto.

JAUME FERRER LLORET

marina en conexión con la presencia de las fuerzas militares estadounidenses en España”. En esta misma dirección, el mencionado organismo forma parte del Departamento de la Marina de los Estados Unidos, que se encarga de la gestión de fondos destinados a sufragar las actividades militares en desarrollo del Convenio citado. En este sentido, para la AP, los fondos que están depositados en dicha cuenta no tienen un destino comercial, por lo que a su entender, “su embargo supone un grave obstáculo para el funcionamiento ordenado de las fuerzas de los Estados Unidos en la Base de Rota”<sup>110</sup>.

Por consiguiente, se rechaza la argumentación que se ofrece en la Resolución recurrida<sup>111</sup>. Para la AP, del certificado emitido por el Comandante de las Actividades Navales de la Marina de los Estados Unidos en España [*sic*], se desprende que los fondos depositados en la cuenta son fondos públicos, que los Economatos de la Marina están dirigidos por personal militar y que hay unas cuentas anuales para todos los economatos de la marina que son cuentas del Departamento de Defensa. En definitiva, son fondos destinados a actividades militares y no están sujetos a medidas coercitivas, “pues no es posible deslindar exactamente qué fondos de los utilizados por los militares son propia-

110. Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 3ª), de 8 de noviembre de 2004 (recurso de apelación 22/2004); Ponente: Sra. Dª. Ana María Rubio Encinas. Fundamento Jurídico Segundo. En este asunto una empresa española, MONTASA, reclama a Estados Unidos el pago de las obras realizadas en la Base Naval de Rota (Cádiz). Estados Unidos no comparece en el juicio y el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Rota condena a la parte demandada al pago de un total de 153.230.528 pesetas: *vid.* Sentencia del Juzgado de primera Instancia e Instrucción n. 1 de Rota, de 21 de diciembre de 1998. El mismo Juzgado ordena el embargo de la cuenta corriente que los Estados Unidos tienen domiciliada en una sucursal del Banco de Andalucía, que se encuentra en la propia Base Naval de Rota, a pesar de la opinión contraria mantenida por los Ministerios españoles de Economía y Hacienda y de Asuntos Exteriores, a través de su Auto de 4 de noviembre de 2003, al considerar que “la actividad del economato no puede interpretarse como básica o fundamental ni para la estricta actividad militar ni para la misión específica del personal militar ni para el mantenimiento de ambos... No ha quedado acreditado que el embargo de una de las cuentas del citado economato, a través de la cual ricamente se están haciendo pagos a proveedores y pagando al personal laboral local, afecte a la soberanía de EE.UU.”. Además, como la cantidad de dinero que había en dicha cuenta no era suficiente para hacer frente a la condena decidida mediante Sentencia de 1998, el Juzgado de Primera Instancia, mediante Providencia de 7 de noviembre de 2003 y posterior Auto de 29 de enero de 2004, solicita a la Embajada de Estados Unidos en España que designe qué bienes tiene en territorio español que no estén destinados al ejercicio de funciones soberanas: a lo que la Embajada contesta que no dispone de ningún bien en España que no esté destinado al ejercicio de funciones soberanas, defendiendo así por la vía de los hechos una concepción absoluta de la inmunidad de ejecución.

111. Según la cual la actividad del economato no puede interpretarse como básica o fundamental ni para la estricta actividad militar ni para la misión específica del personal militar ni para el mantenimiento de ambos, ya que a través de ella se hacen pagos a proveedores y se paga al personal laboral local, de modo que no ha quedado acreditado que el embargo de la cuenta del economato afecte a la soberanía de los Estados Unidos

## LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN EN LA CONVENCIÓN DE 2004

mente utilizados con estos fines y cuales no”. Por esta vía, se lleva a cabo una interpretación amplia o extensiva del art. 21.1b) de la Convención de 2004. Si bien, la AP ofrece la siguiente “buena esperanza” para resarcir el patrimonio de la citada empresa:

“a parte de todo ello, y tal como se señala en el informe emitido por la Dirección General de Protocolo, Cancillería y Órdenes del Ministerio de Asuntos Exteriores, los Estados Unidos de América conocen su obligación de cumplir de buena fe las sentencias de los tribunales españoles que le afecten, en asuntos que caigan dentro de la jurisdicción de nuestros tribunales y así se desprende del contenido de las notas verbales que la Embajada de los Estados Unidos de América ha dirigido a la expresada Dirección General”<sup>112</sup>.

De este modo, en esta decisión se considera que la cuenta bancaria está afectada a actividades tanto de *iure imperio* como de *iure gestionis*, por lo que no es posible diferenciar qué partes de la cuenta estaban destinadas a unos u otros fines, y se opta por aplicar el principio *pro immunitate*, estableciendo una presunción a favor de la inmunidad de ejecución de los bienes de Estados Unidos, en detrimento de los derechos de una empresa española. A pesar de la ya citada Sentencia del TC 112/2002 en la que se admite la ejecución sobre las cantidades correspondientes a la devolución del IVA de la Embajada de Estados Unidos, las cuales estaban afectadas indistintamente a ambos tipos de actividades. A la luz de este asunto, en la práctica, aunque la tesis relativa haya sido aceptada por los tribunales españoles, de hecho “el cumplimiento efectivo de una sentencia condenatoria va a estar muy supeditada por la ayuda prestada por el propio Estado nacional y, sobre todo, por la buena voluntad que muestre el Estado extranjero”, que en este caso, concerniente a Estados Unidos, ha sido muy escasa, sino inexistente<sup>113</sup>.

Por último, en la STS de 12 de junio de 2005 se “proclama” la inembargabilidad de las cuentas corrientes del Estado extranjero –Guinea Ecuatorial– destinadas al normal funcionamiento de su Embajada y Consulados, “incluso si las cantidades depositadas en Entidades bancarias puedan servir también para la realización de actos en los que no está empeñada la soberanía del Estado extranjero, esto es, a la realización de actividades *iure gestionis* a las que puede no alcanzar la ratio de la inmunidad de los bienes de las misiones diplomáticas y consulares”<sup>114</sup>.

112. Fundamento Jurídico Segundo.

113. SÁNCHEZ PATRÓN, J.M., “La inmunidad de ejecución de los bienes del Estado extranjero: el caso Montasa/EE.UU.”, *REDI*, vol. LVII (2005), 171-185, p. 185.

114. El TS se apoya en el carácter único e indivisible del saldo de la cuenta corriente, y en la imposibilidad de una investigación de las operaciones y de los fondos y destinos de los

JAUME FERRER LLORET

## V. VALORACIÓN Y PROPUESTA DE LEGE FERENDA

1. *Un resultado insatisfactorio para la tutela judicial efectiva de los derechos de los particulares*

Como se ha comprobado, la jurisprudencia española mantiene la tesis relativa de la inmunidad de ejecución, pero sometida a dos grandes límites. Por una parte, con carácter general, no es posible llevar a cabo medidas de ejecución forzosa contra bienes del Estado extranjero que están destinados a actividades *iure imperii*. Por otra, más en particular, se ha de respetar el régimen específico de protección de que gozan los bienes de las misiones diplomáticas y oficinas consulares, incluidas sus cuentas bancarias, así como los bienes de los bancos centrales y los destinados a funciones militares. Por tanto, es posible llevar a cabo medidas de ejecución contra los bienes dedicados a “actividades industriales y comerciales en los que no esté empeñada su potestad soberana por actuar conforme a las reglas del tráfico jurídico-privado”, y *sin que sea necesario que los bienes estén vinculados con el objeto de la demanda presentada contra el Estado extranjero, ni mantengan un nexo con la entidad que ha sido demandada*.

No obstante, en la mayoría de las ocasiones el Estado extranjero no dispone de bienes en España que se encuentren dentro de esta segunda categoría, sobre todo una vez que se acepta que las cuentas bancarias de las misiones diplomáticas y consulares forman parte de los bienes que no pueden ser objeto de ninguna medida de ejecución; por lo que última instancia la tesis relativa defendida por nuestros tribunales, en bastantes casos carece de aplicación práctica. Es más, el asunto *Montasa* ha puesto de manifiesto la reticencia que mantienen los tribunales españoles a la hora de ejecutar las cuentas corrientes de un Estado extranjero, en este caso Estados Unidos, pero cuyo titular no era la Embajada de este Estado. Con lo que los particulares en las más de las veces no van a poder obtener la efectiva tutela de sus derechos reconocidos mediante Sentencia condenatoria contra un Estado extranjero. Debe plantearse, por tanto, qué respuesta jurídica se podría ofrecer ante esta situación insatisfactoria para los derechos de los particulares.

mismos en una cuenta corriente adscrita a una misión diplomática, lo que a su entender, “supondría una interferencia en la actividad de la misión diplomática, contraria a las reglas del DI público”: STS de 13 de junio de 2005 (Sala de lo Civil); Ponente: Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta. La misma doctrina se aplica en la STSJ de Madrid (Sala de lo Social), de 16 de mayo de 2006; Ponente Sr. D. Juanes Fraga, en la que se deniega la ejecución contra la cuenta corriente de la Embajada de la República de Corea en Madrid.

## LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN EN LA CONVENCION DE 2004

*Una primera solución*, consistiría en que el particular acuda a los tribunales internos del Estado extranjero, con el objetivo de que éstos le reconozcan sus derechos, y de conformidad con los mecanismos jurídicos existentes en su ordenamiento jurídico, sea posible la ejecución de sus derechos frente al Estado. Pero para RODRÍGUEZ CARRIÓN, al hilo de su valoración de la STC 107/1992 citada, “lo que no podría considerarse aceptable, y desde luego no lo sugiere el Tribunal constitucional, por la exagerada carga que supondría para el particular lesionado, aunque sea una posibilidad real, es la presentación de una demanda contra el Estado extranjero ante los propios tribunales del Estado extranjero, utilizando el equivalente al recurso contencioso administrativo que su propia legislación regulará”<sup>115</sup>. Esta conclusión se puede discutir en lo que respecta a los litigios que se entablen en Estados europeos y otros Estados como Estados Unidos, Canadá..., cuyos sistemas jurídicos ofrezcan las necesarias garantías al particular que busque ver resarcidos sus derechos vulnerados por el Estado extranjero, en este caso en España. Aún así, se trata de una vía costosa, complicada y de resultado muy incierto. Mientras que la postura que mantiene el citado autor, se debe compartir totalmente en lo que se refiere a la posibilidad de que se entablen litigios en Estados situados en determinados ámbitos regionales (por ejemplo, Estados como Nigeria, Guinea Ecuatorial, Gabón..., por citar Estados que han sido objeto de Sentencias condenatorias por tribunales españoles...); en muchos de estos Estados, el acceso a sus tribunales internos por un particular que ha visto vulnerados sus derechos en España, resultará un ejercicio inútil.

*En segundo lugar*, se ha propuesto el recurso a la protección diplomática (PD), como mecanismo que permitirá que el particular obtenga el resarcimiento de sus derechos, gracias a una reclamación interestatal. A nivel internacional la PD se presenta, al menos en teoría, como un sustituto a la acción interna en aquellos supuestos en los que los tribunales internos han concedido la inmunidad de jurisdicción y/o de ejecución a un Estado, con lo que se ha impedido que el particular obtenga la tutela judicial de sus derechos. En este caso, quedaría abierta la vía internacional de la PD. Para que ello sea posible, se debe dar una continuidad entre la imputación del acto al Estado, según lo concibe el derecho de las inmunidades jurisdiccionales, y la imputación del acto al Estado de conformidad con el Derecho de la responsabilidad internacional del Estado. Asimismo, es necesario que ese acto sea contrario al DI, y no solamente al derecho interno. Además, para que sea posible el ejercicio de la PD, se tienen que superar varios obstáculos: en primer lugar, se deben ago-

115. RODRÍGUEZ CARRIÓN, A.J., *Lecciones de Derecho Internacional Público*, 6ª ed., Madrid, 2006, p. 94.

JAUME FERRER LLORET

tar los recursos internos del Estado contra el que se ejerce la PD, con las dificultades que ello supone, a las que se acaba de hacer referencia. Asimismo, se deberá cumplir el requisito de la nacionalidad. Tampoco hay que olvidar el carácter discrecional que presenta la PD, como derecho que se puede ejercer o no, según decida el Gobierno de cada Estado<sup>116</sup>. En fin, se van a presentar dificultades a la hora de que la controversia objeto de la PD sea resuelta por alguna jurisdicción internacional, dada su base claramente consensual. Todas estas condiciones y dificultades, sirven de explicación al siguiente balance: hasta la fecha no se tiene noticia de ningún asunto en el que el Gobierno español haya hecho uso de la PD en el caso de que no haya sido posible la ejecución de una sentencia contra un Estado extranjero; tampoco se tiene noticia de ningún precedente en otros Estados europeos o de otros ámbitos regionales<sup>117</sup>.

116. En su sesión de 2006 la CDI ha aprobado en segunda lectura el proyecto de artículos sobre PD, y “decidió recomendar a la Asamblea General la elaboración de una convención basada en el proyecto de artículos sobre la PD”: *Informe de la CDI sobre su 58º periodo de sesiones*, A/61/10, párrafo 46. Mediante su Resolución 61/35 la AG toma nota del proyecto de artículos e invita a los gobiernos a que formulen observaciones respecto de la propuesta hecha por la CDI sobre la celebración de una conferencia codificadora. Más en concreto, de conformidad con el Proyecto de la CDI, además de regularse las condiciones relativas a la nacionalidad de la víctima (con excepciones en el caso de los apátridas y refugiados) y al agotamiento de recursos internos, se mantiene el carácter discrecional del ejercicio de la PD; si bien en el art. 19, titulado “Práctica recomendada”, se hace una propuesta según la cual el Estado que tiene derecho a ejercer la PD “debería”: “a) Considerar debidamente la posibilidad de ejercer la PD, especialmente cuando se haya producido un perjuicio grave; b) tener en cuenta, siempre que sea factible, la opinión de las personas perjudicadas en cuanto al recurso a la PD y a la reparación que deba tratarse de obtener; y c) transferir a la persona perjudicada toda indemnización que se obtenga del Estado responsable por el perjuicio, a excepción de cualesquiera deducciones razonables”. En sus Comentarios, la CDI explica el alcance de esta disposición del siguiente modo: “Hay ciertas prácticas de los Estados en la esfera de la PD que no han adquirido todavía la condición de normas consuetudinarias y que no se pueden transformar en normas jurídicas mediante el desarrollo progresivo del derecho. Son, a pesar de ello, prácticas deseables, que constituyen características necesarias de la PD y refuerzan a ésta como medio de protección de los derechos humanos y la inversión extranjera... esa disposición recomienda que los Estados ‘deberían’ observar determinadas prácticas. El uso de un lenguaje de esa índole, de carácter recomendatorio y no imperativo, no es desconocido en materia de tratados, aunque no pueda decirse que sea frecuente en ellos”: *ibid.*, pp. 106-107.

117. Esta problemática ha sido abordada por los tribunales de otros Estados, como es el caso de Sudáfrica; en el asunto *Roothman v. The President of the Republic of South Africa and Others*, Sentencia de la Corte Suprema de Apelación, de 31 de mayo de 2006, se sostiene que en el caso de que un particular no pueda ejecutar la deuda de quince millones de dólares contra la República Democrática del Congo sobre bienes que este Estado tenga en Sudáfrica, si bien el Gobierno de Sudáfrica puede llevar a cabo gestiones diplomáticas dirigidas a apoyar al acreedor en su reclamación, los tribunales de Sudáfrica no pueden imponer ninguna obligación, ni el demandante tiene derecho a solicitar que el Gobierno sudafricano lleve a cabo tales negociaciones diplomáticas (y mucho menos que ejerza la PD) de conformidad con el

## LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN EN LA CONVENCIÓN DE 2004

Visto que el DI en vigor no ofrece soluciones que permitan la protección de los derechos de los particulares ante supuestos en los que se reconozca la inmunidad de ejecución, conviene plantear, al hilo del proceso de ratificación y, en su caso, desarrollo legislativo, de la Convención de 2004 por parte de España, qué opciones de *lege ferenda* se presentan en este tema.

## 2. La ratificación y desarrollo legislativo de la Convención de 2004

En lo que se refiere a la *ratificación de este tratado*, como se ha adelantado en la Introducción, en su conjunto el proceso codificador que ha desembocado con la Convención de 2004, merece una valoración moderadamente positiva. Las soluciones que ofrece este proceso codificador, al menos ofrecen una mayor seguridad jurídica en este sector de normas gracias a *un tratado con vocación universal*; por tanto, están en sintonía con los intereses de España, como potencia media y Estado miembro de la UE firmemente comprometido con la consolidación del Estado de derecho en el ámbito de las relaciones internacionales<sup>118</sup>. En consecuencia, cabe propugnar que España ra-

sistema constitucional de este Estado. En el ámbito de las inmunidades de jurisdicción y de ejecución de las OI, merece ser citado el asunto *Consortium X v Swiss Federal Government*, Sentencia del Tribunal Federal de 2 de julio de 2004, en el que el Tribunal Suizo sostiene que el Gobierno suizo no tiene ningún deber de ejercer la PD en el supuesto de que se reconozca la inmunidad de jurisdicción y de ejecución de una OI cuya sede se encuentra en Suiza y, por tanto, los particulares no puedan ver protegidos sus derechos ante los tribunales suizos.

118. Como ya se ha apuntado en la Introducción, con carácter general la negociación y adopción de la Convención de 2004, prueba que el proceso codificador que protagoniza en una primera etapa la CDI, todavía puede ofrecer resultados que por lo menos aporten una mayor seguridad jurídica; frente a la indeterminación que caracteriza en bastantes ámbitos normativos al Derecho consuetudinario. En este caso, nada menos que el que regula como se articulan las relaciones jurídicas, entre particulares y Estados extranjeros, en el ordenamiento jurídico y ante los tribunales del Estado del foro; sector de normas en el que la práctica de los tribunales internos de las últimas décadas no ha sido en absoluto general, constante y uniforme. Conviene insistir, pues, en que la adopción de la Convención de 2004, *tratado con vocación universal*, puede aportar una buena dosis de certidumbre jurídica en este sector de normas. Además, este convenio pone a disposición de los Estados que lo ratifiquen, un mecanismo de solución de controversias (art. 27, en el que se prevé el recurso a la negociación, al arbitraje internacional y a la CIJ), que de aplicarse de forma efectiva podría dar lugar a una jurisprudencia a nivel internacional, con la que se concretaría el alcance de las disposiciones de este tratado. A buen seguro, si la Convención de 2004 no incorpora soluciones más innovadoras o progresistas, en defensa de los derechos de los particulares, se debe a que entre los 192 Estados miembros de NU, no ha sido posible llegar a acuerdos generales que asuman este tipo de soluciones, en aplicación de la técnica del consenso. Sin perjuicio de que como se decía en una famosa película, siempre nos quede Estrasburgo; el Consejo de Europa

JAUME FERRER LLORET

tifique este convenio<sup>119</sup>. Si bien, España podrá hacer uso de las reservas y de las declaraciones interpretativas para una mejor defensa de sus intereses.

En el ámbito del objeto del presente estudio referido a la inmunidad de ejecución, en primer lugar con relación al art. 19 c) cabe plantear si España debe formular una reserva según la cual se excluye de la aplicación de este precepto, el requisito de que exista un “nexo” o “vínculo” entre el bien del Estado que se pretenda ejecutar y la entidad contra la cual se haya incoado el proceso. Como se ha comprobado, los tribunales españoles no exigen el cumplimiento de este requisito para llevar a cabo la ejecución de una sentencia contra los bienes del Estado extranjero destinados a fines distintos de los fines oficiales no comerciales que se encuentren en territorio español. Además, siguiendo el ejemplo de Noruega, España podría manifestar que el art. 18 del Proyecto no impide la adopción de medidas coercitivas previas al fallo contra bienes del Estado que cumplan las condiciones del art. 19 c), como el TC parece haber admitido en alguna de sus Sentencias ya citadas (STC 292/1994). Con estas dos reservas, España demostraría su compromiso a favor de la tutela judicial efectiva de derechos de los particulares, pero siempre en lo que respecta a los bienes del Estado que se utilicen específicamente o se destinen a su utilización por el Estado extranjero para fines distintos de los fines oficiales no comerciales y se encuentren en territorio español. De este modo, se ofrecería algún resquicio más a los particulares para que las sentencias contra Estados extranjeros pudieran ser ejecutadas en el ordenamiento interno español, frente a los obstáculos casi insalvables que presentan los arts. 18 a 21 de la Convención de 2004.

España adoptaría así una posición situada en el terreno del desarrollo progresivo del DI, favorable a la efectiva realización del derecho a la tutela judicial efectiva. Pero, claro está, siempre a expensas de la aceptación de estas re-

o, en su caso, Bruselas, la UE, para tratar de poner en práctica, en el ámbito regional, como *Derecho internacional particular*, soluciones más comprometidas con la defensa de los derechos de los particulares, en el ámbito de las excepciones a la inmunidad de jurisdicción y sobre todo de ejecución, como a continuación se defenderá. A buen seguro, la Convención de 2004 por sí sola no puede resolver las divergencias o tensiones que en este sector de normas se planteen entre particularismo y universalismo. Su solución pasa necesariamente, como por ejemplo ocurre en materia de derechos humanos, por lograr la compatibilidad y la coherencia de las soluciones convencionales que se adopten en los planos universal y regional o particular.

119. De conformidad con el procedimiento previsto en el art. 94.1.e) de la CE, según el cual, “la prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos: ... e) Tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución”.

## LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN EN LA CONVENCIÓN DE 2004

servas por parte del resto de Estados que ratifiquen la Convención de 2004. En esta dirección, se ha afirmado, después del análisis de la jurisprudencia de *los Estados europeos*, que la práctica a este respecto no es del todo homogénea, pero “the fact that many national courts do not even discuss a nexus requirement indicates that they look only at the purpose of the property concerned without requiring a specific connection or nexus”<sup>120</sup>. Es decir, es probable que una reserva del alcance propuesto fuera aceptada, a condición de reciprocidad obviamente, por una parte de los Estados europeos; pero muy posiblemente sería rechazada por Estados de otras latitudes geográficas, e incluso también por algunos Estados europeos<sup>121</sup>. En efecto, la formulación de dos reservas con el señalado contenido podría poner en peligro el equilibrio alcanzado, a *nivel universal*, con la adopción por consenso de la Convención de 2004; consenso en el que han participado Estados de todas las latitudes geográficas y con sistemas políticos y económicos muy diversos. En otros términos, la formulación de las dos mencionadas reservas podría recibir el rechazo frontal de otros Estados, como por ejemplo China, que han aceptado la regulación contenida en los arts. 18 a 21 como una solución de compromiso<sup>122</sup>.

120. REINISCH, A., “European Court...”, *loc. cit.*, p. 823.

121. Por ejemplo, de conformidad con el art. 401 del Código procesal civil de la Federación Rusa, en vigor desde febrero de 2003, “arrest of property of a foreign State located on the territory of the Russian Federation, taking against that property other measures of constraint, attachment against that property of a decisión of a court may be taken only with the consent of the competent authorities of the respective State, unless otherwise provided by an international treaty of the Russian Federation or by a federal law”: citado por REINISCH, A., “European Court...”, *loc. cit.*, p. 817.

122. En sus Observaciones de 2001, China exigía el cumplimiento de tres condiciones para poder llevar a cabo medidas coercitivas: “a) los bienes deben estar situados en el territorio del Estado del foro; b) los bienes deben ser utilizados o estar destinados a ser utilizados específicamente por el Estado para fines que no sean un servicio público no comercial; c) los bienes deben tener relación con la demanda objeto del proceso o con el organismo o institución contra los que se haya incoado el proceso. La última condición tiene una importancia especial, ya que es un criterio importante para diferenciar los bienes de un Estado de los de una empresa estatal u otra entidad, y para diferenciar los bienes de las diversas empresas estatales y otras entidades... las obligaciones de una empresa estatal u otra entidad que esté dotada de personalidad jurídica propia deben satisfacerse con los bienes de esta empresa estatal u otra entidad y no con los bienes del Estado a que ésta pertenece o con los bienes de otras empresas o entidades. De modo análogo, las obligaciones de un Estado sólo deben satisfacerse con bienes que están en posesión directa del gobierno central de ese Estado y no con los bienes de sus empresas estatales u otras entidades. La falta de una delimitación estricta de los bienes sujetos a medidas coercitivas invita a un posible uso indebido de tales medidas por parte de un tribunal con respecto a los bienes del Estado demandado o los bienes de otras empresas estatales o entidades no relacionadas con el proceso, y podría causar incertidumbre y discrepancias en la aplicación de medidas coercitivas por parte de los tribunales nacionales”: A/56/291, p. 5.

JAUME FERRER LLORET

Desde esta perspectiva, la formulación de estas dos reservas constituiría un ejercicio un tanto arriesgado y de resultados inciertos. Por ello, en vez de la vía unilateral a través de la formulación de reservas en el momento de la ratificación de la Convención de 2004, si lo que se pretende es la salvaguarda del derecho a la tutela judicial efectiva, cabe que España, en una primera etapa, propugne que sean los Estados europeos los que adopten soluciones más progresistas a nivel regional, en el Consejo de Europa o en su defecto la UE; soluciones que a medio o largo plazo, en una segunda etapa, podrían tratar de exportar al ámbito universal, mediante la elaboración de un Protocolo a la Convención de 2004. En esta dirección, sería muy conveniente que las autoridades españolas tratarán de acordar una misma solución jurídica con sus homólogos europeos –sino con todos los Estados que componen el Consejo de Europa, al menos con los Estados miembros de la UE y Estados candidatos–, con la finalidad de coordinar una postura jurídica seguida por un grupo de Estados cuantitativa y cualitativamente relevante. Por esta vía, la ratificación de la Convención de 2004 podría ser aprovechada como motor para negociar un tratado en el Consejo de Europa, con el que se desarrolle y complete la regulación adoptada a nivel universal en el seno de NU.

La misma prudencia merece la posibilidad de que se formulen otras reservas o declaraciones en este ámbito, en particular con relación al art. 21.1.a), en el sentido de que sí sea posible la ejecución de sentencias dictadas contra Estados extranjeros contra los fondos de las cuentas bancarias de sus Embajadas o Consulados, en la medida en que no se perturbara el normal funcionamiento de las actividades que estas instituciones llevan a cabo en el Estado del foro, *admitiendo que en estos casos la carga de la prueba recaiga sobre el Estado extranjero*. Solución esta que como se ha comprobado, ha sido objeto de debate con ocasión de algunas de las decisiones dictadas por los tribunales españoles, incluido el TC, en particular en los casos en los que la escasa cantidad de dinero a la que había sido condenado el Estado extranjero, aparentemente no podía afectar al normal funcionamiento de Embajadas y Consulados. No obstante, la práctica internacional no confirma esta propuesta, que se sitúa en el terreno de la *lege ferenda*, por lo que España, con la finalidad de evitar la confrontación jurídica con una buena parte de Estados que ratifiquen la Convención de 2004, no debería asumir los riesgos que con bastante probabilidad conlleva la defensa de esta postura jurídica, al menos *a nivel universal*. Siempre sin perjuicio de los desarrollos convencionales que se adopten en el ámbito regional europeo y aplicables a los Estados europeos que ratifiquen esta normativa convencional, como *lex specialis*, frente a la Convención de 2004.

## LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN EN LA CONVENCIÓN DE 2004

*Por lo que se refiere al desarrollo legislativo a nivel interno de este sector de normas*, en aras de conseguir una mayor seguridad jurídica y así facilitar la tarea a nuestros jueces y tribunales y en general a todos los operadores jurídicos, España se debería dotar de legislación interna con la que manifieste expresamente su posición jurídica en esta materia, recogiendo las soluciones que ya están resueltas en la Convención de 2004, y asimismo, matizando, desarrollando, completando y solventando aquellas otras cuestiones respecto de las que la Convención de 2004 no ofrece una respuesta o lo hace de forma incompleta. Con relación a las excepciones a la inmunidad de ejecución, cabe plantear si en la legislación española no debería exigirse el requisito de que exista un “nexo” o “vínculo” entre el bien del Estado que se pretenda ejecutar y la entidad contra la cual se haya incoado el proceso. Asimismo, se puede discutir si en la legislación española debería permitirse la adopción de medidas coercitivas previas al fallo, como así ha sido defendido por Noruega. No obstante, según se acaba de insistir sería muy conveniente que España consiguiera el respaldo de, por lo menos, los Estados miembros –y Estados candidatos– de la UE en la defensa de una posición progresista en el ámbito de la inmunidad de ejecución como la que se acaba de proponer, a los efectos de que la aplicación de esta legislación sea posible en lo que se refiere a los Estados europeos. Ya que esta posición aparentemente progresista, no es compartida por un buen número de Estados de otras latitudes, e incluso en algún caso de Europa –Francia–, por lo que la aplicación unilateral por España de legislación interna que sea contraria al consenso alcanzado con la Convención de 2004, podría convertirse en una fuente de controversias jurídicas con terceros Estados; no parece aconsejable que España desarrolle su legislación en esta dirección con efectos *erga omnes*, frente a todos los Estados.

*Por último*, se ha propuesto el recurso al instituto de la responsabilidad patrimonial de la administración española. En este sentido, al hilo de la valoración de algunas sentencias de tribunales españoles<sup>123</sup>, en las que se aplica la doctrina sentada en la Sentencia del TC 107/1992 y ante la situación en la que no fuera posible la ejecución de una Sentencia en aplicación de la inmunidad de ejecución que protege los bienes de los Estados extranjeros destinados a actividades *iure imperio*, de conformidad con el DI en vigor, ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA recuerda que en la citada Sentencia del TC se sugería la posibilidad de que el Estado asumiera el “deber de satisfacer la obligación judi-

123. En su comentario a las Sentencias de la AP de Madrid (Sección 18ª) de 27 de septiembre de 1993, y del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social), de 21 de diciembre de 1993: Ponente: Sr. Pereda Amán.

JAUME FERRER LLORET

cialmente declarada, cuando la inejecución de la misma pudiera suponer un sacrificio especial para el justiciable contrario al principio de igualdad ante las cargas públicas”. En su opinión, se debe tener en cuenta a este respecto el argumento del que hacen uso los tribunales españoles a partir de la STS de 16 de noviembre de 1974 para justificar el pago de indemnizaciones en los casos en los que el Gobierno español no ejerce la PD, en aplicación del art. 106 de la CE y la legislación administrativa de desarrollo. La no ejecución de una sentencia condenatoria contra un Estado extranjero podría suponer una lesión en el patrimonio del particular causada por el funcionamiento de un servicio público, en este caso los tribunales españoles, de conformidad con los compromisos jurídico internacionales que ha contraído España; lesión patrimonial que podría afectar al principio de igualdad ante las cargas públicas, al que se hace referencia en la mencionada jurisprudencia<sup>124</sup>. Desde esta perspectiva, la citada autora propone la creación de *un fondo de compensación* financiado por el MAE y destinado a indemnizar a los particulares cuyos derechos hayan sido vulnerados por Estados extranjeros, sin que hayan podido obtener una satisfacción patrimonial a causa de la inmunidad de ejecución de que disfrutaban los Estados extranjeros<sup>125</sup>.

No obstante, a salvo la muy particular legislación de Estados Unidos, en la que se prevé que sea el propio Gobierno estadounidense el que haga efectivas, en parte, las cantidades concedidas por sus tribunales internos respecto de demandas presentadas de conformidad con la modificación de la FSIA de 1996 con relación a los Estados que apoyen o respalden actos de terrorismo<sup>126</sup>; lo cierto es que no se tiene noticia de ningún Estado en cuya legisla-

124. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, P., “Jurisprudencia”, *REDI*, vol. XLVI (1994), p. 727.

125. ANDRÉS SÁENZ DE SANTAMARÍA, M.P., “El estatuto...”, *loc. cit.*, p. 133. Solución esta que, sustancialmente, ha sido defendida por otros autores en la doctrina, como es el caso de CASANOVAS Y LA ROSA, quien después de citar a la STC 18/1997, se pronuncia en la siguiente dirección: “Esta referencia a la posible exigencia de responsabilidades apunta a una posible indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración basada en el art. 106.1 de la Constitución española y el art. 40.1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. De todas las posibilidades de defensa de sus derechos por los particulares seguramente ésta es quizás la vía más eficaz de las apuntadas por nuestra jurisprudencia para los casos de inmunidad de jurisdicción o ejecución. La mejor solución, sin duda, sería establecer en nuestro ordenamiento un fondo de garantía que diera cobertura a las reclamaciones de los particulares, con absoluta independencia de la colaboración del Ministerio de Asuntos Exteriores”: CASANOVAS Y LA ROSA, O., “La inmunidad del Estado”, en DÍEZ DE VELASCO, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 16ª ed., Madrid, 2007, 312-331, p. 328; en la misma dirección, GONZÁLEZ VEGA, J.A., “Jurisprudencia”, *REDI*, vol. L (1998), 214-217, p. 217.

126. Práctica estudiada por FERRER LLORET, J., “La inmunidad de jurisdicción del Estado ante violaciones graves de los derechos humanos”, *REDI*, vol. (LIV) 2007, en prensa.

## LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN EN LA CONVENCIÓN DE 2004

ción interna se haya previsto la creación de un fondo de compensación con el mencionado alcance. A este respecto, se ha señalado que no resulta en absoluto realista esperar que el Estado español esté dispuesto a ejercer la PD, o, en su defecto, a asumir como Estado del foro, la obligación de satisfacer la obligación judicialmente establecida, en los casos en los que no sea posible la ejecución de la sentencia dictada contra un Estado extranjero, convirtiéndose el Estado español nada menos que en garante de los Estados extranjeros; desde luego, España se situaría como un país pionero en esta materia<sup>127</sup>.

Con todo, conviene reiterar la conveniencia de que se establezca un fondo de compensación con el alcance ya explicado, al menos para hacer efectivas las sentencias dictadas por los tribunales españoles *en el ámbito de las excepciones a la inmunidad de jurisdicción en materia laboral y la referida a las lesiones corporales* reguladas en los arts. 11 y 12 de la Convención de 2004. En estos casos, por la propia naturaleza de los bienes jurídicos objeto de protección, resulta especialmente criticable que el ordenamiento internacional y, en concreto, el ordenamiento interno español, no ofrezcan la debida seguridad jurídica; en el sentido de que las normas sobre inmunidad de jurisdicción y de ejecución del Estado y de sus bienes no impedirán la satisfacción patrimonial de los derechos del particular<sup>128</sup>. Sin perjuicio del buen funcionamiento de los seguros obligatorios de circulación, resulta especialmente grave que el particular tenga que soportar las normas internacionales que benefician al Estado extranjero en lo que se refiere a la inmunidad de ejecución, en el caso de que el particular sufra lesiones –o incluso pierda la vida–, responsabilidad del Estado extranjero. Además, se debe destacar que los seguros de circulación no serán siempre de aplicación, por ejemplo cuando se produzcan violaciones graves de los derechos humanos, como ocurrió en el conocido asunto *Letelier. Mutatis mutandis*, son igualmente dignos de protección sus derechos laborales incumplidos por un Estado extranjero, supuesto este último que se ha planteado ante los tribunales españoles con bastante frecuencia; también sin perjuicio del recurso a los mecanismos de garantía salarial previstos en el ordenamiento interno español (FOGASA...).

Por su parte, en lo que se refiere a *las excepciones a la inmunidad de jurisdicción de naturaleza fundamentalmente económica*, reguladas en los arts.

127. Cfr. SORIA JIMÉNEZ, A., *La excepción...*, *op. cit.*, pp. 199-200.

128. Esta misma conclusión se debe defender en el caso de que se apliquen otras inmunidades, como las que benefician a los agentes diplomáticos y a los funcionarios consulares, o las que disfrutaban las OI en el Estado sede, y las representaciones de los Estados miembros ante estas últimas.

JAUME FERRER LLORET

10 (transacciones mercantiles), 13 (propiedad, posesión y uso de bienes), 14 (propiedad intelectual e industrial), 15 (participación en sociedades u otras colectividades), 16 (buques de propiedad de un Estado o explotados por un Estado) y 17 (efectos de un convenio arbitral), también cabría propugnar que la inexecución de sentencias sea subsidiariamente cubierta mediante el fondo de compensación propuesto. Si bien, se debe ser consciente de que la práctica de los Estados no se orienta en esta dirección, entre otras razones porque en ocasiones las excepciones a la inmunidad de jurisdicción y de ejecución se aplican en beneficio de grandes empresas, cuyo potencial económico puede ser superior incluso al del propio Estado extranjero. Desde luego, toda persona física o jurídica que desarrolle relaciones económicas con un Estado extranjero, debe ser consciente del riesgo que está asumiendo, en el marco de las normas internacionales que regulan la inmunidad de jurisdicción y de ejecución del Estado extranjero, recientemente objeto de codificación *a nivel universal* gracias a la Convención de 2004.

Como solución más viable, que quizás pueda ser asumida al menos por los Estados industrializados, también se podría aplicar el propuesto fondo de compensación al ámbito de las excepciones a la inmunidad de jurisdicción de naturaleza económica, pero sólo para cubrir una cantidad máxima de indemnización (por ejemplo, entre 10.000 y 20.000 euros). Como tampoco conviene que España actúe como un Quijote y asuma una posición unilateral a la hora de hacer frente por sí sola y con el presupuesto público español, a la problemática que presenta la inmunidad de ejecución, debería coordinarse en este tema con el resto de Estados europeos; si no es posible con todos los Estados que forman el Consejo de Europa, al menos con sus socios en la UE, con el objetivo de que se aplicará el fondo de compensación en todos sus Estados miembros y respecto de todos los nacionales comunitarios.

### Resumen

Desde la óptica de la efectiva protección de los derechos de los particulares que entablan relaciones jurídicas con un Estado extranjero, las soluciones que ofrece la Convención de 2004 en el ámbito de la inmunidad de ejecución, deben ser calificadas de conservadoras; ya que en bastantes casos esta regulación no permitirá la ejecución de las sentencias dictadas por los tribunales del foro contra un Estado extranjero. Como se ha demostrado en la práctica reciente de los tribunales internos, y más en particular de los tribunales españoles. En efecto, a pesar de los esfuerzos llevados a cabo por nuestro TC para llevar a cabo una interpretación del art. 24.2 de la Constitución que resulte compatible con la normativa internacional que regula la inmunidad de jurisdicción y de ejecución del Estado extranjero, en la práctica forense en bastantes asuntos los particulares no han podido obtener la tutela judicial efectiva de sus derechos mediante la ejecución de la sentencia dictada contra un Estado extranjero. Ante esta

## LA INMUNIDAD DE EJECUCIÓN EN LA CONVENCIÓN DE 2004

situación, cabe demandar la creación de un *fondo de compensación* financiado por el MAE y destinado a indemnizar a los particulares que sufran un perjuicio patrimonial a causa de la inmunidad de ejecución de que disfrutaban los Estados extranjeros. Si bien, a la hora de aplicar esta propuesta, España debería coordinarse al menos con sus socios en la UE.

**Abstract**

From the point of view of the effective protection of the rights of individuals who enter into legal relations with a foreign State, the remedies granted by the 2004 Convention in the field of enforcement immunity, must be described as conservative, since in many occasions this regulation does not allow the enforcement of the judgements passed by the court of the forum against a foreign State. This has been shown by the recent practice developed by domestic tribunals, especially in Spain. Indeed, despite the efforts of our Constitutional Court to make compatible through its interpretations article 24.2 of the Constitution with the international regulation of jurisdictional and enforcement immunity of the foreign State, the practice has left many individuals unable to receive the effective judicial protection of their rights through the enforcement of judgements passed against foreign States. Faced with the situation described it seems appropriate to create a *compensation fund*, financed by the Foreign Affairs Ministry, in order to indemnify the individuals who suffer a pecuniary loss as a consequence of the enforcement immunity enjoyed by foreign States. Even if before undertaking this project, Spain should coordinate its actions at least with its EC partners.

