

---

ESTUDIOS	Los conflictos normo-culturales en el ámbito familiar CRISTINA CAMPIGLIO	5
	Desafíos y tendencias en el actual Derecho Internacional Privado europeo de los contratos HILDA AGUILAR GRIEDER	23
	The <i>China-Rare Earths</i> WTO Dispute: A Precious Chance to Revise the <i>China-Raw Materials</i> . Conclusions on the Applicability of GATT Article XX to China's WTO Accession Protocol ELISA BARONCINI	49
	El concepto de actividad profesional «dirigida» al Estado miembro del consumidor: <i>stream-of-commerce</i> ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ	70
	El valor de los Incoterms para precisar el juez del lugar de entrega ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ	93
	El tratamiento legal del contrato de viaje combinado en el Derecho internacional privado SILVIA FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR	123
	¿Qué Derecho internacional privado queremos para el siglo XXI? FEDERICO F. GARAU SOBRINO	140
	Eficacia internacional de las nacionalizaciones sobre las marcas de empresa: el asunto «Havana Club» ante los tribunales españoles AURORA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ. CAROLINA MACHO GÓMEZ	159
	El criterio del <i>International Stream-of-Commerce</i> y los foros de competencia en materia de contratos electrónicos celebrados con consumidores RAÚL LAFUENTE SÁNCHEZ	177
	Sobre la ley aplicável ao contrato de seguro perante o regulamento Roma I LUÍS DE LIMA PINHEIRO	202
	La futura orden europea de retención de cuentas para simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil ROSAL MIQUEL SALA	217
	La práctica de prueba en materia civil y mercantil en la Unión Europea en el marco del Reglamento 1206/2001 y su articulación con el Derecho español ALFONSO YBARRA BORES	248
	La liberación progresiva del comercio de servicios: a vuelta con la formulación de políticas públicas PABLO ZAPATERO	266

---

VARIA	Los derechos de los viajeros en la Unión Europea: a propósito de la comunicación de la comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 19 de diciembre de 2011 BELÉN GARCÍA ÁLVAREZ	284
	Alcance de la competencia exclusiva del reglamento 44/2001 en materia de sociedades y personas jurídicas: comentario a la STJCE de 12 mayo 2011 BVG NATIVIDAD GOÑI URRIZA	300
	Accidentes aéreos y <i>forum non conveniens</i> . Algunas cuestiones en torno al asunto Honeywell en España AURORA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ	307
	El contrato de trabajo de marinos a bordo de buques mercantes (A propósito de la STJUE de 15 diciembre 2011, <i>Jan Voogsgeerd y Navimer SA</i> , As. C-384/10) PILAR MAESTRE CASAS	322
	Nuevas iniciativas contra la trata de personas: la implicación de todos los actores (el papel de los particulares) ALBERTO MUÑOZ FERNÁNDEZ	342
	De nuevo una sentencia del TJUE sobre un demandado cuyo domicilio se desconoce en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I M <sup>a</sup> ÁNGELES RODRÍGUEZ VÁZQUEZ	356
	Entra en vigor el acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI) entre España y Vietnam de 20 de febrero de 2006 JOSÉ ÁNGEL RUEDA GARCÍA	367
	Las reglas de Rotterdam y el seguro marítimo de mercancías. Su influencia en el proyecto de ley general de navegación marítima: la duración de la cobertura BÁRBARA DE LA VEGA JUSTRIBÓ	384
	Shortcomings and Disadvantages of Existing Legal Mechanisms to Hold Multinational Corporations Accountable for Human Rights Violations NICOLÁS ZAMBRANA TÉVAR	398
SOBRE CDT	Normas de publicación	411

## ***Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)***

ISSN 1989-4570 - [www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt)

### **Directores**

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA  
(Univ. Carlos III de Madrid)

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ  
(Univ. Murcia)

### **Secretaría de Redacción**

CELIA M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ  
(Univ. Carlos III de Madrid)

### **Consejo Asesor**

PILAR BLANCO-MORALES LIMONES  
(Univ. Extremadura)

ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ  
(Univ. Carlos III de Madrid)

MARÍA DEL PILAR DIAGO DIAGO  
(Univ. Zaragoza)

DIEGO PEDRO FERNÁNDEZ ARROYO  
(Univ. Complutense de Madrid)

FEDERICO F. GARAU SOBRINO  
(Univ. Islas Baleares)

PEDRO-PABLO MIRALLES SANGRO  
(Univ. Nacional de Educación a Distancia)

ANDRÉS RODRÍGUEZ BENOT  
(Univ. Pablo de Olavide)

JULIANA RODRÍGUEZ RODRIGO  
(Univ. Carlos III de Madrid)

### **Comité Científico**

CARMEN ALONSO LEDESMA  
(Univ. Complutense de Madrid)

TITO BALLARINO  
(Univ. Padova)

STEFANIA BARIATTI  
(Univ. Milano)

JÜRGEN BASEDOW  
(Max Planck Institut  
für ausländisches und internationale  
Privatrecht, Hamburg)

CRISTINA CAMPIGLIO  
(Univ. Pavia)

JEAN-YVES CARLIER  
(Univ. Louvain / Univ. Liège)

PIETRO FRANZINA  
(Univ. Ferrara)

HELÈNE GAUDEMET-TALLON  
(Univ. Paris II - Panthéon-Assas)

JAVIER GÓMEZ GÁLLIGO  
(Letrado DGRN)

STEFAN LEIBLE  
(Univ. Bayreuth)

LUÍS DE LIMA PINHEIRO  
(Univ. Lisboa)

ULRICH MAGNUS  
(Univ. Hamburg)

PETER MANKOWSKI  
(Univ. Hamburg)

HEINZ PETER MANSEL  
(Univ. Köln)

DIETER MARTINY  
(Max Planck Institut  
für ausländisches und internationale  
Privatrecht, Hamburg)

JESÚS R. MERCADER UGUINA  
(Univ. Carlos III de Madrid)

RUI MANUEL MOURA RAMOS  
(Univ. Coimbra)

HORATIA MUIR-WATT  
(Univ. Paris I Panthéon-Sorbonne)

DÁRIO MOURA VICENTE  
(Univ. Lisboa)

JORGE OVIEDO ALBÁN  
(Univ. La Sabana)

LUCIANO PAREJO ALFONSO  
(Univ. Carlos III de Madrid)

CATHERINE PRIETO  
(Univ. Paris I Panthéon-Sorbonne)

JUANA PULGAR EZQUERRA  
(Univ. Complutense de Madrid)

MARCOS SACRISTÁN REPRESA  
(Univ. Valladolid)

FRANCESCO SALERNO  
(Univ. Ferrara)

TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO  
(Univ. Carlos III de Madrid)

LUIS A. VELASCO SAN PEDRO  
(Univ. Valladolid)

ALESSANDRA ZANOBETTI  
(Univ. Bologna)

Área de Derecho Internacional Privado - Despacho 4.0.01

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

c/ Madrid 126-128

28903 Getafe (Madrid) SPAIN

Teléfono: +34 91 624 89 35

Correo electrónico: [celiamaria.caamina@uc3m.es](mailto:celiamaria.caamina@uc3m.es)

Página web: <http://www.uc3m.es/cdt>

Composición: [Tallergraficoyeditorial.com](http://Tallergraficoyeditorial.com) - Universidad Carlos III de Madrid

ESTUDIOS

# LOS CONFLICTOS NORMO-CULTURALES EN EL ÁMBITO FAMILIAR

CRISTINA CAMPIGLIO

*Catedrática de Derecho Internacional  
Universidad de Pavia (Italia)*

Recibido: 29.03.2012 / Aceptado: 11.04.2012

**Resumen:** El tema de la relación entre Derecho internacional privado e identidad cultural, así como de la posible transformación del conflicto de leyes en conflicto de civilizaciones, desde hace años es el objeto de profundos estudios doctrinales. La integración de la problemática de los derechos humanos dentro del Derecho internacional privado brinda la oportunidad de volver a leer la tradicional técnica de conflictos a la luz del método elaborado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la hora de realizar un balance de los intereses contrapuestos.

**Palabras clave:** identidad cultural, familia, orden público, derechos humanos, proporcionalidad de interferencia.

**Abstract:** The relation between private international law and cultural identity, as well as the possible transformation of the conflict of laws in a conflict (clash) of civilizations, have been dealt with by depth recent studies. The integration between problems related to human rights and private international law offers the opportunity to read the traditional conflictual technique in the light of the method that the European Court of Human Rights has elaborated in order to balance the conflicting interests.

**Key words:** cultural identity, family, public order, human rights, proportionality of interference.

**Sumario:** I. Introducción. La teoría del conflicto de civilizaciones (*Clash of Civilizations*). II. Cultura y defensa de la identidad cultural. III. Multiculturalismo y conflictos normo-culturales: el caso del Derecho islámico. IV. El Islam en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. V. Modelos de convivencia con el Islam 1. El modelo multiculturalista inglés y el modelo asimilacionista francés. 2. El modelo «mixto» italiano. VI. El asedio jurisprudencial. 1. Conflictos de ley y derechos humanos: ¿una relación difícil? 2. Un límite común al pluralismo cultural. 3. El límite a la aplicación del Derecho islámico. VII. Conclusiones.

## I. Introducción. La teoría del conflicto de civilizaciones (*Clash of Civilizations*)

1. Por tradición los Estados Unidos se ofrecen como factor propulsor en la evolución del pensamiento político y jurídico del resto del mundo, gracias a su influencia económica y cultural. Los eventos geo-políticos de los últimos treinta años —en primer lugar la superación de la Guerra Fría y la globalización, con la consiguiente intensificación de los procesos migratorios hacia los países industrializados—, en Estados Unidos se han combinado con el nacimiento de doctrinas políticas que resaltan la contraposición política, cultural y religiosa entre países occidentales de tradición judaico-cristiana y otros bloques culturales. Este punto de vista lo divulgó, en los años 90, el politólogo SAMUEL T. HUNTINGTON en su famoso y provocador *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*<sup>1</sup>: «In the new world...

<sup>1</sup> S. T. HUNTINGTON, *The Clash of Civilizations and the Remaking of World Order*, New York, Simon & Schuster Paperbacks, 1996, p. 28. El autor define el concepto de civilización «both by common objective elements, such as language, history, religion, customs, institutions, and by the subjective self-identification of people», y resalta el papel central de la religión (p. 47).

the most pervasive, important and dangerous conflicts will not be between social classes, rich and poor, or other economically defined groups, but between people belonging to different cultural entities. Tribal wars and ethnic conflicts will occur within civilizations... And the most dangerous cultural conflicts are those along the fault lines between civilizations... For forty-five years the Iron Curtain was the central dividing line in Europe. That line has moved several hundred miles east. It is now the line separating peoples of Western Christianity, on the one hand, from Muslim and Orthodox peoples on the other».

Esta visión, aunque muy desacreditada en términos científicos en los mismos Estados Unidos, pasó al discurso público y las decisiones político-jurídicas de muchos países, con resultados a veces opuestos.

En el plano estrictamente jurídico, referirse al *clash of civilizations* (expresión que sobrevivió al ocaso de la obra de Huntington) contribuyó al nacimiento de la llamada *cultural defence* a la hora de valorar los comportamientos individuales. Esta teoría surgió en Estados Unidos, y está difundida ya en muchos ordenamientos también de Europa, encontrando su caldo de cultivo en el Derecho penal, donde se aferran a la misma los imputados de delitos como violencia familiar, reducción a esclavitud de menores, mutilaciones genitales femeninas y, en general, todos los delitos de honor. Estos son, en efecto, los delitos culturales (delitos culturalmente motivados)<sup>2</sup>, es decir comportamientos llevados a cabo por un sujeto perteneciente a un grupo cultural minoritario, que se consideran delitos por el grupo cultural de la mayoría y que, sin embargo, dentro del grupo de origen del sujeto mismo se permiten o hasta se fomentan.

2. Recientemente, también sobre Estados Unidos soplan fuertes vientos contrarios, de carácter aislacionista, a concesiones con base cultural. El debate se abrió en febrero de 2010 en Iowa y Utah<sup>3</sup>, se extendió a New Jersey debido a un caso judicial relativo a un súbdito marroquí acusado por su mujer de violencia doméstica: el 23 julio 2010, se llegó a la denegación por la instancia de la orden de restricción solicitada por la afectada. La decisión suscitó críticas muy duras por el peso que se le atribuyó al testimonio del imam, en cuya opinión, de acuerdo con la sharía, la mujer tiene que someterse a los deseos del marido («a wife must comply with her husband's sexual demands, because the husband is prohibited from obtaining sexual satisfaction elsewhere. However, a husband was forbidden to approach his wife 'like any animal'. The Imam did not definitively answer whether, under Islamic law, a husband must stop his advances if his wife said 'no'»)<sup>4</sup>. En pos de este caso se han presentado en muchos Estados federados propuestas de leyes aislacionistas<sup>5</sup>, y

<sup>2</sup> Cfr. J. VAN BROECK, «Cultural Defense and Culturally Motivated Crimes (Cultural Offences)», *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2001, n. 1, p. 1 ss.

<sup>3</sup> Recuérdese que el 60% de la población de Utah es mormona. Los hábitos mormones incluyen, entre otras cosas, el matrimonio plural, así se le llama, que queda expresamente prohibido por la Constitución del Estado (art. 3 sec. 1 Const. Utah). Por otra parte, la bigamia es sancionada penalmente (76-7-101 Utah Code annotated). Sin embargo, la práctica es tolerada por las autoridades locales. Recientemente, las agencias de aplicación de la ley (*law enforcement agencies*) en Utah y Arizona han decidido centrarse en los delitos dentro de las comunidades polígamas que implican abuso infantil, violencia doméstica y fraude. La Oficina del Procurador General (*Attorney General's Office*) de Utah y la Oficina del Procurador General de Arizona también trabajaron juntos para producir «The Primer--Helping Victims of Domestic Violence and Child Abuse en Polygamous Communities». Sobre este tema ver <http://attorneygeneral.utah.gov/polygamy.html>

<sup>4</sup> S.D. v. M.J.R., 2 A.3d 412, N.J. Super. Ct. App. Div. 2010.

<sup>5</sup> La Asamblea Nacional de New Jersey presentó un proyecto de ley que establece que «a foreign law may only be recognized by a court in New Jersey if it does not violate any right guaranteed by the Constitution of this State or of the United States of America. Any foreign law to be applied in New Jersey must provide at least as much protection for rights including, but not limited to due process, freedom of religion, speech, or press, and any right of privacy». Por «foreign law» debe entenderse «any law, rule, or legal code or system established and used or applied in a jurisdiction outside of the States or territories of the United States» (State of New Jersey, 214<sup>th</sup> Legislature, Assembly, No. 3496). El ejemplo de New Jersey fue seguido por Idaho (House Concurrent Resolution 44, Idaho 2010) y Louisiana (Senate Bill 460, La. 2010, y House Bill 785, La. 2010), a los que se añadieron, en 2011, Alaska (House Bill 88, Alaska, 2011), Arizona (House Bill 2582, Ariz. 2011), Arkansas (Senate Bill 97, Ark. 2011), Florida (Senate Bill 1294, Flor. 2011, y House Bill 1273, Flor. 2011) y Indiana (House Bill 1078, Ind. 2011, y Senate Bill 520, Ind. 2011). Sólo en Louisiana, sin embargo, el proceso legislativo llegó a realizarse: el 29 junio 2010, se aprobó la Ley 886 según la cual, entre otras cosas, «the legislature finds that it shall be the public policy of this state to protect its citizens from the application of foreign laws when the application of a foreign law will result in the violation of a right guaranteed by the constitution of this state or of the United States, including but not limited to due process, freedom of religion, speech, or press, and any right of privacy or marriage as specifically defined by the constitution of this state»: y, en caso de *optio legis* extranjera, «the contractual provision or agreement shall be interpreted, modified, amended, or construed to the extent necessary to preserve the constitutional rights of the person against whom enforcement is sought».

llegaron a proponerse enmiendas de la Constitución<sup>6</sup> inspiradas en el movimiento «American Laws for American Courts»<sup>7</sup>.

Este renovado nacionalismo llevó en Oklahoma hasta la aprobación de una modificación de la Constitución, que reza: «The courts ... when exercising their judicial authority, shall uphold and adhere to the law as provided in the United States Constitution, the Oklahoma Constitution, the United States Code, federal regulations promulgated pursuant thereto, established common law, the Oklahoma Statutes and rules promulgated pursuant thereto, and if necessary the law of another state of the United States provided the law of the other state does not include Sharia Law, in making judicial decisions. The courts shall not look to the legal precepts of other nations or cultures. Specifically, the courts shall not consider international law or Sharia Law ...» (Art. 7, sec. 1). El 2 noviembre 2010, la enmienda —State Question 755, mejor conocida como *Save Our State Amendment*— fue objeto de referéndum<sup>8</sup>: más del 70% del electorado votó a favor<sup>9</sup>.

3. En resumidas cuentas, en Estados Unidos la situación es la siguiente. Por un lado imputados de crímenes contra la persona se ampararon, a veces con éxito, bajo su propia naturaleza culturalmente extraña para excusarse (*cultural defence*); por otro, los legisladores de unos Estados federados, como reacción, llegaron hasta lanzar una disciplina que de hecho niega el Derecho internacional y cualquier apertura a derechos ajenos a la cultura estadounidense.

En Europa, a lo largo de los últimos años, se recorrió un camino intermedio que, sin afectar a las normas del Derecho internacional, pudiese tener en cuenta los intereses de los individuos, sin desequilibrarse en exceso hacia un relativismo jurídico acentuado o hacia un monolitismo aislacionista<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> Propuestas de enmienda constitucional se han hecho en Alabama (Senate Bill 62, Ala. 2011), Arizona (Senate Concurrent Resolution 1010, Ariz. 2011, e House Concurrent Resolution 2033, Ariz. 2011), Arkansas (Senate Joint Resolution 10, Ark. 2011), Indiana (Senate Joint Resolution 16, Ind. 2011), Iowa (House Joint Resolution 14, Iowa 2011), Missouri (House Joint Resolution 31, Mo. 2011) y Wyoming (House Joint Resolution 0008, Wyo. 2011).

<sup>7</sup> <http://publicpolicyalliance.org>

<sup>8</sup> Este es el enunciado de la pregunta presentada a los votantes: «This measure amends the State Constitution. It changes a section that deals with the courts of this state. It would amend Article 7, Section 1. It makes courts rely on federal and state law when deciding cases. It forbids courts from considering or using international law. It forbids courts from considering or using Sharia Law. International law is also known as the law of nations. It deals with the conduct of international organizations and independent nations, such as countries, states and tribes. It deals with their relationship with each other. It also deals with some of their relationships with persons. The law of nations is formed by the general assent of civilized nations. Sources of international law also include international agreements, as well as treaties. Sharia Law is Islamic law. It is based on two principal sources, the Koran and the teaching of Mohammed».

<sup>9</sup> Como era de esperar, la *Save Our State Amendment* fue cuestionada de inmediato: el trato discriminatorio reservado a la Sharia violaría la *Establishment Clause* de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos («Congress shall make no law respecting an establishment of religion...»). El director ejecutivo de la filial local del Council on American-Islamic Relations pidió a la U.S. District Court del Western District de Oklahoma el bloque de la certificación de los resultados del referéndum. Y así, a menos de una semana de la votación, se emitió una orden temporal de suspensión (*Awad v. Ziriax*, Case No. CIV-10-1186-M, W.D. Okla, Nov. 9, 2010), seguida unos días más tarde por la prohibición de la aplicación de la Enmienda (*Awad v. Ziriax*, Case No. CIV-10-1186-M, W.D. Okla, Nov. 29, 2010, F.Supp.2d, 2010 WL 4814077). De acuerdo con la District Court, «the actual language of the amendment ... is not facially neutral». También «there is a reasonable probability that the amendment would prevent plaintiff's will from being fully probated by a state court in Oklahoma because it incorporates by reference specific elements of the Islamic prophetic traditions ... there is a reasonable probability that Muslims ... will be unable to bring actions in Oklahoma state courts for violations of the Oklahoma Religious Freedom Act and for violations of their rights under the United States Constitution if those violations are based upon their religion» (El demandante se refirió al derecho a que respeten su voluntad y testamento y, en particular, el deseo de ser enterrado de acuerdo con los preceptos islámicos). Finalmente, la enmienda se consideró «neither justified by any compelling interest nor narrowly tailored». El State Board of Elections ha hecho un llamamiento a la U.S. Court of Appeals for the Tenth Circuit (*Awad v. Ziriax*, 10<sup>th</sup> Cir. Case No. 10-6273, Dec. 2, 2010). En apoyo de la parte demandada, la Association of the Bar of the City of New York y el Islamic Law Committee of the American Branch of the International Law Association han presentado un memorial conjunto (*Amicus Curiae Brief*, May 13, 2011).

<sup>10</sup> Fue un país europeo, de hecho, el que promovió en las Naciones Unidas la institución de la *Alliance of Civilizations*. La *United Nations Alliance of Civilizations* nació en 2005, a iniciativa del entonces Primer Ministro español, JOSÉ LUIS RODRÍGUEZ ZAPATERO, que en su discurso ante la Asamblea General, el 21 septiembre 2004, se expresó como sigue: «La cultura es siempre paz. Consigamos que la percepción del otro esté teñida de respeto. La fuerza del diálogo entre los pueblos. Por eso, como representante de un país creado y enriquecido por culturas diversas, quiero proponer ante esta asamblea una Alianza de Civilizaciones entre el mundo occidental y el mundo árabe y musulmán. Cayó un muro. Debemos evitar ahora que el odio y la

En la actualidad, por cierto, los países que por tradición han sido más multiculturalistas (Reino Unido y Alemania) han vuelto a considerar su enfoque más restrictivo.

4. En lo que sigue pretendemos dar cuenta de forma sumaria de los principales modelos de gestión de los conflictos normo-culturales en Europa, con especial hincapié en las relaciones familiares, para luego enfocar los aspectos que conciernen de forma más directa al Derecho internacional privado. La integración de la problemática de los derechos humanos dentro del mismo brindará la oportunidad de volver a leer (o por lo menos procurar volver a leer) la técnica de conflictos tradicional a la luz del método elaborado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en un intento de ponderar intereses contrapuestos. La tesis que se mantiene es la posible traducción de la visión de P.S. MANCINI a una norma imaginaria modelada en los Tratados de protección de los derechos humanos, en los siguientes términos: «Toda persona tiene derecho al respeto de su identidad cultural. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la protección de la identidad cultural del Estado». La tesis podría resultar útil para la solución de las cuestiones familiares vinculadas a tradiciones jurídicas extrañas a Occidente, como es el caso de la islámica.

## II. Cultura y defensa de la identidad cultural

5. El problema de posibles situaciones de conflicto cultural ya se conocía en el siglo XIX y llevó al *Institut de droit international* a plantear una solución fundamentalmente de cierre. Entre las «Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers» adoptadas por la sesión de Ginebra (1892)<sup>11</sup>, figura, en efecto, este artículo: «L'entrée libre des étrangers sur le territoire d'un Etat civilisé ne peut être prohibée, d'une manière générale et permanente, qu'à raison de l'intérêt public et de motifs extrêmement graves, par exemple à raison d'une différence fondamentale de mœurs ou de civilisation...» (art. 6).

Ya cuarenta años antes, por otra parte, uno de los fundadores del *Institut* (y su primer presidente), PASQUALE STANISLAO MANCINI, ilustrando «su» sistema de Derecho internacional privado, y subrayando la importancia, en términos de estatuto personal, del *principio de nacionalidad*, observaba: «Talvolta alcune cose che in un paese si considerano essenziali ai bisogni dell'umanità, non hanno mai attirato il desiderio di un'altra nazione, ed una terza se ne adonta come di un oltraggio... Quali profonde diversità di ogni maniera debbono tra due paesi produrre... la *poligamia* o la *monogamia* nella costituzione della famiglia?»<sup>12</sup>. Hace falta, concluía el autor, tener en cuenta las distintas nacionalidades, pero a la vez respetar el *principio de soberanía*, así que, en presencia de contraste entre las leyes extranjeras y las normas inderogables del ordenamiento del foro, las primeras no se aplican. Ante la hipótesis de la poligamia, enunciada por el mismo P.S. MANCINI, pues, el ordenamiento del foro (italiano) tenía que cerrarse.

---

incomprensión levanten otro. España somete al Secretario General, cuya labor al frente de la Organización apoya con firmeza, la posibilidad de constituir un Grupo de Alto Nivel para llevar a cabo esta iniciativa».

<sup>11</sup> *Rapporteurs*: MM. L.-J.-D. FÉRAUD-GIRAUD y LUDWIG VON BAR.

<sup>12</sup> P.S. MANCINI, *Prelezione al corso di diritto internazionale e marittimo pronunciata nella R. Università di Torino*, 22 de enero 1851 reproducida también en E. JAYME (Coord.), *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti di Pasquale Stanislao Mancini*, Torino, Giappichelli Editore, 1994, p. 19 ss.: las citas son de las pp. 37 y 42-43, respectivamente. Vale la pena recordar la atención de P.S. MANCINI hacia el mundo islámico. El 20 marzo 1875, él presentó a la *Camera dei deputati* un informe sobre la «Modificazione della giurisdizione esercitata dal Consolati italiani in Egitto». MANCINI juzgó la jurisdicción consular italiana «una vera reliquia dei rozzi ordinamenti del medioevo, ... un'offesa permanente alla indipendenza nazionale dei popoli ai quali compete la sovranità territoriale nei rispettivi paesi, uno stato di cose incompatibile con l'attuazione piena e rigorosa del Diritto delle genti» (*Disegni e proposte di legge e incarti delle commissioni 1848 - 1943*. Legislatura XII 23.11.1874 - 03.10.1876: Ministro degli affari esteri, VISCONTI VENOSTA, Ministro di grazia e giustizia e dei culti, VIGLIANI. «Modificazione della giurisdizione esercitata dai Consolati italiani in Egitto», vol. 209, p. 319 ss. El texto se puede leer en *Discorsi parlamentari di Pasquale Stanislao Mancini*, vol. IV, Roma, 1895, p. 535 ss.: el pasaje citado está en la p. 577). El decreto de modificación fue aprobado en la reunión del 30 abril 1875, y el 28 junio de ese año se abrieron en Egipto los *tribunaux mixtes*. MANCINI se declaró a favor de superar la división entre el mundo occidental, cristiano y el Oriente musulmán. A las ideas de MANCINI se asoció de inmediato el belga TIMMERMANS: ver *Rev. dr. int. et législ. comparée*, 1875, p. 706 ss. (dónde en p. 659 ss. leemos el documento presentado en el *Institut de Droit International* por DUDLEY FIELD acerca «De la possibilité d'appliquer le droit international européen aux nations orientales»).



6. !!Es interesante observar que los factores que P.S. MANCINI relacionaba con el concepto de nacionalidad —«la Lingua, le Costumanze, la Storia, le Leggi, le Religioni»— coinciden en términos generales con los elementos que hoy les permiten a los antropólogos definir el concepto general de *cultura* (y también el concepto afín de *civilización*). Normalmente, el concepto de *cultura* se descompone, en efecto, en sus distintas formas de expresión: lengua, normas, valores, modelos de comportamiento y sociales<sup>13</sup>.

El concepto de *cultura*, además, se asocia con frecuencia al concepto de *identidad*, en el sentido de la identificación de un sujeto/grupo en esa cultura. Dicho proceso de identificación se da, prácticamente, cuando el sujeto/grupo se enfrenta con una cultura diferente, por supuesto, no solo en un país distinto del suyo, sino también en su propia patria. Baste con considerar los ciudadanos de un mismo Estado que pertenecen a minorías autóctonas (como los indios americanos), lingüísticas (como las yddish en Suecia) o religiosas (en Italia, por ejemplo, los judíos).

Estos individuos, quienes aspiran a ver defendida su propia identidad cultural ante la cultura mayoritaria, reciben una protección internacional, en cuanto minorías, por una serie de instrumentos, en primer lugar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 27)<sup>14</sup>. Los Estados, por su parte, han venido desarrollando varios modelos de gestión del problema de las minorías; los principales son el *modelo multiculturalista* y el *modelo asimilacionista*.

7. El primero parte de una concepción substancial de igualdad y reserva tratamientos diferenciados ante situaciones diferentes: la integración se da gracias al esfuerzo de adaptación tanto de quienes pertenecen a la minoría como del resto de la población, con el resultado de dar vida a una sociedad constituida por identidades culturales variadas. Al contrario, el segundo modelo refleja una concepción formal de igualdad, otorgándole un mismo tratamiento a todos los sujetos presentes en el territorio del Estado, prescindiendo de sus diferencias, y persigue la integración sólo gracias a la adaptación de las minorías a la población mayoritaria: de hecho, el Estado pretende conservar una homogeneidad cultural. Este modelo llega a su máxima expresión en Francia, cuyo Gobierno, por otra parte, a la hora de ratificar el Pacto Internacional de Naciones Unidas, emitió una declaración gracias a la cual se sustrae a la aplicación del artículo 27<sup>15</sup>, precisamente el que tutela las minorías. Por otra parte este mismo Go-

<sup>13</sup> La primera definición internacional se remonta a 2001 y se encuentra en el preámbulo de la Declaración Universal de la Unesco sobre la Diversidad Cultural: «la cultura debe ser considerada el conjunto de los rasgos distintivos espirituales y materiales, intelectuales y afectivos que caracterizan a una sociedad o a un grupo social y que abarca, además de las artes y las letras, los modos de vida, las maneras de vivir juntos, los sistemas de valores, las tradiciones y las creencias». La Convención Unesco sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales 2005, a la que la Unión Europea se adhirió en 2006 (Decisión del Consejo de 18 mayo 2006 acerca de la celebración de la Convención sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales [2006/515/CE]), define la diversidad cultural de la siguiente manera: «La ‘diversidad cultural’ se refiere a la multiplicidad de formas en que se expresan las culturas de los grupos y sociedades. Estas expresiones se transmiten dentro y entre los grupos y las sociedades. La diversidad cultural se manifiesta no solo en las diversas formas en que se expresa, enriquece y transmite el patrimonio cultural de la humanidad mediante la variedad de expresiones culturales, sino también a través de distintos modos de creación artística, producción, difusión, distribución y disfrute de las expresiones culturales, cualesquiera que sean los medios y tecnologías utilizados» (art. 4).

<sup>14</sup> «En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma».

<sup>15</sup> Este es el texto de la declaración: «In the light of article 2 of the Constitution of the French Republic, the French Government declares that article 27 is not applicable so far as the Republic is concerned.». Es parecida la formulación de la declaración acerca del art. 30 de la Convención de los derechos del niño. Recuérdese que el art. 2 de la Constitución francesa dice: «La langue de la République est le français. L’emblème national est le drapeau tricolore, bleu, blanc, rouge. L’hymne national est la ‘Marseillaise’. La devise de la République est ‘Liberté, Égalité, Fraternité’. Son principe est : gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple». Éstas, por otro lado, son las observaciones del Comité de Derechos Humanos: «The Committee takes note of the declaration made by France concerning the prohibition, prescribed under article 27 of the Covenant, to deny ethnic, religious or linguistic minorities the right, in community with members of their group, to enjoy their own culture, to profess and practise their own religion or to use their own language. The Committee has taken note of the avowed commitment of France to respect and ensure that all individuals enjoy equal rights, regardless of their origin. The Committee is, however, unable to agree that France is a country in which there are no ethnic, religious or linguistic minorities. The Committee wishes to recall in this respect that the mere fact that equal rights are granted to all individuals and that all individuals are equal before the law does not preclude the existence in fact of minorities in a country, and their entitlement to the enjoyment of their culture, the practice of their religion or the use of their language in community with other members of their group» (Concluding observations of the Human Rights Committee: France. 04/08/1997. CCPR/C/79/Add.80, 4 August 1997, par. 24).

bierno no firmó siquiera el Convenio-marco para la protección de las minorías nacionales del Consejo de Europa de 1995.

8. Ni el Pacto Internacional de las Naciones Unidas ni el Convenio-marco ofrecen, por cierto, una idea clara de minoría y se limitan más bien, de forma pragmática, a constatar la existencia en el Estado de minorías étnicas, religiosas o lingüísticas. De ahí la duda alrededor de la posibilidad de reunir bajo una misma idea de minoría también sujetos distintos de los grupos históricamente arraigados en el territorio del Estado. La duda, por cierto, la solucionó el Comité de los derechos humanos, que, al publicar en 1984 la Observación General del artículo 27, ha evidenciado lo irrelevantes que son tanto el período de permanencia de los individuos en los territorios del Estado, como el de la posesión de la ciudadanía, con la consecuencia que los trabajadores emigrantes y hasta los simples turistas extranjeros se incluyen entre los sujetos defendidos por el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>16</sup>. No obstante, subsiste la resistencia de los Estados a extender la protección a los inmigrantes.

9. En conclusión, dentro de los ordenamientos estatales, los extranjeros podrían, de hecho, presumir de un derecho a la identidad cultural no en cuanto grupo minoritario, sino sólo como individuos.

El derecho a la identidad cultural, en realidad, no queda defendido expresamente por los Tratados de derechos humanos, que reconocen sin embargo una serie de otros derechos que, sin duda, pueden considerarse como manifestación de la identidad cultural: expresión, asociación, religión, lengua, modo de vida, vida familiar. La tutela de dichos derechos favorece el pluralismo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos funda, entre otras cosas, en el respeto de la diferencia y de la dinámica de las tradiciones culturales, de las identidades étnicas y culturales, de las convicciones religiosas («on the genuine recognition of, and respect for, diversity and the dynamics of cultural traditions, ethnic and cultural identities, religious beliefs, artistic, literary and socio-economic ideas and concepts. The harmonious interaction of persons and groups with varied identities is essential for achieving social cohesion»)<sup>17</sup>.

### III. Multiculturalismo y conflictos normo-culturales: el caso del Derecho islámico

10. Como ya sostenía, en los años 90, uno de los máximos expertos de multiculturalismo<sup>18</sup>, la *política de la diferencia* tiene que restringirse a un modelo de justicia liberal. Esto supone la existencia de una tensión entre liberismo y multiculturalismo como para no poder justificar, con la defensa de las minorías, la pretensión de una cultura minoritaria a limitar los derechos fundamentales de sus propios miembros. En

<sup>16</sup> General Comment No. 23: The rights of minorities (Art. 27): 08/04/1994, CCPR/C/21/Rev.1/Add.5. «5.1. The terms used in article 27 indicate that the persons designed to be protected are those who belong to a group and who share in common a culture, a religion and/or a language. Those terms also indicate that the individuals designed to be protected need not be citizens of the State party. In this regard, the obligations deriving from article 2.1 are also relevant, since a State party is required under that article to ensure that the rights protected under the Covenant are available to all individuals within its territory and subject to its jurisdiction, except rights which are expressly made to apply to citizens, for example, political rights under article 25. A State party may not, therefore, restrict the rights under article 27 to its citizens alone. - 5.2. Article 27 confers rights on persons belonging to minorities which 'exist' in a State party. Given the nature and scope of the rights envisaged under that article, it is not relevant to determine the degree of permanence that the term 'exist' connotes. Those rights simply are that individuals belonging to those minorities should not be denied the right, in community with members of their group, to enjoy their own culture, to practise their religion and speak their language. Just as they need not be nationals or citizens, they need not be permanent residents. Thus, migrant workers or even visitors in a State party constituting such minorities are entitled not to be denied the exercise of those rights. As any other individual in the territory of the State party, they would, also for this purpose, have the general rights, for example, to freedom of association, of assembly, and of expression. The existence of an ethnic, religious or linguistic minority in a given State party does not depend upon a decision by that State party but requires to be established by objective criteria... 7. With regard to the exercise of the cultural rights protected under article 27, the Committee observes that culture manifests itself in many forms, including a particular way of life associated with the use of land resources, especially in the case of indigenous peoples. That right may include such traditional activities as fishing or hunting and the right to live in reserves protected by law. The enjoyment of those rights may require positive legal measures of protection and measures to ensure the effective participation of members of minority communities in decisions which affect them».

<sup>17</sup> TEDH, 17 febrero 2004, *Gorzelik et al. c. Polonia*, par. 92.

<sup>18</sup> W. KYMLICKA, *Liberalism, Community and Culture*, Oxford, Clarendon Press, 1991.

otros términos, en un Estado democrático sería posible complacer ciertas manifestaciones exteriores de pertenencia religiosa (respeto de los códigos de indumentaria), mientras que resultarían intolerables las limitaciones de los derechos civiles de los mismos miembros de la minoría en aras de la solidaridad de grupo (matrimonios forzados, discriminación sexual en el ámbito familiar). Esta distinción entre reivindicaciones de cara a la sociedad dominante e instancias a los miembros de la minoría, podría ofrecerle al intérprete útiles indicaciones en su búsqueda del justo grado de tolerancia del Estado que acoge.

**11.** La identidad cultural adquiere un valor diferente según se trate de ciudadanos o de extranjeros. Si para los primeros puede justificar la adopción de normas relativas no tanto a cada individuo, sino al grupo al cual pertenece (normas que protejan una minoría lingüística, por ejemplo), para los segundos lleva a la expectativa de ver aplicadas las normas del ordenamiento extranjero al cual se pertenece: expectativa a la cual el Estado huésped puede corresponder, en efecto, por lo que concierne a las relaciones de Derecho privado, gracias a las reglas de Derecho internacional privado.

Si comparamos la cultura con las gafas a través de las cuales cada uno de nosotros juzga sus propias experiencias y el mundo que le rodea<sup>19</sup>, nos damos cuenta de lo difícil que es adecuarnos al repentino cambio de lentes. Resulta emblemático el hecho de que, según demuestran unos estudios sociológicos, los inmigrantes sean más fieles a las tradiciones y convenciones culturales de origen que sus compatriotas que no han dejado el país de origen<sup>20</sup>. Sólo cuando se entra en contacto con lo «diferente» —ya queda dicho— se percibe el valor de la identidad propia, advirtiendo la necesidad de reivindicar la conservación de algunas características culturales y religiosas, como lo son, en efecto, las tradiciones jurídicas. Según el mismo SAVIGNY ya subrayaba a principios del siglo XIX, fundando así la Escuela histórica del Derecho, el Derecho está estrictamente vinculado, en efecto, a la cultura de cada pueblo, del cual llega a ser un reflejo (*Recht ist Kulturerscheinung*)<sup>21</sup>.

**12.** Además del penal<sup>22</sup>, el sector más sensible al ambiente cultural, y por tanto más expuesto a conflictos normo-culturales, es el Derecho de familia, aun hoy en día, y con razón, impermeable a normas materiales uniformes. En el ámbito familiar, además, la normativa resulta a menudo influenciada por factores religiosos y, en muchos Estados, subsiste un sistema jurídico multiconfesional, plurilegislativo, de base personal<sup>23</sup> (para poner solo un ejemplo, en la India las relaciones matrimoniales se disciplinan de forma diferente según se apliquen a hindúes, musulmanes, cristianos o parsis: *Hindu/Muslim/Christian/Parsee/Special Marriage Act*).

**13.** Por sus características y difusión —tratándose de la segunda religión más numerosa del mundo (después del Cristianismo), contando con casi dos mil millones de fieles— el Islam es el Derecho religioso que con más frecuencia determina conflictos normo-culturales<sup>24</sup>. En realidad, tiene que quedar claro desde ahora que, en rigor, no existe el Derecho islámico; puesto que cada Estado «islámico» tiene su propio ordenamiento más o menos ceñido al «camino» (este es el significado de *sharía*) revelado por Alah en el Corán y a la enseñanza de Mahoma (*sunna*). El rasgo compartido es la superioridad que se reconoce, por un lado, al Islam con respecto a las demás religiones y, por otro lado, al hombre con respecto a la mujer. El Derecho de familia, en particular, responde a un modelo patriarcal y resulta caracterizado

<sup>19</sup> R. DWORKIN, *A Matter of Principle*, Cambridge, Harvard University Press, 1985, p. 229.

<sup>20</sup> S. POULTER, *Ethnicity, Law and Human Rights*, Bath, Oxford University Press, 1998, p. 10 ss.

<sup>21</sup> G. RADBRUCH, *Rechtsphilosophie* <sup>3</sup>, Leipzig, Müller, 1932, p. 4.

<sup>22</sup> Sobre los delitos culturalmente motivados v. *supra* par. 1

<sup>23</sup> Cfr. G. TSAOUSSI, E. ZERVOGIANNI, *Multiculturalism And Family Law: The Case Of Greek Muslims*, en K. BOELE-WOELKI, T. SVERDRUP (ed.), *European Challenges in Contemporary Family Law*, Antwerp/Oxford/Portland, Intersentia, 2008, p. 209 ss. Cfr., en general, P. GANNAGÉ, *Le pluralisme des statuts personnels dans les États multicommmunautaires. Droit libanais et droits proche-orientaux*, Bruxelles, Bruylant, 2001; H. AL DABBAGH, *Mariage mixte et conflit entre droits religieux et laïque*, en *Rev. crit. dr. int. privé dr. int. privé*, 2009, p. 29 ss.

<sup>24</sup> En el Reino Unido, los musulmanes son más de un millón y medio (casi el 3% de la población), 3 millones en Alemania (3,6%), y se llega a los 6 millones de la Francia (9,6%). Los musulmanes en Italia son casi un millón (menos del 2% de la población total). Para ver un análisis de las cuestiones clave, R. AH DAR / N. ARONEY, *Shari'a in the West*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

por algunas limitaciones de la capacidad (de casarse y heredar, por ejemplo) con base en la religión. Justo el desconocimiento del *principio de igualdad* representa el mayor reto para el pluralismo occidental.

#### IV. El Islam en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

14. Antes de ver cómo Occidente recogió dicho reto, hay que suprimir una sospecha. Debido a su origen, en efecto, se podría pensar en el Derecho islámico como una expresión de la libertad religiosa; así que, como tal, gozaría de protección internacional.

A partir de 1995, fueron numerosas las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativas al Islam<sup>25</sup>. La protección brindada por el CEDH de 4 noviembre 1950 (art. 9) se queda, sin embargo, en las convicciones personales, en la conciencia individual: el punto quedó aclarado, hace tiempo ya, por la Comisión Europea de Derechos Humanos en un caso relativo a la capacidad matrimonial de una doceañera inglesa de religión islámica. Según el Derecho islámico, la chica tenía edad adecuada para contraer matrimonio; pero, en opinión de la Comisión, el término «prácticas», que consta en el artículo 9 CEDH, no cubre cualquier acto inspirado por motivos religiosos, ni, en particular, el matrimonio, ya que no se le puede considerar una simple forma de expresión de pensamiento o religión, sino que queda reglamentado por el artículo 12 CEDH que remite a la ley nacional la disciplina del ejercicio del derecho de casarse. Por consiguiente, la chica no podía casarse; porque la ley nacional (inglesa, en este caso) preveía la edad mínima de dieciocho años<sup>26</sup>.

15. En 2003, la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos dictó una decisión que no deja de ser histórica. El caso (*Refah Partisi*) concernía a la legitimidad de la disolución, por parte de las autoridades turcas, de un partido islamista. El Tribunal Europeo precisa que el derecho de asociación (art. 11 CEDH) no permite la creación de un partido que aspire a introducir en un Estado que integre el CEDH un régimen basado en la *sharía*, contraria a los principios de democracia, pluralismo y tolerancia proclamados por el CEDH mismo. Además (y es éste el aspecto más relevante para nosotros) el Tribunal opina que el Estado puede legítimamente desaplicar las normas del Derecho privado de inspiración religiosa que perjudique el orden público (*public order*) y los valores democráticos: normas como las que discriminan a la mujer, por ejemplo permitiendo la poligamia y los privilegios del hombre en materia de divorcio y derecho sucesorio<sup>27</sup>. El hecho de que el Estado pueda (*peut* en francés, que queda menos

<sup>25</sup> Los temas abordados se relacionan con la autonomía en el interior de las instituciones religiosas (TEDH, 26 octubre 2000, *Hassan e Tchaouch c. Bulgaria*; v. ya 14 diciembre 1999, *Serif c. Grecia*), la manifestación de la creencia por parte de un oficial de las fuerzas armadas (TEDH, 1 de julio de 1997, *Kalac c. Turquía*), las prendas religiosas (Comisión europea, decisión 3 mayo 1993, *Karaduman c. Turquía*, recurso n. 16278/90; TEDH, decisión 15 febrero 2001, *Dahlab c. Suizera*; GS, 10 noviembre 2005, *Leyla Sahin c. Turquía*; 4 marzo 2008, *El Morsli c. Francia*; 4 diciembre 2008, *Kervanci c. Francia*, y *Dogru c. Francia*; 23 febrero 2010, *Ahmet Arslan y otros c. Turquía*), la libertad de expresión (TEDH, 18 enero 2001, *Zaoui c. Suizera*; 4 diciembre 2003, *Müslüm Gündüz c. Turquía*), la expulsión por actividades religiosas fundamentalistas (TEDH, 20 junio 2002, *Al Nashif y otros c. Bulgaria*) y la protección contra expresiones innecesariamente ofensivas y blasfemas (TEDH, 13 septiembre 2005, *I.A. c. Turquía*). Cfr. A. GARAY, «L'Islam et l'ordre public européen vus par la Cour européenne des droits de l'homme», *Rev. dr. int. et dr. comparé*, 2005, p. 117 ss.

<sup>26</sup> Comisión Europea de Derechos Humanos, decisión de 7 julio 1986.

<sup>27</sup> El Tribunal dictaminó que el derecho de asociación (art. 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos) no permite la creación de un partido que tenga la intención de introducir en un Estado que sea Parte en el Convenio «a regime based on sharia, which clearly diverges from Convention values, particularly with regard to its criminal law and criminal procedure, its rules on the legal status of women and the way it intervenes in all spheres of private and public life in accordance with religious precepts». La *sharía* es de hecho contraria a los principios de democracia y laicismo cultural consagrados en el Convenio europeo: «pluralism, tolerance and broadmindedness». También «(a) difference in treatment between individuals in all fields of public and private law according to their religion or beliefs manifestly cannot be justified under the Convention, and more particularly Article 14 thereof, which prohibits discrimination. Such a difference in treatment cannot maintain a fair balance between, on the one hand, the claims of certain religious groups who wish to be governed by their own rules and on the other the interest of society as a whole, which must be based on peace and on tolerance between the various religions and beliefs». Y también -y éste es el aspecto más importante para nuestros propósitos- el Estado «may legitimately prevent the application within its jurisdiction of private-law rules of religious inspiration prejudicial to public order and the values of democracy for Convention purposes (such as rules permitting discrimination based on the gender of the parties concerned, as in polygamy

ambiguo que el *may* del inglés) legítimamente dejar de aplicar las normas islámicas, le confiere una facultad de la cual el Estado puede valerse, en mi opinión, solo en la medida estrictamente necesaria para la defensa del orden público y de los valores democráticos. El Estado, pues, podría desatender las normas discriminatorias —nacionales (como en el caso sometido al Tribunal), pero también las extranjeras (cuando haya remisión de derecho privado internacional)— sólo sopesando en cada caso el derecho individual a la aplicación de dichas normas y el interés colectivo, superando la prueba de proporcionalidad exigida por el Tribunal en presencia de interferencias en un derecho individual<sup>28</sup>.

## V. Modelos de convivencia con el Islam

16. Aclarado, pues, que el Derecho islámico no goza de «cobertura» por parte del CEDH, hace falta ver cómo los dos modelos mencionados al principio afrontaron el «reto» islámico.

### 1. El modelo multiculturalista inglés y el modelo asimilacionista francés

17. El modelo multiculturalista hizo que el legislador inglés adoptase unas normas específicas, de alcance muy limitado por otra parte: se trata de las normas que reconocen efectos al matrimonio celebrado en el extranjero según una ley que permite la poligamia (*Matrimonial Proceedings [Polygamous Marriages] Act 1972*). La iniciativa más original, sin embargo, fue la predisposición de formas de mediación en materia familiar, de acuerdo con la tradicional propensión islámica a métodos alternativos para la solución de disputas (Mahoma mismo, a la vez que profeta, era árbitro entre las tribus árabes). Se remonta a 1980 la creación del *Islamic Shari'a Council*, todavía activo<sup>29</sup>, mientras que, en 2007, de acuerdo con la *Arbitration Act (1996)*, se instituyó el *Muslim Arbitration Tribunal*<sup>30</sup>. Dicha iniciativa, inspirada en el modelo canadiense<sup>31</sup>, contribuyó, sin embargo, a suscitar la insatisfacción de las mujeres, al verse las mismas obligadas, de hecho, por razones religiosas, a sufrir la iniciativa masculina y a someterse a un juicio a menudo fundado en interpretaciones conservadoras de la sharia. En la actualidad, por tanto, el Gobierno inglés ha vuelto a considerar esta solución y, más en general, el modelo multiculturalista<sup>32</sup>.

18. Por lo que se refiere a Francia, el tratamiento reservado a los emigrantes del norte de África durante cierto período fue especialmente favorable, muy a pesar del modelo asimilacionista<sup>33</sup>. La vin-

---

and privileges for the male sex in matters of divorce and succession)»: TEDH, GS, 13 febrero 2003, *Refah Partisi y otros c. Turquía*, párr. 123, 119 y resp. 128.

<sup>28</sup> La jurisprudencia reciente sobre los matrimonios de conveniencia parece apoyar esta interpretación: en efecto, la Corte invoca el *principio de proporcionalidad* (también) en relación con el art. 12 del Convenio, que no contiene una cláusula de interferencia: TEDH, 5 enero 2010, *Frasik c. Polonia*, par. 90; y 14 diciembre 2010, *O'Donoghue y otros c. Reino Unido*, p. 84.

<sup>29</sup> Cfr. M. REISS, «The Materialization Of Legal Pluralism In Britain: Why Shari'a Council Decisions Should Be Non-Binding», *Arizona Journ. Int. Comp. Law*, 2009, p. 739 ss.

<sup>30</sup> www.matribunal.com Cfr. I. YILMAZ, «Law as Chameleon: The Question of Incorporation of Muslim Personal Law into the English Law», *Journal of Muslim Minority Affairs*, 2001, p. 297 ss.; B. SAMIA, «Islamic Family Arbitration, Justice and Human Rights in Britain», *Law, Social Justice & Global Development Journal (LGD)*, n. 1, 2007, [http://www.go.warwick.ac.uk/elj/lgd/2007\\_1/bano](http://www.go.warwick.ac.uk/elj/lgd/2007_1/bano).

<sup>31</sup> En Ontario, la *Arbitration Act* de 1991 se utilizó en el período 2004-2006 para dar cumplimiento a los laudos arbitrales sobre la base de la ley islámica: V. BADER, «Legal Pluralism and Differentiated Morality: Shari'a in Ontario?», en R. GRILLO (Ed.), *Legal practice and cultural diversity*, Farnham, Ashgate, 2009, p. 49 ss.; D. BROWN, «Constructions of Islam in the Context of Religious Arbitration: A Consideration of the «Shari'ah Debate» in Ontario, Canada», *Journal of Muslim Minority Affairs*, 2010, Vol. 30, n. 3; D. BROWN, «A Destruction of Muslim Identity: Ontario's Decision to Stop Shari'a-based Arbitration», *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*, 2007, p. 495 ss. Más tarde, por violación de la *Canadian Charter of Rights*, el uso de Tribunales Islámicos ha sido abolido (*Family Statute Law Amendment Act 2006*).

<sup>32</sup> El 7 de junio de 2011, la *House of Lords* presentó al Parlamento la propuesta de «Arbitration and Mediation Services (Equality) Bill», cuyo objetivo es impedir la discriminación contra las mujeres. Acerca de la experiencia de los Estados Unidos, ver M. RAFFEEQ, «Rethinking Islamic law Arbitration Tribunals: Are They Compatible with Traditional American Notions of Justice?», *Wisconsin Int. Law Journ.*, 2010, p. 108 ss.

<sup>33</sup> C. CAMPIGLIO, «Matrimonio polígamico e ripudio nell'esperienza giuridica dell'occidente europeo», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1990, p. 853 ss., en p. 860 ss.

culación con sus antiguas colonias llevó el Gobierno de París a estipular una serie de Convenios bilaterales<sup>34</sup>. El primero, y más importante, fue el Convenio con Marruecos del 10 de agosto de 1981 sobre estatuto personal y Derecho de familia; dicho Convenio lo solicitó el Gobierno magrebí para favorecer el reconocimiento en Francia de los repudios realizados en Marruecos<sup>35</sup>. A continuación, se dieron los Convenios con Túnez (1982) y Argelia (1988). La conclusión de dichos Acuerdos, sin embargo, dejó el problema sin solucionar, según demuestra la praxis jurisprudencial que, a partir de los años 90, empezó a negar los efectos del repudio (*talaq*) pronunciado en el extranjero, al repugnar al orden público, en particular en casos de ciudadanía francesa de la mujer o del domicilio en Francia de la misma<sup>36</sup>. Por lo que se refiere a la poligamia, para solucionar de una vez el problema, ya desde 1993 Francia impidió la inmigración de extranjeros con estatuto poligámico<sup>37</sup>, y la jurisprudencia, en los casos que todavía se van presentando, asumió una posición hostil, negando eficacia a los matrimonios posteriores al primero, sobre todo si implican a una ciudadana francesa<sup>38</sup>.

En fin, ni el modelo inglés, ni el francés, resultan satisfactorios a la prueba de los hechos.

<sup>34</sup> La forma convencional ya había sido seguida por Alemania (Tratado de Amistad con Irán en 1929: para su interesante aplicación en materia de repudio ver BGH 6 octubre 2004, en *IPRax*, 2005, p. 346, con nota de T. RAUSCHER, p. 313), Suiza (Tratado de amistad con el Irán en 1934) y Bélgica. La referencia es a la Convención General de Seguridad Social entre Bélgica y Marruecos de 24 junio 1968, cuyo art. 24, apart. 2 («La pension de veuve est éventuellement répartie, également et définitivement, entre les bénéficiaires, dans les conditions prévues par le statut personnel de l'assuré») fue llevado ante los jueces del Tribunal Constitucional de Bélgica, como «si le travailleur était marocain, de sexe masculin et qu'il avait contracté plusieurs mariages, conformément au droit marocain qui réglait son statut personnel, chacune de ses veuves peut prétendre à une partie de la pension». Por tanto, se examinó la supuesta violación del *principio de igualdad* consagrado en el artículo. 11 de la Constitución de Bélgica (*Cour d'arbitrage belge*, 4 de mayo 2005). Más recientemente, véase el Convenio de cooperación judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre España y Marruecos y el Convenio sobre asistencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia de derecho de visita y de devolución de menores, firmados ambos en Madrid el 30 de mayo de 1997 (BOE nº 151, de 25 junio 1997).

<sup>35</sup> El art. 13 del Convenio reza: «Les actes constatant la dissolution du lien conjugal homologués par un juge au Maroc entre conjoints de nationalité marocaine dans les formes prévues par leur loi nationale produisent effet en France dans les mêmes conditions que les jugements de divorce prononcés à l'étranger. Lorsqu'ils sont devenus irrévocables, les actes constatant la dissolution du lien conjugal selon la loi marocaine entre un mari de nationalité marocaine et son épouse de nationalité française, dressés et homologués par un juge au Maroc, produisent effet en France à la demande de la femme dans les mêmes conditions que les jugements de divorce».

<sup>36</sup> Sobre esta evolución de la jurisprudencia, ver P. LAGARDE, «Les répudiations étrangères devant le juge français et les traces du passé colonial», en *Festschrift H.J. Sonnenberger*, München, Verlag C.H.Beck, 2004, p. 481 ss.; M.-C. NAJM, «Le sort des répudiations musulmanes dans l'ordre juridique français. Droit et idéologie(s)», *Droit et cultures*, 2010 (<http://droitcultures.revues.org/2070>). El *revirement* se decretó finalmente por la *Cour de cassation* en cinco sentencias dictadas el 17 febrero 2004 (en *Journ. dr. int.*, 2004, p. 1200, acerca de las cuales ver en particular P. CORBE, «Le rejet des répudiations musulmanes», *Dalloz*, 2004, p. 815 ss.: a este respecto se ha interpuesto un recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; a continuación, la demandante desistió, como se indica en la sentencia 8 noviembre 2005, *D.D. c. Francia*) y en cinco demás sentencias de 2007 (22 mayo, 10 julio, 19 septiembre -en *Rev. crit. dr. int. privé*, 2007, p. 575, con nota de H. MUIR WATT-, 17 y 31 octubre). El repudio continúa afectando a la jurisprudencia: ver más recientemente también Cass. 4 noviembre 2009, *Rev. crit. dr. int. privé*, 2010, p. 369.

<sup>37</sup> La Ley 93-1027 de 24 agosto 1993 (llamada ley Pasqua) ha introducido los artículos 15 bis y 30, cuyo texto es oportuno transcribir aquí. Art. 15 bis: «La carte de résident ne peut être délivrée à un ressortissant étranger qui vit en état de polygamie ni aux conjoints d'un tel ressortissant. Une carte de résident délivrée en méconnaissance de ces dispositions doit être retirée». Art. 30: «Lorsqu'un étranger polygame réside sur le territoire français avec un premier conjoint, le bénéfice du regroupement familial ne peut être accordée à un autre conjoint. Sauf si cet autre conjoint est décédé ou déchu de ses droits parentaux, ses enfants ne bénéficient pas non plus du regroupement familial. Le titre de séjour sollicité ou obtenu par un autre conjoint est, selon le cas, refusé ou retiré. Le titre de séjour du ressortissant étranger polygame qui a fait venir auprès de lui plus d'un conjoint, ou des enfants autres que ceux du premier conjoint ou d'un autre conjoint décédé ou déchu de ses droits parentaux, lui est retiré». La poligamia está de vuelta en la Ley 2006-911 de 24 julio 2006 sobre inmigración e integración (cfr. *Rev. crit. dr. int. privé*, 2006, p. 984): ver también las circulares ministeriales de 25 abril 2000 sobre el «renouvellement des cartes de résident obtenues par des ressortissants étrangers polygames avant l'entrée en vigueur de la loi du 24 août 1993», y de 10 junio 2001, «relative au logement des femmes décohabitantes de ménages polygames et engagées dans un processus d'autonomie». Por el mismo camino de Francia se aventuró diez años después España, que estableció el derecho a la reunificación familiar con respecto a una sola esposa, elegida por el marido (y por lo tanto no necesariamente la primera): Ley Orgánica 14/2003 de 20 noviembre 2003.

<sup>38</sup> Cfr. Cass., 24 septiembre 2002 (*Rev. crit. dr. int. privé*, 2003, p. 271, con nota de B. BOURDELOIS). En fecha tan tardía como 2007, hay una decisión favorable a la poligamia: Cass., 14 febrero 2007 (*Journ. dr. int.*, 2007, p. 933, con nota de B. BOURDELOIS). Entre los escritos más recientes, ver A. DECOCQ, «De la polygamie en France», en *Mélanges Jacques Foyer*, Paris, Litec, 2008, p. 269 ss.

## 2. El modelo «mixto» italiano

19. En Italia, donde la elevada incidencia de emigrantes irregulares y clandestinos penaliza los esfuerzos de integración, por lo visto se sigue una política mixta, que termina por pedirle al extranjero que renuncie a su especificidad cultural. El texto único sobre inmigración (d. lgs. 25 julio 1998, n. 286) prohíbe cualquier discriminación directa o indirecta, para con el inmigrante (art. 43), asignándoles a las instituciones estatales y locales el deber de favorecer «la conoscenza e la valorizzazione delle espressioni culturali ... e religiose degli stranieri regolarmente soggiornanti in Italia» (art. 42)<sup>39</sup>.

Salvo contadas intervenciones legislativas<sup>40</sup>, la solución de los conflictos normo-culturales queda en manos del juez, que normalmente le niega relevancia al factor cultural, en pro de la armonía interior.

20. El problema que con más frecuencia se plantea afecta a las circunstancias en que la autoridad del Estado de origen de la novia, a quien se pide que declare que «giusta le leggi a cui è sottopost[a] nulla osta al matrimonio» (según prevé el art. 116 Cod. Civ.), subordina dicha certificación a la declaración de conversión al Islam por parte del hombre, negándose el visto bueno a falta de ella. La jurisprudencia unánime ve, en esta negativa, una contrariedad al orden público y exime a la mujer de la presentación de la certificación<sup>41</sup>, conforme con la Circular n. 46/2007 del Ministerio de Asuntos Interiores<sup>42</sup>.

21. Acerca de la poligamia, la jurisprudencia civil nunca llegó a pronunciarse, hecha la salvedad de un *obiter dictum* donde se contempla la posibilidad de reconocerle la calidad de heredero a cada una de las mujeres; por otra parte, se trataba de una decisión relativa a la condición de heredero de la mujer somalí de un ciudadano italiano, por tanto monógamo, cuyo matrimonio se había celebrado en Somalia con rito islámico<sup>43</sup>.

22. El reconocimiento de resoluciones extranjeras de repudio siempre se negó como contrario al orden público: bien porque el repudio supone una vulneración del *principio de igualdad entre cónyuges*<sup>44</sup>, bien porque el repudio prescinde del examen de un órgano judicial<sup>45</sup>. Sólo en un caso, donde el marido le pedía específicamente al juez italiano la aplicación de la norma del Código civil iraní (art. 1133), según el cual «el hombre podrá divorciarse de su mujer siempre que quiera», la instancia de disolución del matrimonio se rechazó<sup>46</sup>.

<sup>39</sup> En términos similares se expresa la «Carta dei valori della cittadinanza e dell'integrazione» adoptada por el Ministerio del Interior en 2007 (decreto min. 23 abril 2007).

<sup>40</sup> Recuerdo la ley 9 de enero de 2006, n. 7, «Disposizioni concernenti la prevenzione e il divieto delle pratiche di mutilazione genitale femminile», que introdujo en el código penal el nuevo art. 583-bis.

<sup>41</sup> Trib. Verona, decreto 6 marzo 1987, en *Stato civile it.*, 1987, II, p. 201, con nota de S. ARENA *ibid.*, I, p. 187 ss.; Trib. Torino, decreto 24 febrero 1992, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1992, p. 985; Trib. Torino, decreto 24 junio 1993, en *Dir. fam.*, 1993, p. 1181; Trib. Barcellona, decreto 9 marzo 1995, en *Dir. fam.*, 1996, p. 164; Trib. Nápoles, decreto 29 abril 1996, en *Fam. dir.*, 1996, p. 454; Trib. Taranto, decreto 13 julio 1996, en *Fam. dir.*, 1996, p. 445; Trib. Treviso, decreto 15 abril 1997, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1997, p. 744; Trib. Piacenza, decreto 5 mayo 2011 (inédito). Acerca de este punto, también la Corte Costituzionale se ha pronunciado (orden 30 enero 2003, n. 14, en *Riv. dir. int.*, 2003, p. 814).

<sup>42</sup> «... la normativa costituzionale prevede l'assoluta libertà di fede religiosa e non consente di limitare in alcun modo l'istituto del matrimonio in dipendenza della fede religiosa di uno o di entrambi i coniugi ... (si) dovrà procedere alle pubblicazioni di matrimonio senza tener conto della condizione relativa alla fede religiosa» planteada por las autoridades extranjeras.

<sup>43</sup> «il figlio e la moglie del mussulmano poligamo sono comunque ammessi a succedere ai beni lasciati da costui in Italia e ... che l'accertamento dell'esistenza di un matrimonio valido —o di una filiazione legittima— rappresenta questione preliminare rispetto a quella principale della devoluzione ereditaria e, non implicando un'inserzione nella *lex fori* delle norme straniere che ammettono la poligamia o vietano i matrimoni misti, non pone neppure un problema di compatibilità con l'ordine pubblico interno»: Cass., 2 marzo 1999, n. 1739, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1999, p. 613.

<sup>44</sup> App. Roma, 29 octubre 1948, en *Foro pad.*, 1949, I, p. 348; Cass., 5 diciembre 1969, n. 3881, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1970, p. 868.

<sup>45</sup> App. Milano, 14 diciembre 1965, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1966, p. 381: el marido era iraní, su esposa italiana. Ver también Trib. Milano, 21 septiembre 1967, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1968, p. 403; App. Roma, 9 julio 1973, en *Dir. fam.*, 1974, p. 653.

<sup>46</sup> Cass., 8 marzo 1999, n. 1951, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, p. 130. En la misma dirección Cass., 28 diciembre 2006, n. 27592, en *Riv. dir. int.*, 2007, p. 886.

23. Finalmente, por lo que a filiación se refiere, la *Corte di Cassazione* destacó que una norma como la marroquí «che si ispira ad un rifiuto assoluto di protezione della filiazione naturale, della quale esclude ogni rilievo, se non al fine di determinare addirittura una conseguenza sanzionatoria (penale) nei confronti del genitore, non possa essere inserita nel nostro ordinamento, per contrasto con un principio di ordine público internacional italiano, che alla filiazione naturale assegna comune rilievo e tutela. Il nostro ordinamento riconnette al fatto della procreazione la posizione di figlio ed il relativo *status*, a tutela di una fondamentale esigenza della persona, dalla quale deriva il diritto all’affermazione pública di tale posizione ... Se ... per l’ingresso di una normativa straniera sulla materia non è certo richiesto che esso reproduca una ... parificazione di posición e tutela (dei figli legittimi e naturales como quella prevista dalla legge italiana), contrastano tuttavia con i principi fondamentali che riguardano la persona nel nostro ordinamento le regole che negano giuridicità ad una qualunque specie di filiazione»<sup>47</sup>.

## VI. El asedio jurisprudencial

24. La solución hacia la cual terminan convergiendo los Estados europeos es, por tanto, la jurisprudencial. Es decir que le toca al juez defender, en cada caso, la identidad normo-cultural nacional de la introducción de modelos sociales extraños, aprovechando los mecanismos que brinda el Derecho internacional privado. El mismo Derecho internacional privado, por su lado, pretende armonizar las identidades normo-culturales contrapuestas del extranjero y del foro, privilegiando la una con respecto a la otra según el punto de conexión empleado.

Un sistema fundado en el punto de conexión de la nacionalidad, acaba privilegiando la identidad individual, ya que la ciudadanía expresa, al menos como presunción, el enlace cultural con cierto Estado<sup>48</sup>. Si este último resulta multicultural, plurilegislativo de base personal, referirse a la *lex patriae*, por los criterios interiores de solución de los conflictos interpersonales, llegaría a resaltar efectivamente la *identidad cultural del individuo*.

En los sistemas fundados en el punto de conexión de la residencia habitual, al contrario, prima la identidad nacional, en una perspectiva de asimilación. Considerando, además, que el punto de conexión factual de la residencia habitual suele emplearse también como título de jurisdicción, la coincidencia entre *ius* y *forum* hace que el juez aplique en concreto su propia ley. La residencia habitual, además, no crea discriminaciones según la ciudadanía —las que prohíbe el art. 18 TFUE (antes art. 12 TCE)— y garantiza la *identidad social del individuo*<sup>49</sup>.

25. Ahora bien, no siempre los Estados siguen una política coherente. Baste con remitirnos a Inglaterra, que se inspira en el modelo multiculturalista y tiene, sin embargo, un sistema de Derecho internacional privado fundado principalmente en un punto de conexión territorial (*domicile*, entendido como «permanent home»); y que, por su parte, Francia, típicamente asimilacionista, sigue privilegiando el punto de conexión de la nacionalidad.

26. En lo que a Italia se refiere, el sistema de Derecho internacional privado, enfocado sobre la nacionalidad, resulta, en principio, respetuoso de la diversidad cultural. Ante culturas jurídicas discri-

<sup>47</sup> E. JAYME, «Die kulturelle Dimension des Rechts — Ihre Bedeutung für das Internationale Privatrecht und für die Rechtsvergleichung», *RabelsZ*, 2003, p. 211 ss., en p. 224.

<sup>48</sup> «Private life, in the Court’s view, includes a person’s physical and psychological integrity and can sometimes embrace aspects of an individual’s physical and social identity»: TEDH, 7 febrero 2002, *Mikulić c. Croazia*, párr. 53. En 2006, la Gran Sala (18 octubre 2006, *Üner c. Países Bajos*) establece: «it must be accepted that the *totality of social ties between settled migrants and the community in which they are living* constitute part of the concept of «private life» within the meaning of Article 8. Regardless of the existence or otherwise of a «family life», therefore, the Court considers that the expulsion of a settled migrant constitutes interference with his or her right to respect for private life» (par. 59). En este caso la interferencia era proporcionada, ya que, «while it is true that the applicant came to the Netherlands at a relatively young age, the Court is not prepared to accept that he had spent so little time in Turkey that, at the time he was returned to that country, he no longer had any *social or cultural (including linguistic) ties with Turkish society*» (párr. 62: la cursiva es nuestra).

<sup>49</sup> Ver *supra* párr. 1.



minoritarias (por religión o género), sin embargo, el límite del orden público, que implica valores normo-culturales, se invoca, como acabamos de ver, de manera sistemática; tanto es así que se vuelve más rígido el *conflicto de leyes*, transformándose en lo que corrientemente la doctrina, a partir de la aludida teoría de HUNTINGTON<sup>50</sup>, suele llamar *conflicto de civilizaciones (conflict de civilizations)*<sup>51</sup>. El resultado es la multiplicación de las *situaciones claudicantes* que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiende a condenar en nombre del derecho a la continuidad de los *status* y de las relaciones familiares (dicho en otras palabras, en nombre de la *armonía internacional*). De ahí provienen los esfuerzos, sobre todo de la doctrina, para reducir y relativizar el recurso al orden público en nombre de la teoría del *orden público atenuado*, del *orden público de proximidad (ordre public de proximité, Inlandsbeziehung)*, de la inviabilidad de la aplicación del orden público en las cuestiones previas: o planteando, *de iure condendo*, el abandono del punto de conexión de la nacionalidad en pro de puntos territoriales o de métodos diferentes de la localización espacial<sup>52</sup>.

## 1. Conflictos de ley y derechos humanos: ¿una relación difícil?

27. Por su parte el Tribunal Europeo, a primera vista por lo menos, parece configurar el sistema de tutela de los derechos humanos como alternativo y predominante con respecto al sistema de Derecho internacional privado. En una reciente sentencia (*caso Wagner*)<sup>53</sup>, de hecho, el Tribunal llegó a imponerle al Estado (Luxemburgo) el respeto de *status* adquiridos válidamente en el extranjero (adopción plena

<sup>50</sup> Amplía la doctrina: ver, entre otros, P. MERCIER, *Conflicts de civilisations et droit international privé: polygamie et repudiation*, Genève, Droz, 1972; J. DÉPREZ, «Droit international privé et conflit de civilisations: aspects méthodologiques: les relations entre systèmes d'Europe occidentale et systèmes islamiques en matière de statut personnel», *Recueil des Cours*, 1988-IV, t. 211, p. 9 ss.; E. JAYME, «Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne», *Recueil des Cours*, 1995, t. 251, p. 9 ss.; P. MANKOWSKI, «Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht», *IPRax*, 2004, p. 282 ss.; P. LAGARDE, «Différences culturelles et ordre public en droit international privé de la famille», en *Annuaire de l'Institut de Droit International*, session de Cracovie, vol. 71-I, 2005, p. 11 ss.; M.-C. NAJM, *Principes directeurs du droit international privé et conflit de civilisations. Relations entre systèmes laïques et systèmes religieux*, Paris, Dalloz, 2005; Y. LEQUETTE, «Le conflit de civilisation à la lumière de l'expérience franco-tunisienne», en *Mélanges offerts au Prof. S. Ben Halima*, Tunis, Centre de publication universitaire, 2006, pp. 175-233; A. MALATESTA, «Cultural Diversity and Private International Law», en *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar*, Milano, Giuffrè Editore, 2009, p. 643 ss.; G. CARELLA, «La famiglia transnazionale fra conflitti di civilizzazione e diritti umani», en TRIGGIANI (Coord.), *Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, p. 429 ss. (ya publicado en CARELLA, [Ed.], *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto internazionale privato*, Torino, Giappichelli Editore, 2009, p. 67 ss.); L. GANNAGÉ, «Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures», *Recueil des Cours*, 2010 (en prensa).

<sup>51</sup> Un análisis de este tema es en G. CARELLA, «La famiglia transnazionale...», *cit.*, p. 434 ss.; A. MALATESTA, «Cultural Diversity...», *cit.*, p. 646 ss.; F. MARCHADIER, *Les objectifs généraux du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 598 ss.; P. KINSCH, «Droits de l'homme, droits fondamentaux et droit international privé», *Recueil des cours*, 2005, t. 318, p. 9 ss., a p. 165 ss. y 258 ss. De interés el estudio reciente de K. KNOP, P. MICHAELS, A. RILES, «From Multiculturalism to Technique: Feminism, Culture and the Conflict of Laws Style», *Stanford Law Review*, Vol. 64, Issue 3 (March 2012) ([http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1923175](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1923175)).

<sup>52</sup> TEDH, 28 junio 2007, *Wagner e J.M.W.L. c. Luxemburgo* (también en *Jour. dr. int.*, 2008, p. 183, con nota de L. D'AVOUT): «133. ... the national authorities refused to recognise that situation, making the Luxembourg conflict rules take precedence over the social reality and the situation of the persons concerned in order to apply the limits which Luxembourg law places on full adoption.... 135. The Court concludes that in this case the Luxembourg courts could not reasonably refuse to recognise the family ties that pre-existed *de facto* between the applicants and thus dispense with an actual examination of the situation. Reiterating, moreover, that the Convention is «a living instrument and must be interpreted in the light of present-day conditions» ..., the Court considers that the reasons put forward by the national authorities —namely, the strict application, in accordance with the Luxembourg rules on the conflict of laws, of Article 367 of the Civil Code, which permits adoption only by married couples— are not 'sufficient' for the purposes of paragraph 2 of Article 8».

<sup>53</sup> TEDH, 3 mayo 2011, *Negrepontis-Giannisis c. Grecia*: el Tribunal, recordando (párr. 60 y 74) el caso Wagner señala expresamente que «l'interprétation par le juge ... de la notion d'ordre public ne doit pas être faite de manière arbitraire et disproportionnée» (párr... 90). Para un primer comentario, ver C. DAELMAN, «The Interaction between Human Rights and Private International Law», *Tijdschrift@ipr.be / Revue@dipr.be*, 2011, n. 3, p. 70 ss.; y P. KINSCH, «La non-conformité du jugement étranger à l'ordre public international mise au diapason de la Convention européenne des droits de l'homme», *Rev. crit. dr. int. privé*, 2011, p. 817 ss. Véanse también las consideraciones de la Corte acerca de la intervención del límite del orden público en defensa «de l'intérêt de la communauté à promouvoir les mariages monogamiques», en la decisión de inadmisibilidad del recurso (n° 38797/07) *Green e Farhat c. Malta*, en fecha 6 julio 2010 (publicado también en *Rev. crit. dr. int. privé*, 2011, p. 665, con nota de L. D'AVOUT).

conseguida en Perú por una ciudadana de Luxemburgo), prescindiendo de la valoración de Derecho internacional privado del Estado mismo. El Estado, pues, debería traducir a la realidad jurídica la realidad social que se ha creado en el extranjero. Ya que en la circunstancia las autoridades del Estado negaron el reconocimiento del *status* conseguido en el extranjero, considerando prevalentes las normas de conflicto del foro sobre la realidad social, el Tribunal vio una violación de CEDH (art. 8: derecho al respeto a la vida privada y familiar). Más exactamente, el Tribunal opinó que «the strict application, in accordance with the ... rules on the conflict of laws», de cierta norma no es «sufficient» para la interferencia con el derecho al respeto a la vida familiar de la persona.

28. Bien, el Tribunal Europeo de los Derechos del Hombre, según parece, plantea la desaplicación de aquella norma y, por tanto, parece que quiere dejar fuera de juego el Derecho internacional privado cuando éste produce, en el caso considerado, la *violación de un derecho fundamental* (como el del respeto a la vida familiar). Bien mirado, el Tribunal pudo querer decir simplemente que el Estado debe valorar con atención el impacto concreto sobre la realidad social de la aplicación de esa norma, para averiguar su «suficiencia» (o, mejor dicho, su *proporcionalidad*) respecto a su fin. Dicho en otras palabras, la sugerencia sería la de emplear la *cláusula de orden público* (en el Derecho internacional privado) como cláusula de interferencia, armonizando los derechos en juego. La sugerencia, confirmada por el mismo Tribunal Europeo en 2011 (*caso Negreponitis-Giannisis*<sup>54</sup>), me parece digna de compartirse y parece ser que los jueces franceses ya la recogieron<sup>55</sup>.

## 2. Un límite común al pluralismo cultural

29. A favor del empleo de la *cláusula de orden público* como *cláusula de interferencia* juega un rasgo común al sistema de Derecho internacional privado y al del Convenio Europeo de Derechos Humanos: ambos reflejan un modelo de ordenamiento pluralista, reservándole sin embargo al Estado un poder de injerencia como tutela de intereses colectivos. Los presupuestos explícitamente exigidos en las cláusulas de interferencia de CEDH —que se refieren a la injerencia que «esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública (*public safety, défense de l'ordre*), el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás»— se parecen a los que implícitamente exige la intervención del límite del orden público (y además a los que, en el ámbito de la Unión Europea, permiten desaplicar el *principio del mutuo reconocimiento*). Averiguar dichas condiciones pertenece, en ambos sistemas, al margen de apreciación del Estado, que es relativo, en el sentido de que varía según las circunstancias, de la materia y del contexto.

La interferencia ha de ser coherente con el fin que el Estado se fija. Dicha *coherencia y proporcionalidad* necesitan ser averiguadas no a través de una comparación abstracta entre parejas de normas, sino mediante la averiguación de las consecuencias concretas, de su aplicación para el individuo, por un lado, y para la sociedad, por otro<sup>56</sup>. Dejando bien claro que, al haber un acto emitido en el extranjero, dicha averiguación hay que referirla al momento en el cual se da, y no al momento de su aplicación de la norma. Por consiguiente, si la norma es discriminatoria hay que salvar el formalismo del *principio de igualdad*, para concentrarse más bien en la sustancia, en los efectos concretos del acto extranjero:

<sup>54</sup> Cass. fr., 8 julio 2010, en *Rev. crit. dr. int. privé*, 2010, p. 747, con nota de P. HAMMJE: el caso se refería al reconocimiento de un acto de EE. UU. con el que una mujer francesa se había declarado como «padre» de un niño adoptado nacido de la fecundación heteróloga de la pareja estadounidense. Digna de recordarse, por la analogía de razonamiento, la decisión tomada en Italia por el Tribunal de Apelación de Bari, en un caso de gestación por sustitución: App. Bari, 13 febrero 2009 (en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 699, con comentarios de C. CAMPIGLIO —*Lo stato di figlio nato da contratto internazionale di maternità* - en p. 589 ss.).

<sup>55</sup> Muestras de este punto de vista son los juicios en los que el Tribunal de Estrasburgo ha observado la falta de impacto social de la interferencia, contra las consecuencias graves para el individuo, y por lo tanto, la desproporción entre medios y resultados: TEDH, 26 octubre 1988, *Norris c. Irlanda*, párr. 46; 29 octubre 1992, *Open Door y Dublin Well Woman c. Irlanda*, párr. 67 ss., especialmente 76-77.

<sup>56</sup> *Supra*, párr. 7.

prescindiendo, pues, del contraste entre el CEDH y la norma en la cual se funda el acto. Si así no fuera, el individuo, ya penalizado por la norma extranjera, terminaría, en concreto, por sufrir otro perjuicio: piénsese, por ejemplo, en el caso de un repudio en el perjuicio sufrido por una mujer a quien le interese posteriormente valerse de su propio reconquistado estado libre para contraer otro matrimonio. Según se vio, por otra parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos prevé la desaplicación de la norma discriminatoria no ya como una obligación para el Estado, sino como una mera facultad que hay que considerar a nivel de margen de apreciación<sup>57</sup>.

Hay que añadir que la eventual proximidad de la circunstancia al foro no debería jugar un papel autónomo, y resultar más bien abarcada por este juicio.

### 3. El límite a la aplicación del Derecho islámico

**30.** Así, si, por ejemplo, se les pidiera a las autoridades italianas la celebración de un matrimonio poligámico o la disolución de un matrimonio a raíz de un repudio sin garantías patrimoniales para la mujer, una reacción negativa en nombre del orden público se consideraría proporcionada<sup>58</sup>. El sacrificio individual es relativamente alto, pero es alto también el interés social a que se respeten dos pilares del ordenamiento del foro: la naturaleza monogámica del matrimonio y la igualdad de los cónyuges. Ya que esta última queda sancionada también por el art. 5 del Protocolo 7 CEDH<sup>59</sup>, la aplicación de las normas islámicas discriminatorias además expondría a Italia al riesgo de censuras en Estrasburgo.

**31.** Diferente, en cambio, resultaría la situación en la cual la autoridad italiana tuviese que reconocer los efectos descendientes de la aplicación en el extranjero de las normas sobre la poligamia o el repudio: en este caso, en efecto, ya se creó una situación cuya nueva puesta en discusión, en nombre del *principio de igualdad*, podría vulnerar otros derechos fundamentales (precisamente el derecho al respeto de la vida privada y familiar). Sobre el tema, ya queda dicho que, si un Estado no está obligado a asegurar el respeto del CEDH por parte de otro, a partir de 1989 (*caso Soering*) el Tribunal Europeo de Derechos Humanos impondría a los Estados evitar la aplicación de normas extranjeras contrarias al CEDH<sup>60</sup>. En el aludido *caso Soering*, la violación del CEDH no se hubiese dado si el Estado (Reino Unido) no hubiese tenido cierta conducta (extradición a Estados Unidos: el Tribunal alude a la responsabilidad del Estado parte «by reason of its having taken action which has as a direct consequence the exposure of an individual» a la violación de un derecho de este último)<sup>61</sup>. En nuestro caso, en cambio, no se facilita la violación del CEDH por parte de otro Estado; porque la aplicación de la norma, y su consiguiente violación, ya se consumaron en el extranjero, originando una situación *de facto* (adquisición por parte de dos o más mujeres del *status* de cónyuge del mismo varón, pérdida del *status* de cónyuge por parte de la mujer repudiada).

<sup>57</sup> App. Milano, 17 diciembre 1991, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1993, p. 109.

<sup>58</sup> «Los cónyuges gozarán de igualdad de derechos y de obligaciones civiles entre sí y en sus relaciones con sus hijos por lo que respecta al matrimonio, durante el mismo y en caso de disolución. El presente artículo no impedirá a los Estados adoptar las medidas necesarias en interés de los hijos.»

<sup>59</sup> Este es el mecanismo de protección indirecta, o *par ricochet*, de algunos derechos humanos.

<sup>60</sup> TEDH, 7 julio 1989, *Soering c. Reino Unido*, párr. 91.

<sup>61</sup> En ausencia de normas internacionales para la protección de la migración y, por lo tanto, dado el derecho del Estado de controlar el ingreso de extranjeros a su territorio, el Tribunal Europeo ha subrayado repetidamente que, «where immigration is concerned, Article 8 cannot be considered to impose on a State a general obligation to respect the choice by married couples of the country of their matrimonial residence and to authorise family reunion in its territory. In order to establish the scope of the State's obligations, the facts of the case must be considered» (TEDH, 19 febrero 1996, *Gül c. Suiza*, párr. 38; ver ya las sentencias 28 mayo 1985, *Abdulaziz, Cabales e Balkandali c. Reino Unido*, párr. 68; 20 marzo 1991, *Cruz Varas y otros c. Suecia*, párr. 88; 28 noviembre 1996, *Ahmut c. Países Bajos*, párr. 67; 7 noviembre 2000 (dec.), *P.R. c. Países Bajos*; 13 mayo 2003 (dec.), *Chandra y otros c. Países Bajos*; 29 julio 2010, *Mengeshu Kimfe c. Suiza*, párr. 61). En particular, en virtud de la cláusula de interferencia del artículo. 8, párr. 2, «when considering immigration on the basis of family ties, a Contracting State cannot be required under the Convention to give full recognition to polygamous marriages which are in conflict with their own legal order» (Comisión Europea de Derechos Humanos, decisión 6 enero 1992, rec. 14501/89, *E.A. y A.A. c. Países Bajos*, en *Décisions et Rapports* 72, p. 118 ss., en p. 128).

**32.** Por lo que concierne a la poligamia, hace falta, realísticamente, quitarle dramatismo al problema. En pro de la identidad cultural europea, en efecto, la Unión Europea, desde el año 2003, impide la entrada de modelos culturales y familiares extraños. La Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar prevé específicamente que «en caso de matrimonio poligámico, si el reagrupante ya tuviera un cónyuge viviendo con él en el territorio de un Estado miembro, el Estado miembro en cuestión no autorizará la reagrupación familiar de otro cónyuge» (art. 4, apartado 4)<sup>62</sup>. En todos los Estados de la Unión, pues, un hombre puede convivir con una sola esposa (no necesariamente la primera) y, por consiguiente, no tendría por qué plantearse en rigor el problema de relaciones interpersonales poligámicas.

**33.** En cuanto al repudio, en cambio, hace falta precisar que la discriminación no reside tanto en la naturaleza discrecional del instituto, sino en el hecho de quedar éste reservado al marido: por otra parte, hay que tener en cuenta que, en muchos ordenamientos islámicos, la mujer puede, de todos modos, pedir el divorcio, bajo condiciones bastante favorables, y aun reservarse, en el contrato matrimonial, el derecho al autorrepudio (*tamliq*). Ante repudios pronunciados en el extranjero con el consentimiento de la mujer —que lo haya solicitado o lo haya permitido<sup>63</sup>— el impacto concreto de la violación del principio de igualdad es relativo. Ante esta hipótesis, así como cuando sea la mujer misma quien pida el reconocimiento, a lo mejor para poderse volver a casar, la mujer renuncia, por así decirlo, a meter en juego la discriminación, atribuyendo a la disolución del matrimonio una forma consensual, e integrando el respeto de los derechos de defensa. Una vez más, la atención ya no tiene que concentrarse sobre el acto de repudio en sí, sino en sus consecuencias concretas, a partir de las patrimoniales (el marido, como norma general, tiene que concederle una indemnización consolatoria a la mujer, calculada según una pensión alimenticia de, por lo menos, dos años, teniendo en cuenta la situación económica del marido, de las circunstancias del repudio y de la duración del matrimonio)<sup>64</sup>. Resultan convincentes las consideraciones desarrolladas, en 1998, por el Tribunal Supremo español, solicitado por la mujer a que se pronunciase sobre el reconocimiento de un repudio egipcio. El vencimiento del plazo fijado por la ley egipcia para la revocación del repudio y las nuevas bodas del marido, eliminaban los elementos de incertidumbre e inestabilidad que, en ocasiones, llevaron a los jueces españoles a negar el reconocimiento. Dicho reconocimiento, al contrario, en la circunstancia se imponía de acuerdo a un «elemental principio de justicia material... Mantener lo contrario significaría elevar el formalismo del principio igualatorio por encima del resultado material que se produce en el caso concreto, convirtiendo en perjuicio lo que debiera actuar en protección de la mujer discriminada, al obligarla a acudir a un juicio de divorcio en España para obtener una definitiva disolución del vínculo matrimonial ya producida en el Estado de origen, cuando a través del exequátur se recibiría la sentencia con ese mismo contenido»<sup>65</sup>.

**34.** El repudio extranjero, o mejor dicho el procedimiento a través del cual el mismo se realiza, pone en tela de juicio, sin embargo, también el principio del proceso equitativo, cuando se perfecciona sin la intervención de la autoridad judicial. Desde este punto de vista, hay que observar que, si es cierto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos le otorga al juez del Estado solicitado también el control del respeto en el proceso extranjero de las garantías procesales<sup>66</sup>, hay que constatar

<sup>62</sup> La aceptación por parte de la esposa es una de las condiciones bajo las cuales el legislador belga admite el reconocimiento del repudio extranjero (art. 57 Código de Derecho internacional privado).

<sup>63</sup> Aix-en-Provence, 10 mayo 1998, en *Journ. dr. int.*, 1999, p. 136, con nota de A. BENCHENEB; Cass., 3 julio 2001, en *Rev. crit. dr. int. privé*, 2001, p. 704, con nota de P. GANNAGÉ.

<sup>64</sup> Trib. Supremo español, 21 abril 1998. En la dirección opuesta, App. Roma, 9 julio 1973, en *Dir. fam.*, 1974, p. 653: en este caso, la mujer le había pedido a su marido que la repudiara, además eximiéndole del pago del saldo de la dote y de la pensión alimenticia.

<sup>65</sup> Ver en particular las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 20 julio 2001, *Pellegrini c. Italia*; y 29 abril 2008, *Mc Donald c. Francia*; y 3 mayo 2011, *Negrepontis- Giannisis c. Grecia*.

<sup>66</sup> P. BELLET / B. GOLDMAN, «La Convention de La Haye sur la reconnaissance des divorces et des séparations de corps», *Journ. dr. int.*, 1969, p. 843 ss., en p. 847. Ver también H. VAN LOON, «The Accommodation of Religious Laws in Cross-Border Situations: The Contribution of the Hague Conference on Private International Law», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2010, n. 1, p. 261 ss., en p. 263 ([www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt)).

la reciente tendencia de los ordenamientos jurídicos a introducir formas de solución extrajudicial de las controversias matrimoniales. El mismo Convenio de La Haya de 1 junio 1970 sobre el reconocimiento de divorcios y separaciones legales se aplica a las sentencias pronunciadas como consecuencia de «un procedimiento judicial u otro oficialmente reconocido en este último y que produzca efectos legales en el mismo» (art. 1), y, por tanto, según lógica, a las sentencias emitidas por autoridades religiosas<sup>67</sup>. Ni se puede dejar de mencionar el hecho de que, en algunos Estados islámicos, el repudio ya no es un acto privado, exigiéndose la presencia de un juez (Argelia) o un procedimiento de homologación judicial (Marruecos).

## VII. Conclusiones

**35.** La *cultura*, según queda dicho, son esas gafas a través de las cuales cada uno ve y valora a sí mismo y a los otros. Tanto el inmigrante como el juez están obligados a realizar un viaje —real el primero, virtual el segundo—, cada uno al país del otro, y, por tanto, a intercambiarse las gafas entre sí. Al juez, sin embargo, se le reconoce la posibilidad de acudir a un filtro que le defiende de los posibles reflejos inaceptables de la realidad extranjera. Tal filtro, cuya acción precisa calibrarse con vistas al resultado, determina necesariamente una pérdida de definición de la imagen: el juez, pues, debería valer de la misma sólo en caso de necesidad real, o sea tan solo cuando, concretamente, el sacrificio en términos de definición resulte proporcionado a la ganancia en términos de efecto general. Dejándonos de metáforas, el legislador autoriza al juez, en virtud de la *cláusula de orden público*, a valorar el impacto concreto en su propio ordenamiento de las normas extranjeras aplicables (o de las decisiones emitidas en el extranjero) y a rechazarlas en la medida en que esto sea proporcionado al interés de la armonía interna. Es decir, que el juez tiene que actuar en el respeto de la regla imaginaria —que, al comienzo, empleamos como hipótesis— según la cual toda persona tiene derecho al respeto de su *identidad cultural* sin que pueda haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la protección de la *identidad cultural del Estado*.

**36.** Más raramente, además, el juez, si no consigue enfocar bien la imagen extranjera, está obligado a adoptar un filtro de corrección, que, matizándola, modifica dicha imagen, hasta hacerla reconocible. Así, ante institutos jurídicos extranjeros desconocidos en el foro —como, por ejemplo, *mahr*<sup>68</sup>, *katb ktab*<sup>69</sup>

<sup>67</sup> El Bundesgericht alemán ha calificado recientemente esta donación nupcial como perteneciente a los efectos del matrimonio (9 diciembre 2009: v. N. YASSARI, «Die islamische Brautgabe im deutschen Kollisions- und Sachrecht», *IPrax*, 2011, p. 63 ss.). Para un estudio internacionalprivadístico del tema, ver M. P. DIAGO DIAGO, «La dot islamique à l'épreuve du conflit de civilisations, sous l'angle du droit international privé espagnol», *Annales droit Louvain*, 2001, p. 407 ss.; L.E. BLENKHORN, «Islamic Marriage Contracts in American Courts: Interpreting Mahr Agreements as Prenuptials and Their Effect on Muslim Women», *University of Southern California*, 2002, p. 189 ss.; M. SAYED, «The Muslim Dower (Mahr) in Europe – with special reference to Sweden», en K. BOELE-WOELKI, T. SVERDRUP (Ed.), *European Challenges in Contemporary Family Law*, Antwerp/Oxford/Portland, Intersentia, 2008, p. 187 ss.

<sup>68</sup> Ver App. Torino, decr. 23 diciembre 2010, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2011, p. 478.

<sup>69</sup> La jurisprudencia italiana no es unívoca a la hora de calificar esta institución, y en particular, equipararla a la adopción. Ver, entre otros, Trib. min. Trento, decr. 11 marzo 2002, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, p. 1056; App. Bari, decr. 16 abril 2004, en *Fam. e dir.*, 2005, p. 61; Cass., 4 noviembre 2005, n. 21395, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, p. 791; App. Torino, decr. 28 junio 2007, en *Dir. immigr. e cittadinanza*, 2007, n. 3, p. 142; Cass., 20 marzo 2008, n. 7472, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, p. 809; Cass., 17 julio 2008, n. 19734, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 742; Trib. Módena, decr. 5 noviembre 2009, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 985; Cass., 28 enero 2010, n. 1908, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 790; Cass., 1 marzo 2010, n. 4868, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 754; Trib. min. Brescia, 12 marzo 2010, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 760; Cass., 24 enero 2012, n. 996 (inérita). Sobre el tema ver en la doctrina G. PIZZOLANTE, «La kafalah islamica e il suo riconoscimento nell'ordinamento italiano», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, p. 947 ss.; C. CAMPIGLIO, «Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, p. 43 ss., en p. 70 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, «Rassegna critica della giurisprudenza in materia di coesione familiare con il minore affidato mediante kafalah», en *Gli stranieri*, 2011, p. 15 ss.; y también M.-C. LE BOURSICOT, «La Kafala ou recueil légal des mineurs en droit musulman: une adoption sans filiation», *Droit et cultures*, 2010 (<http://droitcultures.revues.org/2138>); y M. P. DIAGO DIAGO, «La kafala islámica en España», en *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2010, n. 1, p. 140 ss. ([www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt)).

y *kafala*<sup>70</sup> islámicas— el juez tiene que sacar de las mismas los elementos esenciales para valorar a qué institutos del foro los mismos se pueden asimilar y con qué norma de conflicto hay que relacionarlos.

---

<sup>70</sup> La jurisprudencia italiana no es unívoca a la hora de calificar esta institución, y en particular, equipararla a la adopción. Ver, entre otros, Trib. min. Trento, decr. 11 marzo 2002, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, p. 1056; App. Bari, decr. 16 abril 2004, en *Fam. e dir.*, 2005, p. 61; Cass., 4 noviembre 2005, n. 21395, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2006, p. 791; App. Torino, decr. 28 junio 2007, en *Dir. immigr. e cittadinanza*, 2007, n. 3, p. 142; Cass., 20 marzo 2008, n. 7472, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, p. 809; Cass., 17 julio 2008, n. 19734, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 742; Trib. Módena, decr. 5 noviembre 2009, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 985; Cass., 28 enero 2010, n. 1908, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 790; Cass., 1 marzo 2010, n. 4868, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 754; Trib. min. Brescia, 12 marzo 2010, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2010, p. 760; Cass., 24 enero 2012, n. 996 (inérita). Sobre el tema ver en la doctrina G. PIZZOLANTE, «La kafalah islamica e il suo riconoscimento nell'ordinamento italiano», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2007, p. 947 ss.; C. CAMPIGLIO, «Il diritto di famiglia islamico nella prassi italiana», *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2008, p. 43 ss., en p. 70 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, «Rassegna critica della giurisprudenza in materia di coesione familiare con il minore affidato mediante kafalah», en *Gli stranieri*, 2011, p. 15 ss.; y también M.-C. LE BOURSICOT, «La Kafala ou recueil légal des mineurs en droit musulman: une adoption sans filiation», *Droit et cultures*, 2010 (<http://droitcultures.revues.org/2138>); y M. P. DIAGO DIAGO, «La kafala islámica en España», en *Cuadernos de Derecho transnacional*, 2010, n. 1, p. 140 ss. ([www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt)).

# DESAFÍOS Y TENDENCIAS EN EL ACTUAL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO EUROPEO DE LOS CONTRATOS

HILDA AGUILAR GRIEDER

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Huelva*

Recibido: 20.07.2012 / Aceptado: 29.07.2012

**Resumen:** Detrás de la regulación del Reglamento «Roma I» se detectan diversas tendencias o voluntades, entre las que destacaríamos las siguientes. Por un lado, la de conciliar o coordinar el susodicho texto legal con otros instrumentos jurídicos de la Unión Europea; incluso a costa de limitar, en cierta medida, el alcance de la autonomía conflictual de las partes de la relación contractual. Por otra parte, la de reforzar la seguridad jurídica, esto es, potenciar la previsibilidad de sus respuestas jurídicas; y ello aun a costa de renunciar a un cierto grado de flexibilidad en sus soluciones. Dicha tendencia a la previsibilidad del resultado, a la certeza jurídica, conlleva una destacable especificidad en sus soluciones conflictuales. Y, por último, detrás de la regulación del Reglamento, al igual que acontece con otros instrumentos de la Unión Europea, también subyace una tímida e incipiente materialización. Dichas tendencias constituyen auténticos desafíos para el futuro de la Ciencia jurídica y del Derecho internacional privado, en su conjunto, y del Derecho Internacional Privado contractual de la Unión Europea en particular.

**Palabras clave:** Unión Europea, Derecho Internacional Privado, cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza, contratos internacionales, tendencias y principios subyacentes a la regulación del Reglamento «Roma I» sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

**Abstract:** The rules enshrined in the Rome I Regulation reveal certain trends or inclinations, the most prominent of which are the following: on the one hand, the shift towards harmonizing this set of rules with other legal instruments used by the European Union, even at the expense of limiting the scope of the freedom of parties in conflict when involved in a contractual relationship; on the other hand, there is a desire to strengthen the certainty of the law, that is, to raise the predictability of its judicial outcomes, by renouncing a certain degree of flexibility within these solutions. This trend towards to the predictability of judicial responses lends a significant specificity to conflict resolution. The substance of the Rome I Regulation, as with other legal instruments used by the European Union, amounts to a timid and insipid response. Such tendencies are real challenges for the future of Legal Science and Private International Law in general, and Private International and Contract Law in the European Union in particular.

**Key words:** European Union, Private International Law, European judicial cooperation in civil matters with cross-border repercussions, international agreements, «Rome I» Regulation regarding the law applicable to contractual obligations purposes and trends.

**Sumario:** I. Planteamiento general: contexto e identificación de los principios subyacentes a la regulación del Reglamento «Roma I» II. Conciliación del Reglamento «Roma I» con el ordenamiento jurídico de la Unión Europea. 1. Bases del problema. 2. Conciliación del Reglamento «Roma I» con las Directivas sectoriales de la Unión Europea protectoras del mercado interior. 3. Conciliación del Reglamento «Roma I» con otros instrumentos de Derecho Internacional Privado de la Unión Europea. III. Previsibilidad *versus* flexibilidad en el actual Derecho internacional privado europeo de los contratos. IV. Especificidad *versus* generalidad en el actual Derecho internacional privado europeo de los contratos. V. Algunas manifestaciones de materialización en el actual Derecho Internacional Privado europeo de los contratos.

## I. Planteamiento general: contexto e identificación de los principios subyacentes a la regulación del Reglamento «Roma I»

1. Uno de los objetivos prioritarios perseguidos por la Unión Europea en los últimos años consiste en alcanzar, de un modo progresivo, un auténtico espacio de libertad, seguridad y justicia en dicho ámbito. La consecución del referido fin implica la adopción por el Consejo de medidas en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil con repercusión transfronteriza, siempre y cuando ello sea necesario para el correcto funcionamiento del mercado interior. Dichas medidas están fundamentalmente encaminadas a garantizar la plena consecución de un objetivo esencial para las instituciones europeas desde el Consejo Europeo de Tampere del año 1999: del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales y extrajudiciales, en materia civil y mercantil, en el espacio europeo. Dicho principio, que constituye la piedra angular de la cooperación judicial internacional en materia civil, aspira a conseguir una ambiciosa finalidad: en concreto, la supresión generalizada del *exequátur*, en materia tanto civil como mercantil, en el seno de la Unión Europea<sup>1</sup>.

Una de las medidas más relevantes, a efectos de alcanzar la ansiada libre circulación de resoluciones judiciales en el marco de la Unión Europea y en última instancia la consolidación de un espacio judicial europeo, consiste en unificar las normas de Derecho internacional privado (en adelante, DIPr.), de los Estados miembros de la Unión, relativas a los «conflictos de leyes» y a los «conflictos de jurisdicción». En la práctica, con independencia de la imprecisión del término utilizado por el apartado 2 c) del art. 65 del Tratado de Lisboa («garantizar la compatibilidad de las normas aplicables en los Estados miembros en materia de conflictos de leyes y de jurisdicción»)<sup>2</sup>, la medida a adoptar, por el Parlamento Europeo y el Consejo con arreglo al procedimiento legislativo ordinario cuando ello resulte necesario para el buen funcionamiento del mercado interior, no consiste en aproximar o en armonizar, sino en unificar, las normas de competencia judicial internacional y de Derecho aplicable de los Estados miembros de la Unión<sup>3</sup>. Dicha medida, que está afectando tanto al ámbito del Derecho patrimonial como al del Derecho de familia y de sucesiones, ha sido considerada como una medida complementaria al principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones, ya que la unificación de los sistemas de DIPr. de la Unión Europea es un paso previo imprescindible para poder prescindir, en el ámbito europeo, del procedimiento intermedio del *exequátur* y de los motivos de denegación del mismo<sup>4</sup>.

2. En materia contractual, la unificación de las normas de competencia judicial internacional y de eficacia extraterritorial de decisiones extranjeras, de los Estados miembros de la Unión Europea, se ha llevado a cabo a través del Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento «Bruselas I»)<sup>5</sup>; mientras que la de las normas de conflicto se ha realizado

<sup>1</sup> En relación con dicho principio, materializado en diversos Reglamentos de la Unión Europea adoptados con arreglo a la base jurídica competencial introducida por el Tratado de Ámsterdam, *vid.* el apartado 2a) del art. 65 del Tratado de Lisboa.

<sup>2</sup> Apartado 2c) del art. 81 de la versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Pese a que el anteriormente vigente art. 65 b) del TCE, establecido por el Tratado de Ámsterdam, utilizaba una expresión algo menos contundente que la contenida en el Tratado de Lisboa («fomentar la compatibilidad»), en la práctica se interpretaba del mismo modo. Como es sabido, fue precisamente el Tratado de Ámsterdam el que instauró la referida medida y con arreglo al cual se han elaborado, en un corto espacio de tiempo, una multitud de Reglamentos de la Unión Europea en sectores jurídicos materiales muy diversos. Un análisis de los referidos Reglamentos puede encontrarse en AAVV, *La cooperación en materia civil en la Unión Europea: textos y comentarios*, bajo la coordinación de A. BORRÁS, Thomson, Aranzadi, Navarra, 2009.

<sup>3</sup> *Vid.* los Considerandos 1-6 del referido Reglamento. Por lo que se refiere a la relación del Reglamento «Roma I» con su antecesor, el Convenio de Roma, *vid.* el art. 24 del Reglamento.

<sup>4</sup> En relación con la progresiva unificación del Derecho conflictual a nivel europeo, *vid.*, por ejemplo, AAVV, *Hacia un Derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Serie «Derecho», núm. 114, 2008.

<sup>5</sup> *DOUE*, de 16 de enero de 2001, núm. L 12. Corrección de errores: *DOUE*, de 24 de noviembre de 2001, núm. L 307; *DOUE*, de 5 de julio de 2002, núm. L 176. *Vid.*, igualmente, la Decisión del Consejo, de 27 de abril de 2006, relativa a la celebración del Acuerdo entre la Comunidad Europea y el Reino de Dinamarca relativo a la competencia judicial, el reco-



por la vía del Reglamento (CE) núm. 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento «Roma I»)<sup>6</sup>.

En la actualidad, los referidos Reglamentos de la Unión Europea constituyen los pilares fundamentales o básicos del DIPr. europeo, esto es, los ejes centrales del espacio judicial europeo<sup>7</sup>.

3. La elaboración del Reglamento «Roma I», por el legislador de la Unión Europea, ha estado guiada, en última instancia, por la consecución de un doble objetivo o finalidad.

Por un lado, por la necesidad de convertir, de transformar, como ya se había hecho en otros ámbitos del DIPr, un Convenio internacional comunitario multilateral cuyos Estados parte eran los Estados miembros de la Comunidad Europea, el Convenio de Roma, de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante, Convenio de Roma)<sup>8</sup>, en un acto normativo de la Unión Europea, en concreto, en un Reglamento adoptado sobre la en aquellos momentos novedosa base jurídica competencial prevista en los anteriormente vigentes arts. 61 c) y 65 b) del TCE tras su redacción por el Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997 (cuya entrada en vigor se produjo el 1 de mayo de 1999)<sup>9</sup>.

Y, por otro lado, por la necesidad o conveniencia de corregir algunos defectos relevantes detectados con ocasión del funcionamiento del Convenio de Roma durante el tiempo de su vigencia<sup>10</sup>, así como por la de actualizar o modernizar algunas de sus disposiciones, adaptándolas a la actual realidad social y, muy especialmente, al comercio electrónico. Este segundo objetivo conllevaba la imperiosa necesidad de una modificación sustancial de algunos de los preceptos del Convenio de Roma. Dichas modificaciones se habían venido demandando tanto en el ámbito doctrinal como en el jurisprudencial. Con independencia de los resultados finalmente alcanzados, la norma del referido texto convencional

---

nocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, el cual persigue extender a Dinamarca las disposiciones del Reglamento «Bruselas I» (*DOUE*, de 5 de mayo de 2006, núm. L 120/22). En la actualidad, el Reglamento «Bruselas I» está siendo objeto de revisión: *vid.* el Libro Verde sobre la revisión del Reglamento (CE) n° 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, presentado en Bruselas el 21 de abril de 2009 por la Comisión de las Comunidades Europeas, COM (2009) 175 final (el cual se plantea, entre otras cuestiones, la supresión de todas las medidas intermedias necesarias para el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales dictadas en el extranjero); así como la Decisión del Consejo, de 26 de febrero de 2009, relativa a la firma en nombre de la Comunidad Europea del Convenio sobre acuerdos de elección de foro (*DOUE*, de 29 de mayo de 2009, núm. L 133/1).

<sup>6</sup> *DOUE*, de 4 de julio de 2008, núm. L 177/6. Corrección de errores: *DOUE*, de 24 de noviembre de 2009, núm. L 309/87. Al igual que su antecesor, el Reglamento «Roma I», que vincula a todos los Estados miembros de la Unión Europea con la excepción de Dinamarca, trata de evitar las negativas consecuencias que, en materia de obligaciones contractuales, la posibilidad de *forum shopping* lleva aparejadas.

<sup>7</sup> Para un exhaustivo análisis de la evolución del DIPr. de la Unión Europea y del alcance de las novedades incorporadas por el actualmente vigente Tratado de Lisboa, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, «La cooperación judicial internacional en materia civil en el Tratado de Lisboa», *CDT*, 2010, vol. 2, núm. 1, pp. 301-331.

<sup>8</sup> *DOCE*, de 9 de octubre de 1980, núm. L 266; *BOE*, de 19 de julio de 1993, núm. 171. Corrección de errores: *BOE*, de 9 de agosto de 1993, núm. 189. La adhesión al Convenio de Roma, el 14 de abril de 2005, por los diez Estados miembros incorporados a la UE el 1 de mayo de 2004, hizo imprescindible elaborar una versión consolidada de dicho texto convencional (*DOUE*, de 30 de diciembre de 2005, núm. C 334). *Vid.* el Instrumento de Ratificación del Convenio relativo a la adhesión de los referidos diez Estados miembros de la UE al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, así como a los Protocolos Primero y Segundo referentes a su interpretación por el TJCE, hecho en Luxemburgo el 14 de abril de 2005 (*BOE*, de 13 de agosto de 2007, núm. 193); así como la Decisión del Consejo, de 8 de noviembre de 2007, sobre la adhesión de la República de Bulgaria y de Rumanía al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, abierto a la firma en Roma el 19 de junio de 1980 (*DOUE*, de 29 de diciembre de 2007, núm. L 347/1). Desde que se produjo la sustitución del Convenio de Roma por el Reglamento «Roma I», es decir, desde el 17 de diciembre de 2009 (art. 29), habrá que entender que toda remisión al Convenio de Roma se refiere al mentado Reglamento (art. 24.2).

<sup>9</sup> *DOCE*, de 10 de noviembre de 1997, núm. C 430. El apartado 4º del art. 2 del Tratado de Ámsterdam consagró como nuevo objetivo de la Unión Europea «mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que está garantizada la libre circulación de las personas».

<sup>10</sup> Un balance de la práctica española originada por dicho Convenio internacional multilateral, que entró en vigor con carácter general el 1 de abril de 1991 y para España el 1 de septiembre de 1993, puede encontrarse en E. CASTELLANOS RUIZ, «El Convenio de Roma de 1980 ante los Tribunales españoles: balance de 15 años de vigencia», en A.L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ (DIRS.), *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Colex, Madrid, 2008, pp. 121-188.

que en mayor medida demandaba una reforma sustancial era la relativa a los contratos celebrados por los consumidores (esto es, su art. 5)<sup>11</sup>.

4. A nuestro modo de ver, dentro del último objetivo mencionado, esto es, del objetivo global o genérico de corregir sustancialmente los déficits más relevantes del Convenio de Roma, cabe distinguir diversos objetivos más específicos o concretos. En particular, consideramos que detrás de las disposiciones o regulación del Reglamento «Roma I» se detecten las siguientes tendencias o voluntades.

Por una parte, detrás del Reglamento «Roma I» subyace, claramente, la voluntad de las instituciones de la Unión de conciliar o coordinar el susodicho texto legal con otros instrumentos de la Unión Europea, tanto con textos legales de Derecho internacional privado (de Derecho procesal civil internacional y de Derecho aplicable) como con el Derecho material elaborado por las instituciones europeas para determinados sectores de la contratación; incluso a costa de limitar, en cierta medida como posteriormente analizaremos, el alcance de la autonomía de la voluntad conflictual de las partes de la relación contractual<sup>12</sup>.

Por otra parte, detrás de la regulación del Reglamento «Roma I» también subyace, en última instancia, la voluntad de reforzar la seguridad jurídica en el ámbito de la ley aplicable a los contratos internacionales, en el marco de la Unión Europea, en aras de alcanzar una mayor uniformidad de soluciones entre los Estados miembros. Ello conlleva la preocupación de las instituciones europeas de potenciar, en la medida de lo posible, la previsibilidad de las respuestas jurídicas contempladas en su articulado, de sus soluciones conflictuales; y ello aun a costa de renunciar a un cierto grado de flexibilidad en sus disposiciones con respecto a su antecesor, el Convenio de Roma. La señalada tendencia a la previsibilidad del resultado, a la certeza jurídica, claramente apreciable en la regulación del Reglamento «Roma I» y expresamente manifestada por el mismo, lleva intrínseca una destacable especificidad en sus soluciones; lo cual contrasta con la acusada generalidad de las respuestas jurídicas contenidas en el Convenio de Roma<sup>13</sup>.

Y, por último, detrás de la regulación del Reglamento «Roma I», al igual que acontece con otros instrumentos de la Unión Europea, también subyace una tímida e incipiente materialización<sup>14</sup>.

En suma, de la regulación contenida en el Reglamento «Roma I» se desprende, fundamentalmente, una progresiva tendencia a la especialización y materialización de las normas en el actual DIPr. europeo de los contratos, así como a la conciliación del conjunto del ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Dichas tendencias constituyen auténticos desafíos o retos para el futuro de la Ciencia jurídica en su conjunto y del Derecho internacional privado, en general, y del Derecho internacional privado contractual de la Unión Europea, en particular.

<sup>11</sup> *Vid.* el Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización (pp. 13-18), presentado por la Comisión el 14 de enero de 2003, COM (2002) 654 final; el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el señalado Libro Verde, pp. 1-3 (*DOUE*, de 30 de abril de 2004, núm. C 108/1); la Propuesta de Reglamento «Roma I», del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (pp. 2-3), presentada por la Comisión el 15 de diciembre de 2005, COM (2005) 650 final; así como el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la susodicha Propuesta, pp. 56 y 57 (*DOUE*, de 23 de diciembre de 2006, núm. C 318/56). Al igual que las instituciones europeas y que los Estados miembros, la doctrina también incidió en la imperiosa necesidad de revisar el referido precepto: *vid.*, por todos, J.I. PAREDES PÉREZ, «La necesidad de una nueva norma de conflicto bilateral sobre contratos de consumo. Propuesta *de lege ferenda*», *AEDIPr*, tomo VI, 2006, pp. 87-114. En relación con el sector de los contratos de consumo, *vid.*, igualmente, el Libro Verde sobre la revisión del acervo en materia de consumo (*DOUE*, de 15 de marzo de 2007, núm. C 61/1), presentado por la Comisión el 8 de febrero de 2007, COM (2006) 744 final; así como el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el referido Libro Verde (*DOUE*, de 27 de octubre de 2007, núm. C 256/27). Dicho Libro Verde, cuyo objetivo global «es instaurar un auténtico mercado interior para los consumidores, estableciendo el equilibrio adecuado entre el alto nivel de protección de éstos y la competitividad de las empresas, al tiempo que se garantiza el estricto respeto del principio de subsidiariedad» (p. 3), especifica que «la revisión no afectará a las normas comunitarias sobre el Derecho aplicable» (p. 5).

<sup>12</sup> En relación con dicha tendencia, *vid.* el apartado II del presente trabajo de investigación.

<sup>13</sup> Por lo que a las aludidas tendencias se refiere, las cuales como posteriormente veremos están estrechamente interrelacionadas entre sí, *vid.* los apartados III y IV del presente artículo.

<sup>14</sup> Dado el alcance y la repercusión de los dos anteriores objetivos mencionados, nuestro análisis se va a centrar fundamentalmente en los mismos; con independencia de hacer, al final del trabajo, algunas alusiones a la tendencia a la materialización de las normas en el actual D.I.Pr. europeo de los contratos.

## II. Conciliación del Reglamento «Roma I» con el ordenamiento jurídico de la Unión Europea

### 1. Bases del problema

5. Un análisis del articulado del Reglamento «Roma I» nos muestra que el mismo persigue alcanzar la compatibilidad con otros textos legales aplicables en materia de obligaciones contractuales. En concreto, el señalado Reglamento se refiere en su articulado a sus relaciones con otros instrumentos normativos de la Unión Europea, con el Convenio de Roma (art. 24) y con otros Convenios internacionales referentes a la misma materia (art. 25). Dentro de la compleja problemática relativa a la relación del Reglamento (CE) núm. 593/2008 con los Convenios internacionales sobre ley aplicable en materia contractual, cabe distinguir diversos tipos de situaciones<sup>15</sup>.

En primer lugar, en aras del reconocido principio del respeto de los compromisos internacionales asumidos por los Estados miembros de la Unión Europea, el Reglamento «Roma I» no impide la aplicación de los Convenios internacionales, celebrados con Estados que no sean miembros de la Unión con anterioridad a la adopción del mentado Reglamento, que contengan normas de conflicto en materia contractual<sup>16</sup>. No obstante, con la finalidad de hacer las normas más accesibles a sus destinatarios y en última instancia de potenciar una mayor transparencia en el seno del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, el art. 26 del Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales impone una doble obligación: una a los Estados miembros de la Unión y otra a la Comisión. Por un lado, a los Estados miembros les impone la obligación de notificar a la Comisión los aludidos Convenios y las eventuales denuncias de los mismos. Y, por otro lado, a la Comisión le impone la obligación de publicar, en el Diario Oficial de la Unión Europea, una lista de los Convenios y de las denuncias que le hayan sido notificadas por los Estados miembros de la Unión Europea.

En segundo término, siempre y cuando se trate de una materia incluida dentro del ámbito de aplicación material del Reglamento (CE) núm. 593/2008, el mismo tendrá primacía sobre los Convenios internacionales bilaterales y multilaterales, existentes en el momento de la adopción del susodicho Reglamento, que hayan sido celebrados exclusivamente entre Estados miembros de la Unión Europea<sup>17</sup>.

Y, en último lugar, ha de tenerse en cuenta que, tras la adopción del Reglamento «Roma I», la materia por el mismo regulada pasa a ser competencia comunitaria; lo cual implica que, a partir de dicho momento, sea a la Comunidad a la que corresponda negociar y celebrar los Convenios internacionales relativos a la referida materia<sup>18</sup>.

6. A nuestro modo de ver, uno de los principales objetivos perseguidos por el legislador de la Unión Europea, al elaborar el Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, ha sido alcanzar una mayor conciliación o coordinación con el resto del ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

La conciliación o coherencia valorativa que ha de existir en el plano de los ordenamientos jurídicos estatales (entre su sistema de DIPr. y el Derecho privado interno del Estado en cuestión) ha de proyectarse, igualmente, en el ámbito del ordenamiento jurídico de la Unión Europea<sup>19</sup>. De este modo,

<sup>15</sup> Un exhaustivo y acertado estudio de esta interesante y trascendente problemática puede encontrarse en P. FRANZINA, «Las relaciones entre el Reglamento Roma I y los Convenios internacionales sobre conflictos de leyes en materia contractual», *CDT*, 2009, vol. 1, núm. 1, pp. 92-101.

<sup>16</sup> *Vid.* el art. 25.1, así como el Considerando 41, del Reglamento núm. 593/2008.

<sup>17</sup> *Vid.* el art. 25.2 del Reglamento «Roma I».

<sup>18</sup> *Vid.*, sin embargo, el Considerando 42 del Reglamento (CE) núm. 593/2008, de conformidad con el cual, en casos particulares y excepcionales, los Estados miembros estarán autorizados a negociar y celebrar, en nombre propio, acuerdos con terceros países relativos a materias sectoriales, que incluyan normas sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. Por lo que se refiere a los procedimientos y condiciones de dicha autorización, *vid.* el Reglamento (CE) núm. 662/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, el cual establece un procedimiento para la negociación y celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre materias específicas en relación con la ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales (*DOUE*, de 31 de julio de 2009, núm. L 200/25).

<sup>19</sup> El principio de conciliación del DIPr. comunitario con el Derecho comunitario material fue preconizado por dos reconocidos profesores alemanes: *vid.* E. JAYME/C. KOHLER, «Das Internationale Privat- und Verfahrensrecht der EG 1993 - Span-

habrá de existir una coherencia de valores o armonía en el seno del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, ya que, al igual que acontece con el sistema de DIPr. de los Estados (que forma parte integrante del ordenamiento jurídico del correspondiente Estado), el DIPr. de la Unión Europea constituye una parte esencial, básica, del ordenamiento jurídico de la Unión Europea.

En efecto, el DIPr. de la Unión Europea no es un compartimento estanco, es decir, no es un Derecho hermético, en definitiva, no es un cuerpo extraño al resto del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, del cual forma parte. El DIPr. de la Unión Europea responde a los mismos criterios o parámetros de justicia que las restantes ramas del ordenamiento jurídico del cual forma parte, es decir, del ordenamiento jurídico de la Unión Europea; y esos criterios los proyecta en sus soluciones, en sus respuestas jurídicas. Al igual que ocurre en el ámbito puramente interno (esto es, el estatal), todas las parcelas que están integradas dentro de un mismo ordenamiento jurídico, en este caso del ordenamiento jurídico de la Unión, incluso el DIPr., participan de unos mismos principios, valores e intereses, que son los del sistema al cual pertenecen, esto es, los del sistema de la Unión Europea. De este modo, se impone una correspondencia o coherencia de valores entre el DIPr. y el Derecho derivado de la Unión Europea, ya que ambos forman parte integrante de un mismo ordenamiento jurídico.

Como consecuencia de lo señalado, los textos europeos de DIPr. (tanto los de Derecho procesal civil internacional como los que determinan la ley aplicable en las materias jurídicas que quedan incluidas dentro de su ámbito de aplicación material) y las disposiciones materiales, de carácter imperativo, de las Directivas y Reglamentos elaborados por las instituciones europeas para determinados sectores de la contratación habrán de concebirse, no como textos individualmente considerados e independientes entre sí, sino como un todo unitario, como un conjunto normativo coherente, es decir, como instrumentos complementarios<sup>20</sup>. Por un lado, el principio de conciliación o de coherencia valorativa del ordenamiento jurídico de la Unión presupone que los instrumentos europeos de DIPr. hayan de estar al servicio de los principios del mercado interior, de sus finalidades, entre las cuales destaca la de homogeneizar las condiciones de competencia en el marco del espacio europeo. Pero, por otro lado, consideramos que la plena consecución del principio de conciliación, en el seno del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, está condicionada a la existencia de una correlación *forum-ius* en la proyección de la regulación imperativa contenida en el Derecho europeo derivado.

Y, más específicamente, como a continuación analizaremos, detrás del Reglamento «Roma I» subyace la voluntad de conciliar o armonizar el susodicho texto legal, tanto con el Derecho derivado de

---

nungen zwischen Staatsverträgen und Richtlinien», *IPRax*, 1993, núm. 6, pp. 357-371; *Id.*, «L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome», *RCDIP*, 1995, vol. 84, núm. 1, pp. 1-40. Dichos autores propugnaban resolver los eventuales conflictos, entre las disposiciones del Derecho comunitario derivado (Reglamentos y Directivas) y las de los Convenios internacionales comunitarios (Convenio de Roma y Convenio de Bruselas), partiendo del principio de conciliación. Y, más específicamente, en relación con las normas pertenecientes al sector del Derecho aplicable, la exigencia de la consecución de compatibilidad o de conciliación, en el seno del sistema jurídico comunitario, fue expresamente puesta de manifiesto por el apartado 51c) del llamado Plan de Acción de Viena del Consejo y la Comisión, el cual fue aprobado por el Consejo en el año 1998 (*DOCE*, de 23 de enero de 1999, núm. C 19, p. 1).

<sup>20</sup> En relación con la necesidad de conciliar o armonizar los referidos instrumentos del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, *vid.*, más ampliamente, H. AGUILAR GRIEDER, «La voluntad de conciliación con las Directivas comunitarias protectoras en la Propuesta de Reglamento 'Roma I'», en A.L. CALVO CARAVACA / E. CASTELLANOS RUIZ (DIRS.), *La Unión Europea ante el Derecho de la globalización*, Colex, Madrid, 2008, pp. 45-60, especialmente pp. 45-53. Un análisis más sectorial, relativo a las vías de coordinación del en aquellos momentos vigente Convenio de Roma con la regulación material imperativa elaborada por las instituciones comunitarias para el sector jurídico de la agencia comercial (contenida en la controvertida Directiva 86/653/CE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes [*DOCE*, de 31 de diciembre de 1986, núm. L 382]), puede encontrarse en H. AGUILAR GRIEDER, *La protección del agente en el Derecho comercial europeo*, Colex, Colección «El Derecho de la Globalización», núm. 14, Madrid, 2007. En relación con la influencia que ha tenido el Reglamento «Roma I» sobre la relevante problemática relativa a la ley aplicable a los contratos internacionales de agencia comercial «intracomunitarios» y «extracomunitarios», *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, «El impacto del Reglamento 'Roma I' en el contrato internacional de agencia», *CDT*, 2011, vol. 3, núm. 1, pp. 24-46. Por lo que se refiere al impacto del Reglamento «Roma I» sobre otros dos contratos también muy habituales en la práctica del comercio internacional, como son los contratos de concesión mercantil y los de franquicia, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, «Los contratos internacionales de distribución comercial en el Reglamento 'Roma I'», *CDT*, 2009, vol. 1, núm. 1, pp. 19-35. Es preciso poner de relieve que estos dos últimos tipos contractuales no son tan complejos desde el punto de vista del DIPr., ya que los mismos, al menos en la actualidad, no son objeto de regulación por ninguna Directiva de la Unión Europea, a diferencia de lo que acontece con los contratos de agencia comercial.

la Unión Europea (y, muy especialmente, con las Directivas sectoriales elaboradas por las instituciones europeas para determinados tipos contractuales habituales en la práctica internacional), como con otros instrumentos europeos de DIPr. (fundamentalmente, con un Reglamento de la Unión Europea, de alcance general, que también se aplica, aunque en el marco de la esfera procesal y no del Derecho aplicable, a las obligaciones contractuales en materia civil y mercantil, esto es, con el Reglamento «Bruselas I»).

## 2. Conciliación del Reglamento «Roma I» con las Directivas sectoriales de la Unión Europea protectoras del mercado interior

7. Como acabamos de adelantar, uno de los principales objetivos del Reglamento «Roma I», que no estaba presente en su antecedente directo, esto es, en el Convenio de Roma, es hacerse eco y potenciar el referido principio de conciliación en el seno del sistema jurídico de la Unión Europea. La manifestación básica de dicha ansiada conciliación se traduce en la voluntad del legislador de la Unión Europea de establecer, en el articulado del Reglamento «Roma I», vías o mecanismos que permitan la coordinación o coherencia entre sus normas de conflicto y las Directivas elaboradas por las instituciones europeas con la finalidad de adaptarse a las peculiares necesidades del mercado interior en sectores concretos de la contratación.

Con independencia de la efectividad de dichos mecanismos, que serán objeto de análisis en las líneas siguientes, es preciso poner de manifiesto que el Reglamento «Roma I», tanto en sus Considerandos<sup>21</sup> como en su articulado<sup>22</sup>, cuando recurre a conceptos empleados por Directivas europeas, remite el significado de los mismos a la definición contenida en la correspondiente Directiva; lo cual constituye ya de por sí una prueba inequívoca de la voluntad del legislador de la Unión Europea de conciliar o armonizar ambos cuerpos normativos.

Las señaladas Directivas contienen, fundamentalmente, una regulación material que afecta a aspectos básicos de los contratos de consumo<sup>23</sup>, de trabajo<sup>24</sup>, de agencia comercial y de seguro. En relación con esta última categoría contractual, hay que señalar que, a diferencia de lo que ocurría con su antecesor, el Reglamento (CE) núm. 593/2008 incorpora a los contratos de seguro dentro de su ámbito de aplicación material, aunque tratando de incluir en el propio articulado del Reglamento, en concreto, en su art. 7, el contenido de las Directivas comunitarias de seguros; lo cual constituye, a nuestro modo de ver, una manifestación más de la voluntad de conciliar las Directivas sectoriales con los textos generales de DIPr.<sup>25</sup>

Las Directivas que han sido elaboradas por las instituciones europeas para determinados sectores específicos de la contratación, que tienden a proliferar en el marco europeo, persiguen una doble finalidad. Por un lado, adecuarse a las peculiares necesidades del mercado interior en aras de favorecer su correcto funcionamiento. Ello presupone la necesidad de homogeneizar las condiciones de compe-

<sup>21</sup> *Vid.*, por ejemplo, los Considerandos 18, 26, 27 y 30 del Reglamento.

<sup>22</sup> *Vid.*, por ejemplo, los apartados 4 b) y c) del art. 6 del Reglamento.

<sup>23</sup> Dicha materia es, sin duda alguna, la más afectada por la proliferación de Directivas sectoriales. Tales Directivas, que conforman lo que se ha denominado como «Derecho privado comunitario de consumo», se han configurado como «Directivas de mínimos», ya que las mismas, tal como se desprende de sus Considerandos y de su articulado, consagran una base mínima de normas comunes de protección del consumidor en el marco del espacio europeo. De este modo, las señaladas Directivas otorgan al consumidor unos derechos mínimos básicos, al permitir que los Estados miembros de la Unión, dentro del respeto de los Tratados y en el ámbito de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, puedan garantizar al consumidor un mayor nivel de protección mediante disposiciones más estrictas de las contempladas en las correspondientes Directivas. En palabras de la profesora M.J. LUNAS DÍAZ, las «Directivas de mínimos» imponen «un nivel de protección determinado (estándar mínimo), pero permiten a los Estados la imposición, en el acto de transposición o cualquier otro, de requisitos más gravosos, es decir, de un nivel de protección más elevado» (M.J. LUNAS DÍAZ, «El principio de primacía comunitario y el Derecho internacional privado», *RDCE*, 1998, julio-diciembre, núm. 4, pp. 473-499, p. 489, núm. 14).

<sup>24</sup> Tal como ha puesto de relieve el Considerando 34 del Reglamento «Roma I», la norma de conflicto, relativa al contrato individual de trabajo, no debe ir en detrimento de la aplicación de las disposiciones imperativas, del país de desplazamiento del trabajador, a las que hace referencia la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (*DOCE*, de 21 de enero de 1997, núm. L 18).

<sup>25</sup> Un análisis más pormenorizado de las referidas Directivas comunitarias sectoriales puede encontrarse en H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2008, pp. 47-53.

tencia en el marco del espacio europeo; siendo éste uno de los principales objetivos perseguidos por las instituciones europeas. Y, por otro lado, la protección de la parte débil de la relación litigiosa, esto es, del consumidor, del trabajador, del agente comercial y del asegurado (en los contratos de consumo, de trabajo, de agencia comercial y de seguros respectivamente). De hecho, tales Directivas garantizan un estándar mínimo europeo y, más específicamente, el respeto de un grado o nivel mínimo de protección jurídica de la parte económicamente más debilitada de la relación contractual, de la que tiene una posición negociadora menos fuerte, en aquellas situaciones de tráfico jurídico externo que, como consecuencia de presentar una vinculación estrecha con el territorio de la Unión Europea, quedan incluidas dentro del ámbito de aplicación espacial de las señaladas Directivas. De lo señalado se desprende que las referidas Directivas persiguen tanto objetivos político-económicos como una clara finalidad tuitiva. En suma, detrás de las Directivas europeas sectoriales subyacen tanto intereses públicos o comunitarios (la protección del mercado interior, del juego de una competencia no falseada en dicho mercado) como privados (la protección de la parte débil de la relación litigiosa); sin que haya indicios sólidos para defender la existencia de una relación de jerarquía entre los susodichos fines<sup>26</sup>.

Aunque algunas Directivas sectoriales elaboradas por las instituciones europeas, probablemente por el temprano momento en el cual fueron elaboradas, guardan absoluto silencio sobre el concreto ámbito de aplicación espacial de la regulación material imperativa en las mismas contenida<sup>27</sup>; la mayoría de las mismas delimitan el susodicho ámbito por medio, o bien, de normas de conflicto en sentido estricto<sup>28</sup>, o bien, de las denominadas «normas con incidencia en la ley aplicable», las cuales tienden a proliferar y a adquirir un creciente protagonismo en el espacio europeo, muy especialmente en el sector del consumo<sup>29</sup>.

Esta última categoría normativa, que presenta un *modus operandi* muy similar al de las normas de extensión, no suele especificar cuándo se entiende que existe una vinculación o conexión estrecha con el área o territorio de la Unión Europea ni, por consiguiente, en qué supuestos deben necesariamente hacerse valer los derechos reconocidos a los consumidores, por las Directivas europeas de consumo, con independencia de cuál sea la ley elegida por «las partes» para regular el correspondiente contrato. Un

<sup>26</sup> *Vid.*, por ejemplo, el apartado 1º del art. 1 de la Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio (*DOUE*, de 3 de febrero de 2009, núm. L 33/10): el «objetivo de la presente Directiva es contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior y lograr un elevado nivel de protección de los consumidores (...)». *Vid.*, igualmente, los Considerandos 17 y 23 de la Directiva, de los cuales se desprende la importancia que tiene la finalidad tuitiva que la misma persigue, esto es, garantizar que el consumidor no se vea privado del nivel de protección que consagra.

<sup>27</sup> Tal es el caso, muy especialmente, de la anteriormente citada Directiva de agencia, la cual, al igual que otras muchas Directivas europeas sectoriales, tiene la consideración de una «Directiva de mínimos». La situación caótica creada por el silencio de la Directiva, relativa a los agentes comerciales independientes, motivó que algunas legislaciones nacionales de agencia de los Estados miembros delimitasen el ámbito de aplicación territorial de sus normas; lo cual generó una notable disparidad entre las mismas: *vid.*, más ampliamente, H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2007, pp. 65-69.

<sup>28</sup> Tal es el caso de algunas Directivas comunitarias sectoriales existentes en el sector de los seguros y de la anteriormente citada Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. Por virtud del art. 3 de la susodicha Directiva (relativo a las condiciones de trabajo y empleo), que al igual que las existentes en el sector del consumo también tiene la consideración de «Directiva de mínimos» (*vid.* los Considerandos 13 y 17, así como el apartado 7º del art. 3), los trabajadores que hayan sido desplazados temporalmente, en los términos previstos en la Directiva, habrán de gozar de determinados «derechos laborales mínimos» (en relación con los aspectos en dicho precepto contemplados, tales como la cuantía del salario mínimo, la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas, la igualdad de trato entre hombres y mujeres, etc.) fijados por la legislación del Estado miembro al cual el trabajador haya sido trasladado temporalmente, y ello con independencia de cuál sea la ley rectora del contrato de trabajo; lo cual conlleva una fragmentación de la ley aplicable.

<sup>29</sup> La problemática relativa a la coordinación, entre el Convenio de Roma y las «normas con incidencia en la ley aplicable» contenidas en las Directivas comunitarias relativas a sectores concretos de la contratación, ha sido objeto de múltiples estudios doctrinales: *vid.*, por ejemplo, S. LEIBLE, «Kollisionsrechtlicher Verbraucherschutz im EVÜ und in EG-Richtlinien», en H. SCHULTE-NÖLKE / R. SCHULZE (HRSRG.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, Europäisches Privatrecht*, Band 9, 1ª ed., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1999, pp. 353-392; así como J. BASEDOW, «Conflicto de leyes y armonización del Derecho privado material en la Unión Europea», *AEDIPr*, tomo VI, 2006, pp. 141-159. La importancia de esta problemática, que es objeto de una creciente preocupación por las instituciones europeas, quedó directamente reflejada en las cuestiones 3ª y 4ª del anteriormente citado Libro Verde (pp. 18-21).

ejemplo paradigmático de «norma con incidencia en la ley aplicable» lo encontramos en el art. 6.2 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores<sup>30</sup>, según el cual los «Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección que ofrece la presente Directiva por el hecho de haber elegido el derecho de un Estado tercero como derecho aplicable al contrato cuando el contrato mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro de la Comunidad»<sup>31</sup>. Dicha situación de indeterminación propicia que la parte «más poderosa» o «menos débil» de la relación contractual se vea tentada a impedir la aplicación de la regulación material imperativa de la correspondiente Directiva europea sectorial, defraudando de este modo el Derecho derivado material de la Unión, por medio de la elección de la ley de un Estado no miembro de la Unión Europea como ley rectora del contrato internacional en cuestión.

Por ello, y con independencia de la idoneidad o no del criterio adoptado, nos parece digno de alabanza que la anteriormente citada Directiva 2008/122/CE se haya expresado en términos mucho más restrictivos, más concretos, que las restantes Directivas europeas de consumo<sup>32</sup>. Dicha Directiva otorga al consumidor el derecho de desistir del contrato, en un plazo de 14 días naturales, sin necesidad de justificación; y, durante el plazo de desistimiento, prohíbe todo pago de anticipos por el consumidor. Tal como se desprende del art. 12 de la actual Directiva 2008/122/CE (relativo al carácter imperativo de la misma y a su aplicación en casos internacionales), que sustituye al antiguo art. 9 de la Directiva 94/47/CE<sup>33</sup>, el consumidor quedará amparado por la protección conferida por la señalada Directiva cuando concorra cualquiera de los dos supuestos siguientes. En primer lugar, cuando la legislación aplicable al contrato sea la de un Estado miembro de la Unión Europea. Y, en segundo término, si la legislación aplicable al contrato es la de un Estado no miembro de la Unión, el consumidor no quedará privado de la protección conferida por la mentada Directiva, «tal como la aplique el Estado miembro del foro: —si alguno de los bienes inmuebles en cuestión está situado en el territorio de un Estado miembro, o— en el caso de un contrato no directamente relacionado con un bien inmueble, si el comerciante ejerce sus actividades comerciales o profesionales en un Estado miembro o por cualquier medio dirige estas actividades a un Estado miembro y el contrato está comprendido en el marco de dichas actividades»<sup>34</sup>. De lo señalado se desprende que la actual Directiva (al igual que la derogada), a diferencia de lo que acontece con las restantes Directivas europeas en el sector del consumo, no condiciona la señalada protección a que las partes hayan ejercitado su autonomía de la voluntad conflictual por la vía de una cláusula de elec-

<sup>30</sup> DOCE, de 21 de abril de 1993, núm. L95/29.

<sup>31</sup> Las «normas con incidencia en la ley aplicable», contenidas en las Directivas europeas de consumo, suelen expresarse en términos prácticamente idénticos: *vid.*, por ejemplo, la contenida en el art. 12.2 de la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DOCE, de 4 de junio de 1997, núm. L 144/19).

<sup>32</sup> Tal como pone de manifiesto el art. 18 de la susodicha Directiva, la misma deroga a la controvertida Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido; habitualmente conocidos como contratos de *time-sharing* (DOCE, de 29 de octubre de 1994, núm. L 280/83). La transposición de la nueva Directiva, a través del Real Decreto-Ley 8/2012, conlleva el establecimiento de un marco mucho más flexible, que el impuesto por la actualmente derogada Ley 42/1998, en aras de coadyuvar al desarrollo de este sector: *vid.* F. PÉREZ DE LA SOTA, «La nueva regulación del aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico (vulgo multipropiedad)», *La Ley*, de 28 de mayo de 2012.

<sup>33</sup> Por virtud del art. 9 de la Directiva derogada, los «Estados miembros adoptarán las medidas necesarias a fin de que, *sea cual fuere la normativa aplicable*, el adquirente no quede privado de la protección que otorga la presente Directiva, en caso de que el bien inmueble esté situado en el territorio de un Estado miembro» (la cursiva no es original del precepto derogado). De lo señalado se desprende, claramente, que la referida norma presentaba la peculiaridad de concretar cuál era el criterio de aplicación espacial de la Directiva derogada: situación del bien inmueble en cuestión en el área o espacio europeo. El criterio de aplicación espacial adoptado por la anterior Directiva pecaba de excesivamente restrictivo, ya que, con arreglo al mismo, no eran objeto de protección los adquirentes de multipropiedad inmobiliaria en los casos en los cuales el bien inmueble se encontraba en un país que no fuese miembro de la Unión, con independencia de que el supuesto contractual en cuestión estuviese estrechamente vinculado con el territorio o esfera de la Unión Europea.

<sup>34</sup> *Vid.*, igualmente, el Considerando 17 de la susodicha Directiva; así como el art. 17 («Normas de Derecho Internacional Privado») de la Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias (BOE, de 7 de julio de 2012, núm. 162).

ción de ley. En el ámbito del Convenio de Roma, en este tipo de contratos, ello carecía de trascendencia, ya que la ley aplicable en defecto de elección, salvo en los escasos supuestos en los que resultaba operativa la cláusula de excepción (art. 4.5), era la ley del país en el cual se hallaba sito el bien inmueble en cuestión (art. 4.3) y, por consiguiente, la ley de un Estado miembro de la Unión; lo cual implicaba que la misma respetase el nivel de protección mínimo conferido al adquirente por la Directiva. Sin embargo, en el marco del Reglamento «Roma I», la cuestión es diferente, ya que los contratos de multipropiedad no quedan sometidos al régimen general de Derecho aplicable, sino que quedan incluidos dentro del ámbito de aplicación espacial del régimen especial protector contenido en el art. 6 del Reglamento (relativo a los contratos de consumo)<sup>35</sup>, el cual consagra como ley aplicable, en defecto de elección, a la ley del país en el cual el consumidor tenga su residencia habitual, la cual no tiene que ser necesariamente la ley de un Estado miembro de la Unión Europea.

8. El Reglamento «Roma I» prevé distintos instrumentos o mecanismos tendentes a compatibilizar o coordinar las normas conflictuales contenidas en el susodicho texto legal con el Derecho europeo derivado para determinados contratos específicos. El recurso a uno u otro mecanismo de conciliación estará condicionado, al menos parcialmente, por cuál haya sido la actitud del legislador europeo a la hora de delimitar el ámbito de aplicación espacial de la correspondiente Directiva sectorial.

En relación con aquellas Directivas sectoriales que delimitan su ámbito de aplicación territorial por medio de normas de conflicto en sentido estricto, es preciso poner de relieve que el art. 23 del Reglamento «Roma I» (bajo el título de «Relaciones con otras disposiciones de Derecho comunitario») prevé una cláusula que fomenta la compatibilidad entre los instrumentos de la Unión Europea que contengan normas de conflicto en materia contractual. Por virtud de dicha cláusula, el Reglamento «Roma I» no impedirá la aplicación de otros textos de la Unión Europea que, en relación con materias específicas, contengan normas conflictuales relativas a las obligaciones contractuales; las cuales tendrían, pues, primacía sobre las normas de conflicto contenidas en el Reglamento<sup>36</sup>. En cualquier caso, de la referida regla general, proclamada por el art. 23 del Reglamento, quedan exceptuados los contratos de seguro, ya que el contenido de las Directivas relativas a dicho sector jurídico ha sido incluido en el propio articulado del Reglamento, concretamente en su art. 7<sup>37</sup>.

Al margen de lo señalado, desde nuestro punto de vista, el Reglamento consagra dos vías adecuadas, una novedosa y otra más tradicional, para conseguir alcanzar la ansiada conciliación o coordinación entre sus normas de conflicto y la regulación material imperativa contenida en el Derecho derivado de la Unión Europea y, muy especialmente, en las mentadas Directivas elaboradas por las instituciones europeas para concretos sectores de la contratación que, o bien, no delimitan su ámbito de aplicación espacial (como ocurre, por ejemplo, con la Directiva relativa a los agentes comerciales independientes<sup>38</sup>),

<sup>35</sup> Vid. el apartado 1c) del art. 4, así como el apartado 4c) del art. 6, del Reglamento (CE) núm. 593/2008.

<sup>36</sup> Vid. el Considerando 40 del Reglamento «Roma I», el cual, pese a hacer alusión a la señalada primacía, recomienda hacer un uso moderado de la referida posibilidad («deben evitarse situaciones en que haya dispersión de las normas de conflicto de leyes entre varios instrumentos, así como las diferencias entre esas normas»).

<sup>37</sup> Como posteriormente expondremos, la cláusula contenida en el art. 23 del Reglamento «Roma I» constituye una clara manifestación de la tendencia a la especialización de las soluciones que late detrás de la regulación contenida en el Reglamento.

<sup>38</sup> La elevada inseguridad jurídica, propiciada por el silencio del legislador europeo en relación con el ámbito de aplicación territorial de la mentada Directiva, se ha tratado de mitigar tomando como base la célebre y controvertida sentencia del TJCE de 9 de noviembre de 2000 (asunto C-381/98: *Ingmar GB Ltd. y Eaton Leonard Technologies Inc.*). Dicha sentencia, debido al alcance de sus conclusiones, ha suscitado numerosos comentarios por parte de la doctrina española y extranjera, la cual ha adoptado posiciones muy dispares entre sí en relación con las cuestiones por ella sugeridas o resueltas: *vid.*, muy especialmente, H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2007, pp. 67-80; A. FONT I SEGURA, «Reparación indemnizatoria tras la extinción del contrato internacional de agencia comercial: imperatividad poliédrica o el mito de Zagreo (STJCE de 9 de noviembre de 2000, As. C-381/98, *Ingmar Gb Ltd c. Eaton Leonard Technologies Inc.*)», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2001, vol. 5, núm. 9, pp. 259-279; L. BERNARDEAU, «Droit communautaire et lois de police. À la suite de l'arrêt CJCE, 9 nov. 2000, *Ingmar, aff. C-381/98*», *JCP, G*, 2001, I, 328; R. FREITAG Y S. LEIBLE, „Internationaler Anwendungsbereich der Handelsvertreterrichtlinie - Europäisches Handelsvertreterrecht weltweit?«, *RIW*, 2001, vol. 47, pp. 287-295; E. JAYME, „Zum internationalen Geltungswillen der europäischen Regeln über den Handelsvertreterausgleich«, *IPRax*, 2001, núm. 3, pp. 190-191; P. KINDLER, „Rechtswahlfestigkeit des Handelsvertreterausgleichs bei Tätigkeitsausübung in Mitgliedstaat, aber Sitz des Unternehmens in Drittstaat«, *Betriebs-Berater*, 2001, vol. 56, núm. 1, pp. 10-13; R. MICHAELS Y H.G. KAMANN, „Grundlagen eines allgemeinen gemeinschaftlichen Richtlinienkollisionsrechts - ‚Amerikanisierung‘ des Gemeinschafts-IPR?«, *EWS*, 2001, vol. 12, núm. 7,



o bien, lo hacen por medio de las denominadas «normas con incidencia en la ley aplicable». Dichas vías son las siguientes. Por un lado, la denominada cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea. Y, por otro lado, las llamadas por el propio Reglamento como «leyes de policía» (art. 9) y habitualmente conocidas como normas de aplicación inmediata o necesaria o como normas materiales internacionalmente imperativas. La cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea, al igual que las normas materiales internacionalmente imperativas, constituyen importantes limitaciones a la amplia autonomía conflictual de las partes reconocida por el art. 3 del Reglamento «Roma I». Así como la mentada cláusula general no aparecía contemplada en el Convenio de Roma, las «leyes de policía» sí, aunque en el marco del Reglamento estas últimas intervienen de un modo más restrictivo que en el Convenio de Roma. En este trabajo vamos a tratar de analizar el alcance e idoneidad de estas dos importantes vías o instrumentos de armonización o conciliación contemplados en el Reglamento sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales.

9. En aras de alcanzar la mentada conciliación con el resto del sistema jurídico de la Unión Europea, el Reglamento «Roma I» recurre, en el apartado 4º de su art. 3, a la comúnmente llamada cláusula general de protección del Derecho comunitario (que algún autor ha denominado como «cláusula del Mercado Interior»<sup>39</sup>). De conformidad con el señalado apartado, «cuando todos los demás elementos pertinentes de la situación en el momento de la elección se encuentren localizados en uno o varios Estados miembros, la elección por las partes de una ley que no sea la de un Estado miembro se entenderá sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones del Derecho comunitario, en su caso, tal como se apliquen en el Estado miembro del foro, que no puedan excluirse mediante acuerdo».

A nuestro modo de ver, dicha cláusula constituye una de las novedades más importantes introducidas por el Reglamento (CE) núm. 593/2008 con respecto a su antecesor, el Convenio de Roma, que no la contemplaba. En efecto, en el marco de este Convenio internacional comunitario, partiendo de la premisa de que los contratos «intracomunitarios» tienen la consideración de internos desde el punto de vista de la Comunidad, la doctrina defendía la aplicación, por la vía analógica, del apartado 3º del art. 3 del susodicho texto convencional a los referidos contratos<sup>40</sup>. Ello impedía que la autonomía conflictual de las partes pudiese dejar sin aplicación a las disposiciones imperativas contenidas en el Derecho comunitario<sup>41</sup>.

El concreto alcance de la referida cláusula ha sido objeto de una viva controversia en el proceso de elaboración del Reglamento. De hecho, como a continuación vamos pasar a examinar, la regulación de la cláusula general de protección del Derecho de la Unión, contenida en el texto definitivo del Reglamento, difiere sustancialmente de la contemplada en la Propuesta de Reglamento «Roma I» (la cual se caracterizaba por su elevada imprecisión)<sup>42</sup>.

---

pp. 301-311; N. REICH, „EuGH: Handelsvertreterrichtlinie unabdingbar gegenüber Drittlandprinzipial«, *EuZW*, 2001, vol. 12, núm. 2, pp. 50-52; A. STAUDINGER, «Die ungeschriebenen kollisionsrechtlichen Regelungsgebote der Handelsvertreter-, Haustürwiderrufs- und Produkthaftungs-richtlinie», *NJW*, 2001, vol. 54, 2.1, pp. 1974-1978; O. LANDO, „The territorial scope of application of the EU Directive on self-employed commercial agents«, *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel De Magalhaes Collaço*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 249-261; así como H.L.E. VERHAGEN, «The tension between party autonomy and European union law: some observations on *Ingmar GB Ltd v Eaton Leonard Technologies Inc*», *ICLQ*, 2002, vol. 51, pp. 135-154.

<sup>39</sup> S. LEIBLE, «La propuesta para un Reglamento ‘Roma I’. Algunas observaciones sobre arts. escogidos del Proyecto de la Comisión para un Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)», *AEDIPr*, 2006, tomo VI, pp. 541-568, pp. 553-556.

<sup>40</sup> Por virtud del art. 3.3 del Convenio de Roma, la «elección por las partes de una ley extranjera, acompañada o no de la de un tribunal extranjero, no podrá afectar, cuando todos los demás elementos de la situación estén localizados en el momento de esta elección en un solo país, a las disposiciones que la ley de ese país no permita derogar por contrato, denominadas en lo sucesivo ‘disposiciones imperativas’».

<sup>41</sup> *Vid.*, por ejemplo, O. LANDO, «The EEC Convention on the law applicable to contractual obligations», *CMLRev*, 1987, vol. 24, pp. 159-214, pp. 181-182; J. KROPHOLLER, *Internationales Privatrecht*, 3ª ed., J.C.B. Mohr, Tübingen, 1997, p. 274; así como S. GRUNDMANN, *Europäisches Schuldvertragsrecht. Das europäische Recht der Unternehmensgeschäfte (nebst Texten und Materialien zur Rechtsangleichung)*, Walter de Gruyter, Berlin, New York, 1999, p. 73, núm. 99. En relación con las implicaciones que para el contrato internacional de agencia comercial tenía la referida aplicación analógica, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2007, pp. 94-98.

<sup>42</sup> Por virtud del apartado 5º del art. 3 de la Propuesta de Reglamento «Roma I», la «elección por las partes de la ley de un Estado no miembro no podrá afectar a la aplicación de las disposiciones imperativas de Derecho comunitario cuando sean

La elaboración por las instituciones europeas de dicha cláusula general responde a la necesidad de garantizar la aplicación de un estándar mínimo europeo, esto es, la protección mínima uniforme consagrada por las Directivas para determinados sectores de la contratación. En suma, la finalidad de la analizada cláusula general es garantizar la aplicación de las disposiciones imperativas que aparezcan contenidas en el Derecho de la Unión Europea y, en última instancia, la protección del mercado interior, de su correcto funcionamiento, así como de la parte débil de la relación contractual.

**10.** A nuestro modo de ver, el alcance de la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea, consagrada por el Reglamento «Roma I», es excesivamente limitado en un doble sentido.

Por un lado, consideramos que la cláusula general del Reglamento presenta un déficit muy importante, que consiste en abarcar exclusivamente a los contratos cuyos elementos aparecen únicamente vinculados (en el momento de la elección de la ley de un Estado que no pertenezca a la Unión) al área o territorio europeo, a Estados miembros de la Unión Europea (incluyendo como Estado miembro, a estos efectos, a Dinamarca)<sup>43</sup>, es decir, a los comúnmente denominados contratos «intracomunitarios»<sup>44</sup>. Ello supone un claro retroceso con respecto al anteriormente transcrito art. 3.5 de la Propuesta de Reglamento «Roma I», que no se limitaba a las situaciones contractuales «intracomunitarias»<sup>45</sup>. Desde nuestro punto de vista, «para este viaje no eran necesarias tantas alforjas», al legislador europeo le hubiese sido suficiente con extender lo previsto en el apartado 3<sup>a</sup> del art. 3 del Reglamento<sup>46</sup> a los contratos «intracomunitarios» (ya que no hay que olvidar que estos contratos tienen la consideración de internos desde la perspectiva de la Unión Europea), sin necesidad de prever una cláusula independiente para ello. De este modo, el resultado hubiese sido muy similar al alcanzado, en el ámbito del Convenio de Roma, por medio de la aludida aplicación analógica del apartado 3<sup>o</sup> de su art. 3; la cual, al igual que acontece con la cláusula general actualmente vigente, únicamente afectaba a las situaciones contractuales «intracomunitarias».

A nuestro modo de ver, la actual regulación impide u obstaculiza que la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea cumpla la finalidad principal para la cual ha sido prevista: la protección de la parte débil de la relación litigiosa y del mercado interior. En efecto, la consecución de unas condiciones homogéneas de competencia, en el seno del mercado interior, constituye un presupuesto indispensable para su adecuado funcionamiento. La limitación de la aludida cláusula general a las situaciones contractuales «intracomunitarias» conlleva que las condiciones de acceso al mercado único puedan ser tan dispares que se vulnere el juego de una competencia no falseada en el mercado interior; lo cual supone, sin lugar a dudas, un grave perjuicio a su correcto funcionamiento. De hecho, no hay que olvidar que la famosa sentencia *Ingmar* versaba sobre una relación de agencia comercial «extracomunitaria», ya que el empresario o principal estaba establecido en un Estado no miembro de la Unión Europea.

---

aplicables al caso particular». En relación con el origen y alcance de la cláusula general de protección del Derecho comunitario consagrada por el susodicho apartado de la Propuesta, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2008, pp. 54-60.

<sup>43</sup> *Vid.* el apartado 4<sup>o</sup> del art. 1 del Reglamento.

<sup>44</sup> Salvo que el término «elementos pertinentes» de la situación jurídica, que utiliza la actual redacción de la cláusula general, se refiera a «elementos relevantes», en cuyo caso también podrían verse afectadas por la referida cláusula general algunas situaciones privadas internacionales extracomunitarias (cuando los elementos de la misma no conectados con el territorio de la Unión Europea fuesen «no relevantes»); las cuales podrían considerarse, pues, como situaciones privadas «relativamente intracomunitarias». En relación con esta cuestión, es interesante tener en cuenta que, en la cláusula que aparece consagrada en el art. 3.3 del Reglamento «Roma I», el legislador de la Unión ha utilizado el término «elementos pertinentes», mientras que el Considerando 15 del mencionado cuerpo legal, que se refiere a la señalada cláusula, emplea el de «elementos relevantes» de la situación. A nuestro modo de ver, ello induce a pensar que se trata de conceptos equivalentes.

<sup>45</sup> *Vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *loc. cit.*, 2008, pp. 56-57.

<sup>46</sup> Por virtud de dicho apartado, cuando «todos los demás elementos pertinentes de la situación estén localizados en el momento de la elección en un país distinto de aquel cuya ley se elige, la elección de las partes no impedirá la aplicación de las disposiciones de la ley de ese otro país que no puedan excluirse mediante acuerdo». Dicho apartado está pensado para contratos puramente internos (no desde el punto de vista europeo, sino del puramente estatal); tratando de evitar la internacionalización de los mismos por medio de una mera cláusula de elección de ley. Es preciso tener en cuenta que, dentro del concepto de disposiciones «que no puedan excluirse mediante acuerdo», quedarían incluidas tanto las normas materiales internacionalmente imperativas como las simple o internamente imperativas (esto es, todas las normas materiales del correspondiente ordenamiento jurídico que gocen de carácter imperativo).

Al margen de lo señalado, estimamos que la cláusula consagrada por el texto definitivo del Reglamento no sintoniza con las «normas con incidencia en la ley aplicable» previstas por las Directivas europeas para determinados sectores contractuales, ya que las mismas, como anteriormente analizamos, tan sólo requieren para la aplicación de sus disposiciones imperativas que exista una vinculación estrecha entre la situación contractual y el territorio de la Unión Europea. Además, con la excepción de la anteriormente mentada Directiva sobre los contratos de multipropiedad inmobiliaria, las Directivas europeas sectoriales, que delimitan su ámbito de aplicación espacial por medio de las «normas con incidencia en la ley aplicable», exigen que la vinculación con el área europea sea estrecha, pero no especifican cuándo se considera que existe tal conexión. De este modo, muchos contratos (mixtos) que tienen elementos vinculados a Estados miembros de la Unión y otros que no lo están, que quedarían englobados dentro de los comúnmente denominados contratos «extracomunitarios», también deberían de quedar sometidos, de conformidad con la generalidad de las «normas con incidencia en la ley aplicable», a la regulación material imperativa contenida en las correspondientes Directivas europeas sectoriales. De lo señalado se desprende claramente que no se ha conseguido la ansiada conciliación en el seno del sistema jurídico de la Unión Europea, ya que este resultado no se produciría aplicando la cláusula general contemplada en el art. 3.4 del Reglamento (CE) núm. 593/2008.

Por otro lado, estimamos que es criticable que la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea únicamente haya de intervenir en los supuestos de elección de ley, en concreto, en aquellos en los cuales la ley de un Estado que no forme parte de la Unión Europea haya sido elegida por las partes para regir el contrato que les une<sup>47</sup>. Tal vez la justificación de dicha actitud pueda encontrarse en que el legislador europeo se ha inspirado excesivamente en la redacción de las «normas con incidencia en la ley aplicable» de las Directivas sectoriales en aras de sintonizar con las mismas; y, como anteriormente recalcamos, con carácter general, dichas normas únicamente hacen alusión a la referida posibilidad.

En cualquier caso, a nuestro modo de ver, dicha actitud del legislador europeo no está en sintonía con la finalidad de la cláusula general objeto de análisis. Desde una perspectiva *de lege ferenda*, consideramos que la finalidad por la misma perseguida ha de ser la protección del Derecho de la Unión Europea, y no únicamente impedir o evitar el fraude de las disposiciones imperativas del Derecho de la Unión<sup>48</sup>. En el supuesto de haber perseguido el legislador europeo exclusivamente un objetivo tan específico como este último, sí que hubiese tenido sentido su actitud, ya que, en muchos casos, la elección de ley esconde una «elección unilateral» por la parte más fuerte de la relación contractual y está encaminada a defraudar determinadas disposiciones imperativas del Derecho derivado de la Unión Europea. Desde nuestro punto de vista, teniendo en cuenta la dualidad de intereses (tanto públicos como privados) que subyacen detrás de las Directivas europeas sectoriales, la protección del Derecho europeo, conferida por la cláusula general que aparece prevista en el art. 3.4 del Reglamento, no debe estar condicionada a que las partes hayan ejercitado o no su autonomía conflictual<sup>49</sup>. Como consecuencia de lo señalado, desde una perspectiva *de lege ferenda*, la aludida cláusula general habría de intervenir, igualmente, en los supuestos en los cuales, como consecuencia de no haber elección de ley por las partes, entrase en juego la ley objetivamente aplicable, es decir, en aquellos casos en los cuales la ley rectora del contrato internacional se determinase de conformidad con lo previsto en el art. 4 del Reglamento. De conformidad con lo señalado, no creemos que ni el art. 3 (relativo a la libertad de elección) ni el art. 4 (referente a la ley aplicable a falta de elección) del Reglamento sea el marco normativo más propicio o adecuado para contener una cláusula general de protección del Derecho europeo.

En cualquier caso, desde una perspectiva *de lege lata*, la referida limitación carece de trascendencia dada la actual redacción de la cláusula general contenida en el Reglamento «Roma I», la cual

<sup>47</sup> En relación con esta cuestión, no existe ninguna diferencia entre el texto definitivo y la Propuesta de Reglamento «Roma I», ya que también el art. 3.5 de esta última únicamente otorgaba protección en aquellos casos en los cuales la ley de un Estado no miembro había sido elegida por las partes.

<sup>48</sup> En un sentido diferente, *vid.* P. LAGARDE, «Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)», *RCDIP*, 2006, vol. 95, núm. 2, pp. 331-349, p. 337, núm. 10, el cual estimaba que el objetivo de la cláusula general de protección del Derecho comunitario consagrada por el art. 3.5 de la Propuesta de Reglamento «Roma I», con la cual se mostraba muy crítico, era prevenir el fraude al Derecho comunitario.

<sup>49</sup> *Vid.*, por ejemplo, el Considerando 23, así como el art. 1, de la anteriormente citada Directiva 2008/122/CE.

incluye dentro de su ámbito de protección exclusivamente a las situaciones contractuales «intracomunitarias» (siendo éste, como anteriormente recalcamos, el déficit más importante de la misma). Ello implica que en el supuesto de entrar en juego el art. 4 del Reglamento por no haber ejercitado las partes su autonomía conflictual, la ley objetivamente aplicable al contrato haya de ser necesariamente la ley de un Estado miembro de la Unión Europea; por lo que no se produciría la intervención de la mentada cláusula general (cuya finalidad es la protección del Derecho de la Unión Europea).

Sin embargo, nos merece una opinión positiva el hecho de que la cláusula general, consagrada por el Reglamento en su art. 3.4, no discrimine entre las disposiciones imperativas del Derecho de la Unión Europea. De este modo, a diferencia de lo que parecía dar a entender la redacción del art. 3.5 de la Propuesta de Reglamento («no podrá afectar a la aplicación de las disposiciones imperativas de Derecho comunitario *cuando sean aplicables al caso particular*»)<sup>50</sup>, todas las disposiciones imperativas del Derecho de la Unión Europea quedan incluidas dentro del ámbito de protección del art. 3.4 del Reglamento «Roma I», sin que sea necesario justificar su aplicación en cada caso; siempre y cuando, evidentemente, el supuesto contractual planteado quede dentro del ámbito de aplicación espacial de la Directiva que contenga la disposición imperativa en cuestión. En nuestra opinión, la actual cláusula general de protección del Derecho de la Unión mitiga, aunque no evita por completo, la inseguridad jurídica existente al amparo de la regulación de la cláusula contenida en la Propuesta de Reglamento «Roma I», ya que la indeterminación sólo persiste en relación con el ámbito de aplicación espacial de las Directivas europeas sectoriales (derivada de la anteriormente mencionada imprecisión de las «normas con incidencia en la ley aplicable» en las mismas contenidas), pero no se extiende a las disposiciones imperativas que las mismas contienen. De este modo, la aplicación de una Directiva europea sectorial conlleva la de todas sus disposiciones expresa e implícitamente imperativas.

Consideramos que ello está en sintonía con los «Considerandos» y con las normas de delimitación espaciales contenidas en las Directivas europeas sectoriales, de las cuales se desprende que detrás de todas las disposiciones imperativas de las Directivas laten importantes intereses, tanto privados (de protección de la parte débil de la relación contractual), como públicos o generales (homogeneizar las condiciones de competencia en el mercado interior en aras del juego de una competencia no falseada en el área de la Unión Europea y, en última instancia, la consecución del objetivo de un mercado único en el seno de la Unión)<sup>51</sup>. En suma, desde nuestro punto de vista, los objetivos perseguidos por las susodichas Directivas justifican que todas sus disposiciones imperativas tengan cabida dentro de la cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea. Además, dicha solución del Reglamento sintoniza perfectamente con la célebre sentencia *Ingmar* de 9 de noviembre de 2000, ya que las razones alegadas por el TJCE para defender la imperatividad internacional de los arts. 17 y 18 de la Directiva de agencia son extrapolables, tanto a las demás disposiciones imperativas de la susodicha Directiva, como a las disposiciones imperativas de las restantes Directivas elaboradas por las instituciones europeas para adaptarse a las necesidades del mercado interior en determinados sectores de la contratación.

Al margen de lo señalado, estimamos que, en aras de subsanar la indefinición que caracteriza a las Directivas europeas sectoriales que contienen normas de delimitación de su ámbito de aplicación espacial y el consiguiente alto grado de imprevisibilidad de las soluciones jurídicas que tal indeterminación conlleva, hubiese sido deseable que el legislador de la Unión Europea hubiese precisado (en la referida cláusula general o en cualquier otro artículo del Reglamento) cuándo se entiende, a los efectos señalados, que existe una vinculación estrecha con el territorio europeo<sup>52</sup>: así, por ejemplo, en relación con la Directiva 86/653/CE, cuando el agente comercial ejerza su actividad profesional para el principal dentro de la Unión Europea (el criterio del mercado afectado ha sido consagrado por la sentencia *Ingmar*

<sup>50</sup> La cursiva no es original del aludido apartado.

<sup>51</sup> *Vid.*, por todos, el art. 1 de la Directiva 2008/122/CE.

<sup>52</sup> Por otro lado, también hubiese resultado conveniente, en aras del objetivo de la transparencia del Derecho de la Unión Europea, que el Reglamento «Roma I» incorporase un Anexo con una lista detallada, susceptible de una actualización periódica, de las «normas con incidencia en la ley aplicable» contenidas en las Directivas europeas sectoriales. En un sentido similar, *vid.* el ya citado Libro Verde, p. 19.

como criterio de delimitación espacial, en relación con los arts. 17 y 18 de la Directiva de agencia<sup>53</sup>, incluso para aquellos supuestos en los cuales el principal esté establecido en un Estado no miembro [en concreto, en California] y las partes hayan elegido como ley aplicable al contrato la ley de ese país<sup>54</sup>. De este modo, no habrían de ser los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión los que concretasen, en función de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, cuándo existe una vinculación del contrato internacional con el espacio europeo que justifique la aplicación de las normas internas que hayan transpuesto las susodichas Directivas. Entendemos que esta propuesta *de lege ferenda* sintoniza mejor con uno de los objetivos principales perseguidos por el Reglamento «Roma I»: potenciar la seguridad jurídica en el ámbito de la ley aplicable a los contratos internacionales en el marco de la Unión Europea; valor que el Reglamento hace primar sobre el de la flexibilidad<sup>55</sup>.

En relación con la consecuencia jurídica de la referida cláusula general, es preciso poner de relieve que, de conformidad con el art. 3.4 del Reglamento «Roma I», las disposiciones imperativas del Derecho de la Unión Europea habrán de recibir aplicación «tal como se apliquen en el Estado miembro del foro». La precisión del ordenamiento jurídico estatal cuyas normas internas se han de aplicar, extremo éste sobre el cual guardaba silencio el art. 3.5 de la Propuesta de Reglamento, nos merece una valoración muy positiva en cuanto que reduce notablemente la inseguridad jurídica, ya que, como es sabido, las Directivas carecen de efecto directo horizontal, lo cual implica que hayan de ser transpuestas por los Estados miembros de la Unión Europea a sus respectivos ordenamientos jurídicos internos. Sin embargo, nos parece criticable que el Reglamento «Roma I» se haya decantado finalmente por las normas de *ius cogens* del ordenamiento jurídico del foro y no por las de la ley objetivamente aplicable al contrato internacional en cuestión (es decir, por las del ordenamiento jurídico estatal designado de conformidad con el art. 4 del Reglamento), ya que esta última solución sintoniza mejor con el funcionamiento general o *modus operandi* del Reglamento «Roma I» y con el propio sentido de la cláusula general; evitando que se utilice la autonomía conflictual con la intención de defraudar el Derecho material estatal normalmente competente, el rector del contrato en defecto de elección de ley, es decir, el designado de conformidad con lo previsto en el art. 4 del Reglamento<sup>56</sup>. En efecto, la susodicha postura defendida por el legislador de la Unión, si bien es cierto que es la más cómoda para el órgano jurisdiccional y que respeta el nivel de protección mínimo uniforme consagrado por las Directivas europeas sectoriales (y, consiguientemente, los objetivos por las mismas perseguidos), fomenta de un modo innecesario el *forum shopping* «residual» a favor de la aplicación de la ley de un determinado Estado miembro<sup>57</sup>, ya que puede inducir a la parte fuerte de la relación litigiosa (por ejemplo, al principal) a incluir, en el correspondiente contrato «intracomunitario» que celebre, una cláusula de elección de ley a favor de un país que no sea miembro de la Unión Europea con la mera intención de que, por la vía de la cláusula de protección del Derecho de la Unión, resulten aplicables las normas internas del ordenamiento jurídico del foro.

<sup>53</sup> Dichos preceptos, que constituyen el núcleo duro de la susodicha Directiva, regulan la indemnización a la que tiene derecho el agente comercial con motivo de la ruptura unilateral del contrato de agencia por el principal.

<sup>54</sup> Pese a reconocer las virtudes de la susodicha sentencia, consideramos que es al legislador de la Unión Europea, y no al TJUE, al que corresponde determinar, a través de la vía de una norma de delimitación expresa, el concreto alcance de las disposiciones imperativas de la Directiva de agencia.

<sup>55</sup> *Vid.* el apartado III del presente trabajo.

<sup>56</sup> Aunque en un contexto diferente y en el marco del Convenio de Roma, en relación con el contrato internacional de agencia comercial, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2007, pp. 96-101, monografía en la cual defiende que los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros debían de aplicar las normas de *ius cogens* de la ley objetivamente aplicable al contrato en cuestión por ser ello consecuente con el funcionamiento general del Convenio de Roma, así como con el propio sentido y tenor literal del art. 3.3 del susodicho cuerpo convencional (el cual se aplicaba analógicamente a los contratos de agencia comercial «intracomunitarios» para impedir la operatividad de las cláusulas de elección de una ley estatal no comunitaria que no respetase el nivel mínimo de protección conferido al agente comercial por el Derecho comunitario de agencia).

<sup>57</sup> *Vid.* P. LAGARDE / A. TENENBAUM, «De la convention de Rome au règlement Rome I», *RCDIP*, 2008, vol. 97, núm. 4, pp. 727-780, pp. 737-738, núm. 10; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Colex, Colección «El Derecho de la Globalización», núm. 17, Madrid, 2009, pp. 151-152, núm. 112, según el cual al «legislador comunitario le resulta indiferente qué concreta Ley de un Estado miembro resulta aplicable al contrato (= es la llamada ‘indiferencia conflictual del Derecho comunitario’)»; así como A.L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Contratos internacionales I», en *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Comares, Granada, 2011, 12ª ed., pp. 587-764, p. 653, núm. 128, los cuales recalcan que el espacio para un *forum shopping* residual, permitido por la referida cláusula general, «es muy limitado y de escaso alcance».

En definitiva, pese a que consideramos un acierto el hecho de haber incorporado el legislador europeo, en el articulado del Reglamento «Roma I», una cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea y a reconocer que la misma reduce la inseguridad jurídica que generaba la cláusula general que aparecía contenida en el art. 3.5 de la Propuesta de Reglamento (en cuanto que como hemos puesto de manifiesto en las líneas anteriores, a diferencia de esta última, precisa determinadas cuestiones de importancia). No obstante, por las razones anteriormente alegadas, estimamos que el alcance de la actual cláusula general es extremadamente reducido, que la misma es insuficiente, es decir, que no colma las expectativas de los operadores jurídicos. A nuestro modo de ver, su reducido alcance la convierte en una apuesta o intento de conciliación parcialmente frustrado, por lo que resultaría conveniente una futura modificación de la cláusula general actualmente vigente en los términos anteriormente señalados.

**11.** Desde una perspectiva *de lege ferenda*, las normas materiales internacionalmente imperativas presentan un acusado «potencial conciliador», esto es, constituyen una vía de conciliación idónea del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, ya que las mismas, además de alcanzar tanto al régimen general como al régimen especial de determinación de la ley aplicable, son susceptibles de intervenir tanto en situaciones contractuales «intracomunitarias» como «extracomunitarias». Al margen de lo señalado, esta categoría normativa opera con independencia de que las partes ejerciten o no su autonomía conflictual.

Sin embargo, desde una perspectiva *de lege lata*, la intervención de las «leyes de policía» se ha visto excesivamente restringida en el marco del Reglamento «Roma I» como consecuencia de la definición tan restrictiva que hace el mismo de esta categoría normativa: una «ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento» (art. 9.1)<sup>58</sup>. Esta situación contrasta con la existente al amparo del Convenio de Roma, el cual no definía dicha categoría normativa.

Este cambio de actitud del legislador europeo nos parece criticable, ya que las normas de aplicación inmediata deberían de proteger, tanto intereses generales o públicos, como a la parte débil de la relación litigiosa<sup>59</sup>. Sin embargo, de conformidad con la definición tan restrictiva contenida en el apartado 1º del art. 9 del Reglamento «Roma I», las normas materiales internacionalmente imperativas no pueden intervenir, en el marco del Reglamento, para proteger a la parte débil de la relación contractual, sino únicamente para proteger intereses generales o públicos<sup>60</sup>. En efecto, el art. 9.1 del Reglamento parece referirse únicamente a las llamadas «normas ordopolíticas» o «de dirección»; quedando excluidas, pues, las denominadas «normas de protección»<sup>61</sup>. Las disposiciones imperativas, contenidas en las Directivas europeas sectoriales, ponen de manifiesto, de un modo patente, el carácter extremadamente artificial que presenta la aludida delimitación, ya que, como anteriormente hemos puesto de relieve, las mismas responden a razones no sólo tuitivas, sino también económico-políticas.

En definitiva, teniendo en cuenta lo señalado, consideramos que las normas internas de los Estados miembros de la Unión Europea, que hayan transpuesto a su respectivo ordenamiento jurídico

<sup>58</sup> En relación con el concepto de «leyes de policía» utilizado por el señalado apartado y con su origen jurisprudencial, *vid.*, muy especialmente, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2009, pp. 229-232, núm. 191.

<sup>59</sup> Por lo que a la necesidad de paralelismo de la función protectora, de la parte débil de la relación litigiosa, en el Derecho material y en el DIPr, *vid.* F. POCAR, «La protection de la partie faible en droit international privé», *Rec. des Cours*, 1984, V, tomo 188, pp. 339-417, pp. 353-357. Tal como en su día pusieron de manifiesto los profesores A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, existen sectores, entre los cuales se encuentra el contrato de agencia comercial, en los que «es necesario proteger, mediante normas internacionalmente imperativas, a sujetos situados en posiciones contractuales débiles», como es el caso del agente (A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «El Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales de 19 de junio de 1980», en A.L. CALVO CARAVACA / L. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA [DIRECTORES], *Contratos internacionales*, Tecnos, Madrid, 1997, pp. 41-137, p. 116, núm. 93).

<sup>60</sup> *Vid.* el Considerando 37 del Reglamento «Roma I», según el cual «consideraciones *de interés público* justifican, en circunstancias excepcionales, el recurso por los tribunales de los Estados miembros a excepciones basadas en el orden público y en leyes de policía» (la cursiva no es original del Considerando).

<sup>61</sup> *Vid.*, por todos, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2009, pp. 230-231, así como las referencias doctrinales por el mismo citadas.

interno las disposiciones expresa e implícitamente imperativas, de las Directivas elaboradas por las instituciones europeas para determinados sectores de la contratación, son susceptibles de quedar encuadradas dentro de la definición de «leyes de policía» que aparece contenida en el apartado 1º del art. 9 del Reglamento «Roma I»; siempre y cuando el supuesto litigioso de que se trate entre dentro del ámbito de aplicación espacial de las referidas Directivas<sup>62</sup>. En última instancia, consideramos que la consideración de dichas normas como internacionalmente imperativas es un instrumento al servicio de la realización de los principios y objetivos del Derecho de la Unión Europea, de las necesidades del mercado interior; las cuales han propiciado, al igual que las mentadas razones tuitivas, la elaboración de las referidas Directivas europeas sectoriales.

### 3. Conciliación del Reglamento «Roma I» con otros instrumentos de Derecho Internacional Privado de la Unión Europea

12. Al margen de lo señalado en relación con el Derecho europeo derivado y muy especialmente con las Directivas sectoriales elaboradas por las instituciones europeas con la finalidad de adaptarse a las peculiares necesidades del mercado interior en sectores concretos de la contratación, el principio de conciliación del ordenamiento jurídico de la Unión Europea también se proyecta entre los propios instrumentos europeos de DIPr. Y, más en concreto, el legislador de la Unión ha tratado de conciliar o coordinar el Reglamento «Roma I», en la esfera procesal, con el Reglamento «Bruselas I» y, en sede de Derecho aplicable, con el Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»)<sup>63</sup>.

En efecto, por un lado, detrás del Reglamento «Roma I» subyace la voluntad de conciliar su articulado con el del Reglamento «Roma II»<sup>64</sup>. En la regulación del Reglamento «Roma I» encontramos diversas manifestaciones de dicha voluntad conciliadora. Por un lado, el legislador de la Unión Europea ha tratado de coordinar el ámbito de aplicación material de ambos instrumentos europeos de DIPr.<sup>65</sup> Así, por ejemplo, el apartado 2 i) del art. 1 del Reglamento «Roma I» excluye de su ámbito de aplicación material las «obligaciones que se derivan de los tratos previos a la celebración de un contrato», esto es, las obligaciones derivadas de una relación precontractual; exclusión que se justifica por el hecho de aparecer tal cuestión regulada por el art. 12.1 del Reglamento «Roma II», el cual somete, con carácter general, la eventual responsabilidad derivada de tratos previos a la ley rectora del contrato o, en su caso, del hipotético contrato, es decir, a la ley que sería aplicable de haberse celebrado válidamente el contrato en cuestión<sup>66</sup>. Otro ejemplo lo encontramos en la voluntad del legislador europeo de ajustar, en la medida de lo posible, la formulación del Reglamento «Roma I» al art. 14 del Reglamento «Roma II»<sup>67</sup>.

<sup>62</sup> *Vid.*, sin embargo, la opinión manifestada por J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, 2009, pp. 230-231, el cual encuadra dentro de la categoría de normas «de protección» a las disposiciones que protegen la situación jurídica de los agentes comerciales y de otros colectivos que se encuentran en una «posición contractual débil».

<sup>63</sup> *DOUE*, de 31 de julio de 2007, núm. L 199/40. *Vid.* el Reglamento (CE) núm. 662/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un procedimiento para la negociación y celebración de acuerdos entre Estados miembros y terceros países sobre materias específicas en relación con la ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales (*DOUE*, de 31 de julio de 2009, núm. L 200/25). En relación con el Reglamento «Roma II» (el cual se aplica, con carácter general, desde el 11 de enero de 2009), *vid.*, por ejemplo, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «Obligaciones extracontractuales», *La cooperación en materia civil en la Unión Europea: textos y comentarios*, bajo la coordinación de A. BORRÁS, Thomson, Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 671-698; así como G. PALAO MORENO, «Las reglas generales relativas a la determinación de la ley aplicable a los hechos dañosos, a la vista de los objetivos del Reglamento (CE) n° 864/2007, sobre la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»)», *Hacia un Derecho conflictual europeo: realizaciones y perspectivas*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Serie «Derecho», núm. 114, 2008, pp. 65-80.

<sup>64</sup> *Vid.* el Considerando 7 del Reglamento «Roma I».

<sup>65</sup> F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «Capítulo XI: Obligaciones contractuales», en A. BORRÁS (Coord.), *La cooperación en materia civil en la Unión Europea: textos y comentarios*, Thomson, Aranzadi, Navarra, 2009, pp. 607-670, p. 608, núm. 5; *Id.*, «El Reglamento «Roma I» sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?», *La Ley*, núm. 6957, 30 de mayo de 2008, pp. 1-10, p. 2.

<sup>66</sup> *Vid.* el Considerando 10 del Reglamento «Roma I».

<sup>67</sup> *Vid.* el Considerando 15 del Reglamento «Roma I».

**13.** En cualquier caso, la voluntad de conciliación del legislador de la Unión Europea se aprecia aún más claramente en relación con los dos instrumentos básicos del DIPr. de la Unión Europea: el Reglamento «Roma I» y el Reglamento «Bruselas I»<sup>68</sup>. Como anteriormente pusimos de manifiesto, ambos textos legales tienen la consideración de ejes centrales del espacio judicial europeo. El Reglamento «Bruselas I», al igual que acontece con el Reglamento «Roma I», trata de ofrecer un elevado grado de seguridad jurídica en aras de alcanzar una mayor uniformidad de soluciones entre los Estados miembros<sup>69</sup>. Como manifestaciones más evidentes de la voluntad del legislador de la Unión Europea, de conciliar ambos instrumentos europeos de DIPr., podemos destacar las siguientes.

Una muestra de la referida voluntad de conciliación la encontramos en la similitud existente entre el art. 1.1 del Reglamento «Roma I» y el art. 1.1 del Reglamento «Bruselas I» (relativos a la delimitación del ámbito de aplicación material de los respectivos cuerpos legales).

Otra manifestación de la mentada conciliación la encontramos en el hecho de que los conceptos de «contrato de compraventa de mercaderías» y de «contrato de prestación de servicios», que constituyen el supuesto de hecho de las normas de conflicto especiales que aparecen contempladas en el apartado 1º a) y b) del art. 4 del Reglamento «Roma I», han de interpretarse del mismo modo que en el ámbito del apartado 1º b) del art. 5 del Reglamento «Bruselas I» (el cual contiene el foro especial de competencia judicial internacional en materia contractual y señala cuál es, al menos *a priori*, el lugar del cumplimiento de la obligación litigiosa para dos categorías contractuales: los contratos de «compraventa de mercaderías» y los contratos de «prestación de servicios»)<sup>70</sup>. No obstante, hay que tener en cuenta que el legislador de la Unión prevé, en el art. 4.1 del Reglamento «Roma I», normas de conflicto especiales específicas para determinados contratos «de prestación de servicios», en concreto, para los contratos «de distribución» (apartado 1f) y para los contratos «de franquicia» (apartado 1e)<sup>71</sup>.

La señalada voluntad de conciliación también se aprecia en otra de las normas de conflicto especiales consagradas en el art. 4.1 del Reglamento «Roma I». En concreto, el apartado 1º c) del susodicho precepto señala que los contratos internacionales cuyo objeto sea un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble se van a regir por la ley del país de situación del bien inmueble. No obstante, el apartado 1º d) del art. 4 del Reglamento «Roma I» prevé una excepción, a la señalada regla general, para los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles que cumplan las cuatro condiciones siguientes: que hayan sido celebrados para uso particular; por un período máximo de seis meses consecutivos; el arrendatario sea una persona física y tanto el arrendador como el arrendatario tengan su residencia habitual en el mismo país. En el supuesto de cumplirse dichas condiciones, que coinciden con las previstas en el apartado 1º del art. 22 del Reglamento «Bruselas I» (relativo a la concurrencia de competencias exclusivas, a favor de órganos jurisdiccionales de distintos Estados miembros de la Unión Europea, en materia de contratos de arrendamiento de bienes inmuebles), el contrato de arrendamiento de un bien inmueble no se regirá por la ley del lugar de situación del bien inmueble en cuestión, sino por la ley del país de la residencia habitual del propietario del bien inmueble arrendado.

Otra manifestación de la referida conciliación la encontramos en el art. 23 del Reglamento «Roma I», el cual, al igual que ocurre con el art. 67 del Reglamento «Bruselas I», permite una mayor especialización de las soluciones.

---

<sup>68</sup> *Vid.* el Considerando 7 del Reglamento «Roma I», por virtud del cual el ámbito de aplicación material y las disposiciones del susodicho instrumento europeo han de interpretarse de un modo coherente, tanto con el Reglamento «Bruselas I», como con el Reglamento «Roma II».

<sup>69</sup> *Vid.*, por ejemplo, el apartado 1º del art. 5 del Reglamento «Bruselas I», el cual pretende subsanar la inseguridad jurídica generada por el art. 5.1 del Convenio de Bruselas.

<sup>70</sup> *Vid.* el Considerando 17 del Reglamento «Roma I», el cual señala que por «lo que se refiere a la ley aplicable a falta de elección, los conceptos de ‘prestación de servicios’ y de ‘venta de mercaderías’ deben interpretarse del mismo modo que al aplicar el artículo 5 del Reglamento (CE) nº 44/2001, en cuanto la venta de mercaderías y la prestación de servicios están cubiertos por dicho Reglamento». Un análisis del concreto ámbito de aplicación del art. 5.1.b) del Reglamento «Bruselas I», que recurre a un concepto autónomo de contrato de «prestación de servicios», puede encontrarse en P. BERLIOZ, «La notion de fourniture de services au sens de l’article 5-1 b) du règlement ‘Bruxelles I’», *JDI*, 2008, vol. 135, núm. 3, pp. 675-717.

<sup>71</sup> Tal como ha puesto de relieve el Considerando 17 del Reglamento «Roma I», aunque «los contratos de franquicias y de distribución son contratos de servicios, están sujetos a normas específicas».



Por otra parte, la necesaria conciliación o armonía que ha de existir entre ambos Reglamentos europeos obliga a que la interpretación del concepto de «actividad dirigida» en el marco del Reglamento «Roma I» (que utiliza el apartado 1º de su art. 6 para delimitar el ámbito de aplicación espacial del régimen especial de determinación de la ley aplicable contemplado en el referido precepto para los contratos de consumo) deba ser coherente con la mantenida en relación con el apartado 1º c) del art. 15 del Reglamento «Bruselas I» (lo cual implica que haya de tenerse en cuenta la declaración conjunta del Consejo y la Comisión relativa a dicho precepto<sup>72</sup>), el cual también se basa en el señalado concepto para aplicar el régimen especial de competencia judicial internacional previsto en sus arts. 15-17 para los contratos de consumo<sup>73</sup>.

Otra manifestación de conciliación la encontramos en los puntos de conexión utilizados por los apartados 2º y 3º del art. 8 del Reglamento «Roma I» para determinar la ley objetivamente aplicable a los contratos individuales de trabajo, es decir, la aplicable en defecto de elección de ley (lugar habitual de trabajo [primera conexión subsidiaria] y, en su defecto, lugar del establecimiento contratante [segunda conexión subsidiaria]); los cuales guardan cierta similitud con los foros alternativos que conforman el régimen especial de competencia judicial internacional, contemplado en el apartado 2º del art. 19 del Reglamento «Bruselas I», para los supuestos de contratos individuales de trabajo en los que el trabajador quiere demandar al empresario ante el Tribunal de un Estado miembro distinto al del domicilio de este último.

**14.** Sin embargo, la conciliación entre ambos instrumentos europeos de DIPr., esto es, entre el Reglamento «Roma I» y el Reglamento «Bruselas I», no se ha alcanzado plenamente.

Así, por ejemplo, el art. 19 del Reglamento «Roma I» define claramente qué se entiende, a los efectos del mismo, por *residencia habitual* de las sociedades, asociaciones o personas jurídicas en base a un criterio único; a diferencia de lo que acontece con el apartado 1º del art. 60 del Reglamento «Bruselas I», el cual recurre a tres criterios a la hora de definir el *domicilio* de las sociedades u otras personas jurídicas<sup>74</sup>.

A nuestro modo de ver, una prueba evidente de que no se ha alcanzado la ansiada conciliación o coherencia valorativa entre el Reglamento «Roma I», el Reglamento «Bruselas I» y las Directivas europeas sectoriales, la encontramos en la falta de correlación *forum-ius* en lo relativo a la proyección del nivel de protección mínimo previsto imperativamente, a favor de la parte débil de la relación contractual, por las Directivas elaboradas por las instituciones europeas para determinados sectores de la contratación, las cuales fueron objeto de análisis en el apartado anterior. Como anteriormente hemos señalado, el Reglamento «Roma I» contempla un mecanismo novedoso, la llamada cláusula de protección del Derecho de la Unión Europea, que limita la posibilidad que tiene la parte fuerte de la relación litigiosa (por ejemplo, el agente comercial) de eludir de un modo directo en el ámbito del Derecho aplicable, por medio de una cláusula de elección de ley, la regulación imperativa del Derecho de la Unión. El problema es que el Reglamento «Bruselas I» no contempla una limitación similar, es decir, no impide que la parte fuerte de la relación contractual pueda eludir de un modo indirecto en sede de competencia judicial internacional, a través de la vía de una cláusula de elección de foro, la referida regulación imperativa europea. Desde un enfoque *de lege ferenda*, en aras de la plena consecución del ansiado principio de conciliación en el seno del ordenamiento jurídico de la Unión Europea, estimamos conveniente que sea

---

<sup>72</sup> De conformidad con dicha declaración, para que el apartado 1 c) del art. 15 del Reglamento «Bruselas I» sea aplicable «no basta que una empresa dirija sus actividades hacia el Estado miembro del domicilio del consumidor, o hacia varios Estados miembros entre los que se encuentre este último, sino que además debe haberse celebrado un contrato en el marco de tales actividades». Por otro lado, tal como señala la susodicha declaración, «el mero hecho de que un sitio Internet sea accesible no basta para que el artículo 15 resulte aplicable, aunque se dé el hecho de que dicho sitio invite a la celebración de contratos a distancia y que se haya celebrado efectivamente uno de estos contratos a distancia, por el medio que fuere. A este respecto, la lengua o la divisa utilizada por un sitio Internet no constituye un elemento pertinente».

<sup>73</sup> Vid. el Considerando 24 del Reglamento «Roma I», el cual pone de manifiesto que la necesidad de conciliación, entre ambos cuerpos legales, no sólo obliga a utilizar el concepto de «actividad dirigida» en el ámbito del Reglamento «Roma I» como condición de aplicación del régimen especial de protección del consumidor, sino a que el referido concepto sea objeto de una «interpretación armoniosa» en ambos instrumentos europeos.

<sup>74</sup> Vid. el Considerando 39 del Reglamento «Roma I».

el legislador de la Unión Europea, y no la normativa autónoma de los Estados miembros, el que imponga como límite, a la operatividad de los convenios atributivos de competencia a órganos jurisdiccionales de países que no sean miembros de la Unión, el respeto de las disposiciones imperativas de las Directivas europeas sectoriales cuando las mismas resulten aplicables, ya que ello sintoniza mejor con el principio de conciliación y, además, permite obtener un cierto grado de uniformidad en las soluciones; lo cual es imprescindible para lograr el correcto funcionamiento del mercado interior<sup>75</sup>.

### III. Previsibilidad *versus* flexibilidad en el actual Derecho internacional privado europeo de los contratos

15. Al margen de lo señalado, un análisis de la regulación contenida en el Reglamento «Roma I» nos muestra que el legislador de la Unión Europea ha tratado claramente de reforzar la seguridad jurídica, en el ámbito del Derecho aplicable a los contratos internacionales, en el seno del espacio europeo. Dicha tendencia del Reglamento, derivada de la actual voluntad política de las instituciones europeas en la regulación de los asuntos transfronterizos, está encaminada a alcanzar una mayor uniformidad de soluciones, entre los Estados miembros de la Unión, en lo concerniente a la ley aplicable a los contratos vinculados a más de un ordenamiento jurídico. El articulado del Reglamento constituye una prueba fehaciente de la preocupación de las instituciones europeas por potenciar en este sector, en la medida de lo posible, la certeza jurídica, esto es, la previsibilidad de sus soluciones conflictuales, de sus respuestas jurídicas; de tal manera que los operadores jurídicos puedan prever las consecuencias legales de sus actos.

Ello no significa que el Reglamento «Roma I» no haga ninguna concesión al valor de la flexibilidad, que renuncie por completo a un cierto margen de flexibilidad en las soluciones. Así, por ejemplo, en el marco del Reglamento sigue subsistiendo el criterio de los vínculos más estrechos (aunque no como principio general para determinar la ley objetivamente aplicable, sino sólo como conexión de cierre del sistema [art. 4.4], operando en aquellos supuestos de contratos sujetos al régimen general de Derecho aplicable que no queden incluidos dentro del ámbito de ninguna de las normas de conflicto especiales contempladas en el art. 4.1 del Reglamento y en los que no pueda identificarse la prestación característica del contrato), así como la cláusula de excepción (la cual interviene únicamente en supuestos excepcionales [arts. 4.3 y 8.4<sup>76</sup>])<sup>77</sup>.

No obstante, es preciso reconocer que el Reglamento apuesta claramente por el valor de la seguridad jurídica, inclinando claramente la balanza a favor de este último. En efecto, aunque en el

<sup>75</sup> Con un alcance más sectorial, *vid.* H. AGUILAR GRIEDER, *op. cit.*, 2007, pp. 137-157, monografía en la cual analizo el problema, tanto desde una perspectiva *de lege ferenda* como *de lege lata*, en relación con el contrato internacional de agencia comercial. En dicho estudio monográfico pongo de manifiesto la necesidad de proyección del principio tuitivo del agente comercial en que se basa la Directiva de agencia, es decir, de la regulación imperativa comunitaria sobre protección del agente comercial, en la esfera procesal y, más en concreto, en sede de competencia judicial internacional.

<sup>76</sup> La cláusula de excepción, prevista para los contratos individuales de trabajo en el apartado 4º del art. 8 del Reglamento, está redactada en términos menos estrictos que la contemplada en el art. 4.3 del susodicho cuerpo legal para la generalidad de los contratos internacionales; lo cual implica que los órganos jurisdiccionales tengan, en relación con los contratos de trabajo, un mayor margen de discrecionalidad para apartarse de la solución ofrecida por la correspondiente norma de conflicto. Dicha cláusula de excepción, que ya figuraba en el apartado 2º del art. 6 del Convenio de Roma en términos muy similares, va a operar con independencia de haber realizado o no el trabajador habitualmente su trabajo en un mismo país. La referida cláusula de excepción permite, por ejemplo, otorgar primacía a la conexión del lugar del establecimiento contratante sobre la del lugar habitual de trabajo, así como a otras conexiones que se consideren relevantes en un caso concreto. De conformidad con el anteriormente mentado Libro Verde, con base en la señalada cláusula de excepción de alcance particular, se podrá considerar, por ejemplo, que un contrato celebrado en Francia entre un empresario francés y un trabajador francés, para realizar un trabajo de dos años en un país africano, con una promesa, en su caso, de un nuevo empleo en Francia, al expirar el correspondiente contrato, se regirá por la ley francesa (con la que existen los vínculos más estrechos) en lugar de por la ley del país de ejecución del contrato (que en el susodicho supuesto sería la ley del país africano).

<sup>77</sup> En cualquier caso, en aras de reforzar la seguridad jurídica, los Considerandos 20 y 21 del Reglamento especifican que, a los efectos de los apartados 3º y 4º del art. 4 del Reglamento, para determinar el país con el cual el contrato internacional presenta los vínculos más estrechos, habrá de tenerse en cuenta, entre otros aspectos, si el contrato en cuestión presenta una relación muy estrecha con otro contrato u otros contratos.

Reglamento «Roma I» también está presente el binomio flexibilidad/previsibilidad, la batalla la gana finalmente este último valor, el de la certeza jurídica, el cual prima sobre el de la flexibilidad en el actual marco normativo. De hecho, el grado de flexibilidad de las disposiciones del Reglamento «Roma I» es menor que el que se apreciaba en su antecesor: el Convenio de Roma.

16. La referida tendencia a la seguridad jurídica, a la previsibilidad del resultado, en el marco del Reglamento «Roma I», expresamente manifestada por el mismo<sup>78</sup>, se aprecia de un modo claro en su regulación. Un ejemplo de la voluntad del legislador de la Unión Europea de apostar por la seguridad jurídica lo encontramos en la ya analizada cláusula general de protección del Derecho de la Unión; la cual impide, bajo ciertas condiciones, defraudar la regulación imperativa contenida en las Directivas europeas<sup>79</sup>.

Otro ejemplo de la referida tendencia lo constituyen las ya mentadas normas materiales internacionalmente imperativas del art. 9 del Reglamento, cuyo apartado 1º contiene una definición de las mismas, inexistente en el ámbito del Convenio de Roma, que además de ser extremadamente restrictiva puede plantear en la práctica, a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, importantes problemas de interpretación; lo cual puede suponer un serio obstáculo a la finalidad que dicha definición tenía encomendada: potenciar la seguridad jurídica<sup>80</sup>.

Por otro lado, la inclusión de los contratos de seguro (con alguna excepción aislada<sup>81</sup>), en el ámbito de aplicación material del Reglamento «Roma I», ha supuesto una notable simplificación de su régimen jurídico, lo cual ha contribuido a reforzar la seguridad jurídica, ya que ello contrasta con la acentuada dispersión normativa y extrema complejidad que existía, en el marco del Convenio de Roma, en relación con esta categoría de contrato internacional<sup>82</sup>.

Otra manifestación evidente de la señalada tendencia del Reglamento a potenciar la seguridad jurídica lo constituye su art. 19, el cual, a diferencia de lo que ocurre con el art. 60.1 del Reglamento «Bruselas I» (que recurre a tres criterios a la hora de definir el domicilio de las sociedades u otras personas jurídicas), define claramente qué se entiende, a los efectos del mismo, por residencia habitual de las sociedades, asociaciones o personas jurídicas; y ello lo hace en base a un criterio único: el de la administración central<sup>83</sup>. Tal como manifiesta el Considerando 39 del Reglamento, la seguridad jurídica exige que el Reglamento defina claramente el susodicho concepto. Y, muy especialmente, si se tiene en cuenta que el Reglamento recurre con frecuencia al criterio de la residencia habitual, en defecto de elección de ley, a los efectos de determinar la ley aplicable al contrato internacional. En aras de reforzar la previsibilidad jurídica, el art. 19.3 del Reglamento resuelve el problema del conflicto móvil, al señalar que la residencia habitual habrá de determinarse en el momento de la celebración del correspondiente contrato.

<sup>78</sup> *Vid.*, muy especialmente, el Considerando 6 y 16 del Reglamento «Roma I». De conformidad con este último Considerando, con «el fin de contribuir al objetivo general del presente Reglamento que es la seguridad jurídica en el espacio judicial europeo, las normas de conflicto de leyes deben presentar un alto grado de previsibilidad. No obstante, el juez debe disponer de un margen de apreciación con el fin de determinar la ley que presenta los vínculos más estrechos con la situación».

<sup>79</sup> *Vid.* el epígrafe 2 del apartado II del presente trabajo.

<sup>80</sup> *Vid.* el apartado II epígrafe 2 de este artículo.

<sup>81</sup> Dicha excepción se refiere a los contratos de seguro, derivados de operaciones realizadas por organizaciones que no sean las empresas, que tengan como objetivo la concesión de prestaciones a favor de determinados trabajadores (apartado 2 j) del art. 1 del Reglamento).

<sup>82</sup> Al igual que acontece con el Reglamento «Roma I», el Convenio de Roma incluía a los contratos de reaseguro dentro de su ámbito de aplicación. No obstante, a diferencia del Reglamento, el Convenio de Roma excluía de su ámbito a los contratos de seguro que cubrían riesgos situados en el territorio de la Unión Europea; lo cual había ocasionado que la susodicha categoría contractual quedase sometida a un régimen jurídico extremadamente disperso y complejo.

<sup>83</sup> Por otro lado, el art. 19 del Reglamento considera que, a los efectos del mismo, las personas físicas que actúen en el ejercicio de su actividad profesional tienen su residencia habitual en el lugar en el cual se encuentre su establecimiento principal. Y en los supuestos en los cuales el contrato se celebre en el curso de las operaciones de una sucursal, agencia u otro establecimiento, o si por virtud del contrato la prestación debe ser realizada por tal sucursal, agencia u otro establecimiento, habrá de considerarse como residencia habitual el lugar en el que esté situada la susodicha sucursal, agencia u establecimiento (art. 19.2 del Reglamento).

#### IV. Especificidad *versus* generalidad en el actual Derecho internacional privado europeo de los contratos

17. En cualquier caso, a nuestro modo de ver, la manifestación más evidente de la aludida tendencia a reforzar la seguridad jurídica, la previsibilidad, en el marco del Reglamento «Roma I», lo constituye el hecho de la renuncia realizada por el legislador de la Unión, en este instrumento normativo, a la extrema generalidad de las soluciones existente en el ámbito del Convenio de Roma, esto es, a las soluciones genéricas en el mismo previstas. La especificidad de este Reglamento de alcance particular no sólo es predicable de la materia por el mismo abordada (la ley aplicable a las obligaciones contractuales), en lo cual también coincidía con el Convenio de Roma, sino también de su regulación. En efecto, a diferencia de lo que acontecía con el Convenio de Roma, el Reglamento «Roma I» apuesta, claramente, por una mayor especialización en las soluciones, por una acusada especificidad en sus respuestas jurídicas.

Un análisis del articulado del Reglamento nos muestra que el legislador de la Unión Europea ha querido extender la referida especialización tanto al régimen general como al régimen especial de determinación de la ley aplicable.

De la comparación del articulado del Convenio de Roma y del Reglamento «Roma I» se desprende, claramente, que este último dota de un régimen específico a un mayor número de contratos internacionales; lo cual permite tomar en consideración las particularidades que presentan determinados tipos contractuales muy extendidos en la práctica comercial internacional (como es el caso, por ejemplo, de los contratos que tienen por objeto un derecho real inmobiliario o el arrendamiento de un bien inmueble, de los contratos de prestación de servicios, de distribución<sup>84</sup>, de franquicia, de compraventa de mercaderías, de venta de bienes mediante subasta, de consumo, de trabajo, de seguro, de transporte, etc.). De hecho, en el Reglamento «Roma I», que mantiene la dualidad de regímenes de determinación del Derecho aplicable, existen numerosas categorías contractuales objeto de una regulación específica.

18. Por un lado, la aludida tendencia es claramente apreciable en el régimen especial de Derecho aplicable. De hecho, en el marco del Reglamento «Roma I» existen más contratos sujetos al régimen especial que en el Convenio de Roma. En concreto, a los ya existentes (esto es, a los contratos de consumo [art. 6] y a los contratos individuales de trabajo [art. 8]), se han añadido otros dos: los contratos de seguro (art. 7) y los contratos de transporte (art. 5).

En relación con los contratos de transporte, el Reglamento contempla en su art. 5 una dualidad de soluciones conflictuales, esto es, de regímenes de determinación de la ley aplicable: uno para los contratos de transporte de mercancías y otro para los contratos de transporte de pasajeros<sup>85</sup>. Tal como pone de manifiesto el Considerando 32 del Reglamento, debido a las características especiales que presentan los contratos de transporte, deberá garantizarse un nivel adecuado de protección a los pasajeros mediante normas específicas. Entendemos que dicha necesidad de protección justifica la acusada especificidad del Reglamento en relación con esta categoría contractual y, más en concreto, que el art. 5 del Reglamento, que abarca todos los contratos de transporte, consagre un tratamiento conflictual diferente

---

<sup>84</sup> De conformidad con el Considerando 17 del Reglamento, los contratos de franquicia y de distribución, pese a tratarse de contratos de prestación de servicios, están sujetos a normas de conflicto específicas. De este modo, se resuelven los problemas interpretativos que se habían planteado, en el marco del Convenio de Roma, en relación con estas dos categorías contractuales; lo cual constituye una prueba evidente de la voluntad del Reglamento de potenciar la seguridad jurídica. En relación con las dificultades planteadas por la determinación de la prestación característica en relación con los contratos de distribución, en el marco del art. 4.2 del Convenio de Roma, *vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «La lucha por la prestación característica (I): los contratos internacionales de distribución», en A.L. CALVO CARAVACA / S. AREAL LUDEÑA (DIRS.), *Cuestiones actuales del Derecho mercantil internacional*, Colex, Madrid, 2005, pp. 349-369, pp. 356-369. El referido Considerando del Reglamento, en aras de favorecer la previsibilidad de las soluciones, señala igualmente que los contratos de compraventa de mercaderías, al igual que los de prestación de servicios, deben de interpretarse del mismo modo que en el ámbito del art. 5.1 del Reglamento «Bruselas I».

<sup>85</sup> La existencia de una norma de conflicto especial para los contratos de transporte implica que los mismos no queden sujetos, ni al régimen general de Derecho aplicable, ni al régimen especial previsto en el art. 6 del Reglamento (relativo a los contratos de consumo).

para los contratos de transporte de mercancías (apartado 1º)<sup>86</sup> que para los contratos de transporte de pasajeros (apartado 2º)<sup>87</sup>. Al margen de lo señalado, el legislador de la Unión Europea ha querido intensificar aún más la especificidad de esta categoría contractual por la vía de consagrar una cláusula de excepción específica (contenida en el apartado 3º del art. 5 del Reglamento) susceptible de operar, en defecto de elección de ley, en relación con todos los contratos de transporte, ya se trate de un transporte de mercancías o de pasajeros. En el supuesto de intervenir dicha cláusula de excepción, que tan sólo lo hará excepcionalmente, el contrato de transporte se regirá por la ley del país con el cual *manifiestamente* presente los vínculos más estrechos<sup>88</sup>.

Por otro lado, la diversidad de regímenes se mantiene en relación con los contratos de consumo, ya que para la aplicación del régimen especial protector del consumidor, que el Reglamento contempla, sigue siendo necesario que el supuesto en cuestión entre dentro del ámbito de aplicación material y espacial del art. 6<sup>89</sup>. De no ser así, el contrato celebrado entre el consumidor y el profesional quedará sometido al régimen general de Derecho aplicable, esto es, a los arts. 3 y 4 del Reglamento.

En relación con los contratos individuales de trabajo, la especificidad no se manifiesta en la existencia de una dualidad de regímenes de determinación de la ley aplicable, ya que al igual que acontecía en el ámbito del Convenio de Roma todos los contratos individuales de trabajo quedan sujetos a una única solución conflictual, en concreto, al régimen especial protector del trabajador contenido en el art. 8 del Reglamento<sup>90</sup>. Pero la propugnada especificidad sí que se manifiesta en la existencia de una cláusula de excepción específica para los contratos individuales de trabajo (contenida en el apartado 4º del art. 8

---

<sup>86</sup> El art. 5.1 del Reglamento consagra, en materia de contratos de transporte de mercancías, como criterio de conexión principal, para determinar la *lex contractus*, a la autonomía conflictual; la cual operará conforme a lo previsto en el art. 3 del Reglamento, es decir, al régimen aplicable a la generalidad de los contratos internacionales. En defecto de elección de ley, el contrato de transporte de mercancías se va a regir por la ley del país de la residencia habitual del transportista, esto es, de la persona que se compromete a llevar a cabo el transporte de mercancías, con independencia de que el mismo sea o no el que realice el transporte (Considerando 22). No obstante, la operatividad de la susodicha primera conexión subsidiaria está condicionada a que dicho país coincida, o bien, con el lugar de recepción o de entrega de la mercancía, o bien, con el país en el cual el remitente, es decir, la persona que haya concluido el contrato de transporte con el transportista (Considerando 22) tenga su residencia habitual. En defecto del señalado condicionamiento, el contrato de transporte de mercancías se regirá por la ley del país donde esté situado el lugar de entrega convenido por las partes en el contrato (esta segunda conexión subsidiaria, que se refiere al lugar de entrega pactado y no al lugar de la entrega efectiva de las mercancías, no operaba en el marco del Convenio de Roma). Tal como se desprende del Considerando 22 del Reglamento, los contratos de transporte de mercancías se interpretan del mismo modo que en el marco del art. 4.4 del Convenio de Roma, el cual definía dicha categoría contractual a los efectos de la aplicación de la presunción particular en dicho apartado prevista: «se considerarán como contratos de transporte de mercancías los contratos de fletamento para un solo trayecto u otros contratos cuyo objeto principal sea el de realizar un transporte de mercancías».

<sup>87</sup> Por otro lado, el art. 5.2 del Reglamento tiene como objetivo proteger al pasajero en tanto que parte débil de la relación contractual. Dicho apartado consagra, como conexión prioritaria, a la autonomía conflictual. No obstante, dicha autonomía conflictual está limitada en cuanto a las leyes susceptibles de elección (las cuales presentan una vinculación con el contrato): la de la residencia habitual del pasajero, la de la residencia habitual o administración central del transportista, la del lugar de origen o la del lugar de destino. Por lo tanto, las partes del contrato no podrán convenir someter el mismo a una ley estatal distinta de las que acabamos de mencionar. Y, en defecto de elección de ley en los términos expuestos, el contrato de transporte de pasajeros se va a someter a la ley del país de la residencia habitual del pasajero. No obstante, la operatividad de este primer criterio de conexión subsidiario está condicionada a que el referido país coincida con el lugar de origen o con el de destino. En el supuesto en que no se produzca la mencionada coincidencia, el contrato de transporte de pasajeros se va a regir por la ley del país de la residencia habitual del transportista (segunda conexión subsidiaria).

<sup>88</sup> La expresión «vínculos manifiestamente más estrechos», que también está presente en la cláusula de excepción prevista en el art. 4.3 del Reglamento «Roma I» para la generalidad de los contratos internacionales (no obstante, esta última cláusula interviene incluso más restrictivamente, ya que emplea la expresión «se desprende claramente» [la cual no utiliza el art. 5.3 del Reglamento]), pone de manifiesto que la referida cláusula de excepción opera de un modo más restrictivo que la consagrada para los contratos individuales de trabajo en el art. 8.4 del Reglamento.

<sup>89</sup> En relación con el concreto alcance del art. 6 del Reglamento, *vid.*, muy especialmente, A.L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas», *CDT*, 2009, vol. 1, núm. 2, pp. 52-133, pp. 85-112.

<sup>90</sup> Al igual que ocurría en el marco del Convenio de Roma, la norma conflictual, relativa al contrato individual de trabajo, no debe ir en detrimento de la aplicación de las disposiciones imperativas, del país de desplazamiento del trabajador, a las que hace referencia la ya citada Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios: *vid.* el Considerando 34 del Reglamento «Roma I».

del Reglamento «Roma I»<sup>91</sup>, la cual opera de un modo menos restrictivo que la prevista en el art. 4.3 del Reglamento para la generalidad de los contratos internacionales<sup>92</sup>.

Por último, señalar que la diversidad de regímenes también afecta a los contratos de seguro, los cuales son objeto de una norma de conflicto especial contenida en el art. 7 del Reglamento «Roma I». Detrás del referido precepto subyacen, fundamentalmente, dos intereses. Por un lado, reducir la dispersión normativa existente al amparo del Convenio de Roma. De hecho, durante la vigencia del Convenio de Roma el régimen era particularmente complejo, ya que los contratos de seguro podían quedar sometidos, en función de las circunstancias, a las normas de conflicto del Convenio de Roma, a las de las Directivas comunitarias sobre seguros o a las de los sistemas autónomos de los Estados miembros. Sin embargo, como anteriormente hemos comentado, el Reglamento «Roma I» incluye a todos los contratos de seguro, con la salvedad de la exclusión específica contemplada en el apartado 2 j) de su art. 1, dentro de su ámbito de aplicación material. Y, por otro lado, detrás del art. 7 del Reglamento también subyace la idea de no modificar sustancialmente el régimen previsto en las Directivas comunitarias sobre seguros<sup>93</sup>. En cualquier caso, es preciso tener en cuenta que no todos los contratos de seguro quedan incluidos dentro del ámbito de aplicación del art. 7 del Reglamento; lo cual implica que los contratos de seguro excluidos de dicho régimen, al igual que los contratos de reaseguro (art. 7.1), hayan de quedar sometidos al régimen general de Derecho aplicable<sup>94</sup>.

**19.** Al margen de lo señalado, en el marco del Reglamento «Roma I», estimamos que la tendencia a la especialización de las soluciones conflictuales también se ha proyectado sobre el régimen general de Derecho aplicable por el mismo previsto. Ello contrasta con lo que ocurría en el ámbito del Convenio de Roma, en el cual, con alguna excepción aislada<sup>95</sup>, la especificidad en las respuestas jurídicas únicamente era predicable del régimen especial que el mismo consagraba. A nuestro modo de ver, en el régimen general de determinación de la ley aplicable del Reglamento, el legislador europeo ha fomentado la especialización de las soluciones tanto *ad intra* o «intrínseca» como *ad extra* o «extrínseca».

Una manifestación evidente de este último tipo de especialización, de la que hemos denominado como *ad extra* o «extrínseca», lo constituye el art. 23 del Reglamento. Desde un enfoque *de lege lata*, al menos hasta la fecha, dicho precepto, que promueve la coexistencia de normas conflictuales relativas a las obligaciones contractuales en materias específicas, goza de escasa eficacia, ya que excluye de su ámbito de acción a los contratos de seguro, que era precisamente el sector más afectado por las normas de conflicto; ya que, como anteriormente pusimos de relieve, existían numerosas Directivas comunitarias de seguros que recurrían a esta técnica normativa para delimitar su ámbito de aplicación espacial<sup>96</sup>. Como es sabido, dicha exclusión se justifica en que el contenido de tales Directivas ha sido incluido en el articulado del propio Reglamento, en concreto, en su art. 7. No obstante, desde una perspectiva *de lege ferenda*, es innegable la aptitud o idoneidad de la referida cláusula como mecanismo o instrumento

<sup>91</sup> A diferencia de lo que acontece con los contratos individuales de trabajo, para los contratos de consumo no existe una cláusula de excepción específica en el marco del Reglamento «Roma I» (la cual tampoco existía en el ámbito del Convenio de Roma).

<sup>92</sup> De conformidad con el art. 8.4 del Reglamento, «si del conjunto de circunstancias *se desprende* que el contrato presenta *vínculos más estrechos* con un país distinto del indicado en los apartados 2 o 3, se aplicará la ley de ese otro país». Dicho tenor legal no coincide con el del art. 4.3 del Reglamento: «si del conjunto de circunstancias *se desprende claramente* que el contrato presenta *vínculos manifestamente más estrechos* con otro país distinto del indicado en los apartados 1 o 2, se aplicará la ley de este otro país». Las cursivas no son originales de los apartados transcritos.

<sup>93</sup> Vid. F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *loc. cit.*, 2009, p. 625, núms. 44 y 45.

<sup>94</sup> Un concienzudo análisis del régimen actualmente existente puede encontrarse en P. BLANCO-MORALES LIMONES / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Contratos internacionales II: algunos contratos», en *Derecho Internacional Privado*, vol. II, bajo la dirección de A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Comares, Granada, 2011/2012, 12ª ed., pp. 764-806, pp. 770-779.

<sup>95</sup> Vid. las presunciones particulares previstas en el apartado 4º (para los contratos de transporte de mercancías) y en el apartado 3º (en relación con los contratos que tengan por objeto un derecho real inmobiliario o un derecho de utilización del inmueble) del art. 4 del Convenio de Roma. El resto de las categorías contractuales, sujetas al régimen general de Derecho aplicable, quedaban incluidas dentro del ámbito de la presunción general contenida en el apartado 2º del referido precepto. Tanto la presunción general como las presunciones particulares, que quedaban excluidas en los supuestos excepcionales de intervención de la cláusula de excepción (apartado 5º), tenían como objetivo concretar el principio general proclamado por el apartado 1º del art. 4 del Convenio (conexión de los vínculos más estrechos) en los supuestos en los cuales no hubiese elección de ley.

<sup>96</sup> En relación con la susodicha cláusula, *vid.* el apartado II del presente trabajo.

de especialización de las soluciones conflictuales; la cual permite atender las particularidades que presentan determinados tipos contractuales.

Al margen de lo señalado, existen otros instrumentos susceptibles de operar en el régimen general de Derecho aplicable y que también promueven una especialización «extrínseca» de las soluciones. En concreto, me estoy refiriendo a dos instrumentos que han sido analizados con anterioridad: por un lado, a las normas materiales internacionalmente imperativas (art. 9), dentro de las cuales tienen cabida las disposiciones imperativas del Derecho europeo derivado (como es el caso, por ejemplo, de la ya mentada Directiva de agencia comercial) y, por otro lado, a la novedosa cláusula general de protección del Derecho de la Unión Europea (art. 3.4)<sup>97</sup>. Desde nuestro punto de vista, esta última cláusula reproduce, al menos en cierta medida, el *modus operandi* de los arts. 6 (contratos de consumo) y 8 (contratos individuales de trabajo), ya que la susodicha cláusula contempla una limitación similar de la autonomía conflictual de las partes, pero considerando como un todo, como un conjunto unitario, al ordenamiento jurídico de la Unión Europea<sup>98</sup>.

## V. Algunas manifestaciones de materialización en el actual Derecho Internacional Privado europeo de los contratos

20. Detrás de la regulación del Reglamento «Roma I», al igual que acontece con otros instrumentos de la Unión Europea, también subyace una tímida e incipiente materialización<sup>99</sup>.

Al margen de las dos vías clásicas de materialización (esto es, de las normas materiales internacionalmente imperativas [art. 9]<sup>100</sup> y del orden público internacional [art. 21]), el Reglamento «Roma I», al igual que acontecía con el Convenio de Roma, ha proyectado en el plano conflictual el principio básico en materia de obligaciones contractuales: la autonomía de la voluntad de las partes. De hecho, la autonomía conflictual sigue siendo la piedra angular del Reglamento «Roma I»<sup>101</sup>. No obstante, tal como se ha analizado en el presente estudio, existen ciertas modificaciones introducidas por el Reglamento «Roma I» que afectan al concreto alcance de la autonomía conflictual en el actual DIPr. europeo de los contratos<sup>102</sup>. Al igual que ocurre en el ámbito puramente interno, el principio de protección de la parte débil de la relación litigiosa constituye un importante límite a la autonomía de la voluntad y, consiguientemente, a la autonomía conflictual de las partes<sup>103</sup>. El Reglamento «Roma I» ha extendido dicho principio tuitivo, que estaba claramente presente en el régimen especial de Derecho aplicable contenido en el Convenio de Roma<sup>104</sup>, al régimen general de determinación de la ley aplicable (lo cual constituye, a nuestro modo de ver, una de las novedades del Reglamento «Roma I»)<sup>105</sup>.

<sup>97</sup> Vid. el epígrafe 2 del apartado II del presente trabajo de investigación.

<sup>98</sup> En el ámbito del art. 3.4 del Reglamento, el límite a la autonomía conflictual aparece constituido por las disposiciones imperativas del Derecho de la Unión Europea tal como hayan sido transpuestas por el ordenamiento jurídico del foro; mientras que en el marco de los arts. 6 y 8 del Reglamento la limitación aparece determinada por las disposiciones imperativas de la ley objetivamente aplicable, esto es, de la ley rectora del contrato en defecto de elección (vid. los arts. 6.2 y 8.1 del Reglamento).

<sup>99</sup> Vid. los Considerandos 8, 11, 23, 24, 32, 35 y 40 del Reglamento «Roma I».

<sup>100</sup> Como anteriormente hemos puesto de manifiesto, en el marco del Reglamento «Roma I», la intervención de las mismas aparece más limitada que en el ámbito del ya caduco Convenio de Roma (que además contemplaba tanto a las normas de aplicación inmediata del foro como a las de terceros Estados [distintos de la *lex fori* y de la *lex contractus*]).

<sup>101</sup> De conformidad con el Considerando 11 del Reglamento «Roma I», la «libertad de las partes de elegir la ley aplicable debe constituir una de las claves del sistema de normas de conflicto de leyes en materia de obligaciones contractuales». Una lectura económica del criterio de la autonomía de la voluntad conflictual, recogido en el Reglamento «Roma I», puede encontrarse en J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «La autonomía de la voluntad conflictual y la mano invisible en la contratación internacional», *La Ley (Especial Unión Europea)*, del 27 al 29 de abril de 2012, núm. 7847, el cual recalca que dicha conexión potencia la celebración de contratos internacionales y, consiguientemente, el comercio internacional y un mayor bienestar social.

<sup>102</sup> Vid. el apartado II.2 del presente trabajo.

<sup>103</sup> Tal como pone de manifiesto el Considerando 23 del Reglamento «Roma I», en «cuanto a los contratos celebrados con partes consideradas más débiles es conveniente protegerlas por medio de normas de conflicto de leyes más favorables a sus intereses que las normas generales».

<sup>104</sup> Dicho principio tuitivo sigue estando claramente presente en el régimen general de determinación de la ley aplicable previsto en el Reglamento «Roma I»: vid. los arts. 5 (en relación con el contrato para el transporte de pasajeros [principio que no detectamos en relación con el contrato para el transporte de mercancías]), 6, 7 y 8.

<sup>105</sup> Vid., por ejemplo, el apartado 4<sup>a</sup> del art. 3 (por virtud del cual resultarán aplicables las disposiciones imperativas de

Otra clara manifestación de materialización, en el actual DIPr. europeo de los contratos, lo constituye la adaptación del Reglamento «Roma I» a la nueva realidad y, más en concreto, a los nuevos modelos familiares y a la realidad del comercio electrónico<sup>106</sup>.

Al margen de lo señalado, como acontece en el ámbito puramente interno, el legislador de la Unión Europea trata de favorecer, en el Reglamento «Roma I», la validez formal de los contratos<sup>107</sup>.

---

Directivas europeas sectoriales protectoras de la parte débil de la relación contractual, como es el caso, por ejemplo, de la anteriormente mentada Directiva de agencia), así como el apartado 1 e) y f) del art. 4 (relativos a los contratos de franquicia y de distribución) del Reglamento «Roma I».

<sup>106</sup> *Vid.*, por ejemplo, el apartado 2 b) y c) del art. 1 del Reglamento, así como el Considerando 24 del Reglamento (la norma de conflicto relativa a los contratos de consumo «debe permitir reducir los gastos para la resolución de los litigios que son, a menudo de escasa cuantía, y tener en cuenta la evolución de las técnicas de comercialización a distancia»).

<sup>107</sup> *Vid.* la norma de conflicto materialmente orientada contenida en el art. 11 del Reglamento, el cual establece numerosos criterios de conexión, ordenados alternativamente entre sí, en aras de favorecer la validez formal de los contratos internacionales.



# THE *CHINA-RARE EARTHS* WTO DISPUTE: A PRECIOUS CHANCE TO REVISE THE *CHINA-RAW MATERIALS* CONCLUSIONS ON THE APPLICABILITY OF GATT ARTICLE XX TO CHINA'S WTO ACCESSION PROTOCOL \*

ELISA BARONCINI

*Aggregate Professor of International Law*

*Dipartimento di scienze giuridiche «A. Cicu», Università degli Studi di Bologna*

Recibido: 03.09.2012 / Aceptado: 10.09.2012

**Abstract:** On 23 July 2012, the Dispute Settlement Body (DSB) of the World Trade Organization (WTO) established a single panel to examine the complaints brought by the United States, the European Union and Japan against the Chinese export restrictions on rare earth elements (REEs), tungsten and molybdenum. The controversy is very sensitive for at least three series of reasons: a) the economic and strategic relevance of the materials involved in the dispute (rare earths being essential, in particular, for high-tech, information, military, and green industry); b) the difficult balance to find between mining and trading REEs while protecting the environment and thus respecting the principle of sustainable development enshrined in the Preamble of the Agreement establishing the WTO; c) the challenging task of defining the relation of the WTO-plus obligation to eliminate export duties, characterizing China's accession to the Marrakech system, with the multilateral public policy exceptions clause enshrined in GATT Article XX.

In this essay, we intend to offer a presentation of the above listed salient aspects of the *China-Rare Earths* controversy in the light of the recent *China-Raw Materials* case. In particular, we will concentrate on the necessity, for the Geneva jurisdictional pillar, to revisit the highly problematical conclusions reached last January by the Appellate Body (AB) on the applicability of GATT Article XX to China's WTO Accession Protocol (AP). We are, in fact, convinced that the new mineral trade dispute may be positively—and durably—settled only if the under regulated area of WTO law on export restrictions is adequately addressed also at political level: and such a target may, of course, be considerably fostered, inspired and supported by a well-balanced interpretative activity of the WTO judiciary. Consequently, we will try in this essay to propose a different perspective on the way in which GATT public policy exceptions and China's Accession Protocol should be connected, grounding our suggested interpretative approach on each of the hermeneutic elements for treaty interpretation codified in Articles 31 and 32 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties.

**Key Words:** Rare Earths, WTO Appellate Body, China's WTO Accession Protocol, Treaty Interpretation, GATT Article XX, Principle of Sustainable Development.

**Riassunto:** Il 23 luglio 2012, l'Organo di risoluzione delle controversie (*Dispute Settlement Body*, DSB) dell'Organizzazione mondiale del commercio (OMC) ha stabilito un unico Panel per esaminare i reclami presentati da Stati Uniti, Unione europea e Giappone sulle restrizioni cinesi alle esportazioni di terre rare, tungsteno e molibdeno. La controversia è molto delicata per almeno tre ordini di ragioni: a) la rilevanza economica e strategica dei materiali coinvolti nella disputa (le terre rare essendo indispensabili, in particolare, per l'industria di alta tecnologia, dell'informazione, militare e delle energie rinnovabili); b) il difficile equilibrio da individuare tra l'estrazione e la commercializzazione di terre rare e la tutela dell'ambiente, al fine di rispettare il principio dello sviluppo sostenibile contemplato nel Preambolo dell'Accordo istitutivo dell'OMC; c) l'impegnativo compito di definire il rapporto tra l'obbligo WTO-plus

---

\*The present article has been realized within the research project "The Legal Framework of Environmental Protection: EU and China in a Global Perspective," financed by the *China-EU School of Law* (Beijing, China), under the direction of Prof. Marina Timoteo.

di eliminare i dazi all'esportazione, che caratterizza l'adesione della Cina al sistema di Marrakech, e la clausola sulle eccezioni generali di cui all'art. XX GATT.

Nel presente lavoro si intendono illustrare gli aspetti appena evidenziati della controversia *China-Rare Earths* alla luce della recente disputa, molto simile sotto il profilo tecnico, nel caso *China-Raw Materials*. In particolare, ci si concentrerà sulla necessità, per il pilastro giurisdizionale ginevrino, di rivedere le conclusioni molto problematiche raggiunte lo scorso gennaio dall'Organo d'appello sull'applicabilità dell'art. XX GATT al Protocollo di adesione della Cina all'OMC. Siamo, infatti, convinti che il nuovo contenzioso sui minerali possa essere positivamente —e durevolmente— risolto solo laddove l'area sottoregolamentata del diritto OMC sulle restrizioni all'esportazione venga adeguatamente presa in considerazione anche a livello politico: e tale obiettivo può, naturalmente, essere considerevolmente incentivato, ispirato e supportato da un'equilibrata attività interpretativa degli organi giudicanti dell'OMC. Pertanto, nel presente lavoro si tenterà di proporre una diversa prospettiva sul modo in cui le eccezioni alla liberalizzazione degli scambi dell'Accordo GATT e il Protocollo di adesione della Cina dovrebbero essere connessi, radicando l'approccio interpretativo suggerito su ciascuno dei criteri ermeneutici per l'interpretazione degli accordi codificati agli artt. 31 e 32 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969.

**Parole chiave:** Terre rare, Organo d'appello dell'OMC, Protocollo di adesione della Cina all'OMC, Interpretazione degli accordi internazionali, Articolo XX GATT, Principio dello sviluppo sostenibile.

**Summary:** I. Introduction. II. Facts of the new WTO dispute: the strategic relevance of rare earth elements for high-tech industry, the global monopoly of China and the supply difficulties for the manufacturing countries. III. Reactions of the manufacturing countries and industries to Chinese export restrictions. IV. Legal basis of the WTO complaints. V. Beijing defence. VI. The applicability of GATT Article XX to China's Accession Protocol in the China-Rare Earths case: the need to overcome the negative interpretative result of the China-Raw Materials case. VII. The unfortunate conclusions of the Appellate Body in the China-Raw Materials case on the applicability of GATT Article XX to Paragraph 11.3 of China's WTO Accession Protocol. VIII. Effects of the AB conclusions. IX. Suggestions for a different interpretative approach. 1. The text of Paragraph 11.3 of China's Accession Protocol and the Note to Annex 6. 2. The silence of Paragraph 11.3 of China's Accession Protocol in the light of the principle of good faith. 3. The silence of Paragraph 11.3 of China's Accession Protocol in the light of its context. 4. Extending the relevant context to the Preamble of the WTO Agreement and interpreting the silence of Paragraph 11.3 in light of the object and purpose of the WTO system. 5. The principle of permanent sovereignty over natural resources and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention. 6. Supplementary means of interpretation: the circumstances of the conclusion of China's Accession Protocol and the subsequent practice of States. X. Conclusive remarks: a *de iure condendo* global solution on exports of natural resources?

## I. Introduction

1. On 23 July 2012, the Dispute Settlement Body (DSB) of the World Trade Organization (WTO) established a single panel to examine the complaints brought by the United States, the European Union and Japan against the Chinese export restrictions on rare earth elements (REEs), tungsten and molybdenum.<sup>1</sup> The controversy is very sensitive for at least three series of reasons: a) the economic and strategic relevance of the materials involved in the dispute (rare earths being essential, in particular, for high-tech information, military, and green industry); b) the difficult balance to find between mining and trading REEs while protecting the environment and thus respecting the principle of sustainable development enshrined in the Preamble of the Agreement establishing the WTO; c) the challenging task of defining the

<sup>1</sup> *China-Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten and Molybdenum – Request for the Establishment of a Panel by the United States*, WT/DS431/6, 29 June 2012; *China-Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten and Molybdenum – Request for the Establishment of a Panel by the European Union*, WT/DS432/61, 29 June 2012; *China-Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten and Molybdenum – Request for the Establishment of a Panel by Japan*, WT/DS433/6, 29 June 2012. See G. ANDORNINO, *La controversie sulle «terre rare» si globalizza*, in *Orizzonte Cina*, Luglio 2012, pp. 2-3; *Disputes Roundup: Australian Plain Packaging Faces Third Challenge; Rare Earths Panel Established*, in *Bridges Weekly Trade News Digest*, 25 July 2012; also WTO Press Release, *Panel Established on China's Rare Earths Exports*, 23 July 2012.

relation of the WTO-plus obligation to eliminate export duties, characterizing China's accession to the Marrakech system, with the multilateral public policy exceptions clause enshrined in GATT Article XX.

2. In this essay, we intend to offer a presentation of the above listed salient aspects of the *China-Rare Earths* controversy in the light of the recent *China-Raw Materials* case.<sup>2</sup> In particular, we will concentrate on the necessity, for the Geneva jurisdictional pillar, to revisit the highly problematical conclusions reached last January by the Appellate Body (AB) in on the applicability of GATT Article XX to China's WTO Accession Protocol (AP). We are, in fact, convinced that the new mineral trade dispute may be positively—and durably—settled only if the under regulated area of WTO law on export restrictions is adequately addressed also at political level: and such a target may, of course, be considerably fostered, inspired and supported by a well-balanced interpretative activity of the WTO judiciary. Consequently, we will try in this essay to propose a different perspective on the way in which GATT public policy exceptions and China's Accession Protocol should be connected, grounding our suggested interpretative approach on each of the hermeneutic elements for treaty interpretation codified in Articles 31 and 32 of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties.<sup>3</sup>

## II. Facts of the new WTO dispute: the strategic relevance of rare earth elements for high-tech industry, the global monopoly of China and the supply difficulties for the manufacturing countries

3. Having unique heat resistant, magnetic and phosphorescent properties, rare earths are critical ingredients for many high-tech information, military and green industrial goods—including medical equipment, lasers, laptops, cellular phones, flat screens and displays (LED, LCD, plasma), wind turbines, engines for electric and hybrid vehicles, energy-efficient bulbs, aircraft, satellite, and missile guidance systems—.

In spite of their name, REEs are not rare, but widespread in the earth's crust. Their production, however, is almost exclusively concentrated in the People's Republic of China (PRC). In fact, Beijing currently extracts between 95 to 97 percent of REE world's supply,<sup>4</sup> providing also for the successive stages in the mining industry—i.e. smelting, separating and refining. China therefore holds the firm and undisputed global monopoly of rare earths. Such overall supremacy on these strategic supplies has been realized in particular in the last two decades,<sup>5</sup> as in 1990 PRC produced only 27% of REE total world output<sup>6</sup>: China overexploited its natural resources—amounting only at 30 percent of world rare earth reserves—exporting them also at cut-rate prices, with the consequence of driving out foreign competi-

<sup>2</sup> Appellate Body Report, *China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials (China – Raw Materials)*, WT/DS394/AB/R, WT/DS395/AB/R, WT/DS398/AB/R, adopted 22 February 2012; Panel Report, *China – Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials (China – Raw Materials)*, WT/DS394/R and Corr.1, WT/DS395/R and Corr.1, WT/DS398/R and Corr.1, adopted 22 February 2012 as modified by Appellate Body Report (WT/DS394/AB/R, WT/DS395/AB/R, WT/DS398/AB/R). For an analysis of the *China – Raw Materials* dispute see E. BARONCINI, *La politica cinese sulle esportazioni dinanzi al sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC: il report del Panel nel caso China – Raw Materials*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3, No. 2 (2011), pp. 203-248, <http://www.uc3m.es/cdt>; E. BARONCINI, *Obblighi WTO-Plus, tutela dell'ambiente, della salute e preservazione delle risorse naturali: il Report del Panel nel caso China – Raw Materials*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2011, pp. 627-678; J.H.J. BOURGEOIS, *China and the WTO Dispute Settlement Mechanism*, in *Opinio Juris in Comparatione*, 2011, Vol. 2, Paper 2, pp. 25 ff.; J.F. DEME-DEIROS, *Global Trade Law – China's Export Restraints Found to Be Inconsistent with its Obligations as a Member of the World Trade Organization – China-Measures Related to the Exportation of Various Raw Materials*, WT/DS384/R, WT/DS395/R, WT/DS398/R, (July 5, 2011), in *Suffolk Transnational Law Review*, 2011, pp. 101-117; J.Y. QIN, *The Predicament of China's «WTO-Plus» Obligation to Eliminate Export Duties: A Commentary on the China-Raw Materials Case*, in *Chinese Journal of International Law*, 2012, pp. 237-246; S.E. ROLLAND, *China-Raw Materials: WTO Rules on Chinese Natural Resources Export Dispute*, in *Asil Insights*, Vol. 16, Issue no. 21, 19 June 2012.

<sup>3</sup> *Vienna Convention on the Law of Treaties*, done at Vienna, 23 May 1969, in *UNTS*, Vol. 1155, p. 331.

<sup>4</sup> *Times Topics – Rare Earths*, *The New York Times*, 13 March 2012.

<sup>5</sup> It is very famous the Deng Xiao Ping's 1992 assertion that «the Middle East has oil; China has rare earth» reported *inter alia* by C. MAY, *Is America About to Become Even More Dependent on China? The Case for Domestic Rare Earth Elements (REEs) Exploration and Excavation*, National Policy Analysis No. 608, May 2010.

<sup>6</sup> See P.K. TSE, *China's Rare-Earth Industry*, *US Geological Survey Open-File Report 2011–1042*, at p. 2.

tion, as third countries' mining plants frequently chose to close because of the too high costs brought about by the very demanding environmental and labour legislations imposed by industrialized States.<sup>7</sup>

4. While high-tech industries based in the US, the EU and Japan became particularly vulnerable to Beijing mineral policy,<sup>8</sup> China started suffering because of the environmental degradation and resource depletion provoked by its REE overexploitation. The Asian Country therefore began, in the second half of the last decade, to limit rare earth exports, with the intention of reducing mining without cutting supplies to its domestic downstream factories –which, on the contrary, Beijing aims at developing and strengthening, incentivizing foreign companies in investing on and transferring know-how to Chinese industries.

The supply difficulties faced by the most technologically advanced non-Chinese companies in obtaining Beijing natural resources significantly worsened in 2010, following the intensification of the diplomatic dispute between Japan and China on the sovereignty over the Diaoyu or Senkaku Islands.<sup>9</sup> Subsequent to the imprisonment by the Japanese authorities of the captain of a Chinese vessel fishing in the waters of the disputed Islands,<sup>10</sup> China decided a marked 40% reduction on exports of rare earths.<sup>11</sup> Such a move once more negatively affected the REE global supply market, with a very sharp increase of the prices of rare earths at international level<sup>12</sup> that, combined with a considerable lowering of REE domestic costs, amounting on average to nearly half of international prices, also created significant competitive advantages for the Chinese manufacturing industry to the detriment of foreign competitors.<sup>13</sup> Many foreign producers, therefore, have been even induced and are still under a considerable pressure to move their operations —together with jobs, investments and technologies— in China, as carrying on manufacturing in the original seats is too expensive and uncertain because of the unreliability of Beijing REEs at reasonable prices.<sup>14</sup>

### III. Reactions of the manufacturing countries and industries to Chinese export restrictions

5. Manufacturing countries are trying to react to China's export restrictions of rare earths by (re) opening production sites on their territories or promoting the setting up of mines in other States. The site of Mountain Pass (California) —that had to close in 2002, after the leak of radioactive waste leading California to adopt stricter environmental standards, which made production costs too high— is thus active again. Other important factories have been opened on the east coast of Malaysia for treating rare earths imported from Australia, since in the northern State of Pahang legislation is more flexible than in

<sup>7</sup> On these aspects see E. BARONCINI, *La politica cinese sulle esportazioni dinanzi al sistema di risoluzione delle controversie dell'OMC: il report del Panel nel caso China – Raw Materials*, in *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2011, pp. 203-248, <http://www.uc3m.es/cdt>; ID., *Obblighi WTO-Plus, tutela dell'ambiente, della salute e preservazione delle risorse naturali: il Report del Panel nel caso China – Raw Materials*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2011, pp. 627-678.

<sup>8</sup> See K. BRADSHAW, Stephanie CLIFFORD, *China Consolidates Grip on Rare Earths*, *The New York Times*, 16 September 2011; *WTO Suit Won't End China's Rare Earth Monopoly - Interview to Jeffery Green*, *The Critical Metals Report*, 17 April 2012, available at <http://www.theaureport.com/pub/na/13106>, accessed on May 2012.

<sup>9</sup> China calls the Islands Diaoyu, while Japan uses the name Senkaku. On the territorial dispute between the two Asian countries on the Diaoyu/Senkaku Islands see C. RAMOS-MROSOVSKY, *International Law's Unhelpful Role in the Senkaku Islands*, in *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 2008, pp. 903-946.

<sup>10</sup> On the diplomatic incident of September 2010 see L. ZHU, *Chinese Practice in Public International Law: 2010*, in *Chinese Journal of International Law*, 2011, pp. 427-468, at 434-435; Note, *(In)Efficient Breach of International Trade Law: The State of the «Free Pass» after China's Rare Earths Export Embargo*, in *Harvard Law Review*, 2011, pp. 602-625.

<sup>11</sup> Japan alone accounts for 50% of China exports of rare earth elements. For a complete overview of the economic, policy and legal aspects of the rare earths issue see B. GU, *Mineral Export Restraints and Sustainable Development – Are Rare Earths Testing the WTO's Loopholes?*, in *Journal of International Economic Law*, 2011, pp. 765-805.

<sup>12</sup> For instance, the average export price of rare-earth oxides increased by 537% in 2011 compared to 2010. See J.M. FREEDMAN, *WTO to Investigate Chinese Curbs on Rare-Earth Exports*, *Bloomberg Businessweek*, 24 July 2012.

<sup>13</sup> See Memo/12/182, *EU Challenges China's Export Restrictions on Rare Earths*, Brussels, 13 March 2012.

<sup>14</sup> Cfr. the considerations of the European Union in WTO Press Release, *China Blocks Panel Requests by the US, EU and Japan on «Rare Earths» Dispute*, 10 July 2012.

the Anglo-Saxon country,<sup>15</sup> even if the Australian facilities have had to face opposition from the Malaysian residents on environmental grounds. Further projects of additional sites are being planned in South Africa, Brazil, Canada, Vietnam, Kazakhstan and Greenland, with Japan even considering the idea of offshore exploration for new rare earths' deposits.<sup>16</sup> In addition, high-tech industries are endeavoring to develop new techniques for saving REEs in the manufacturing process, for recycling already used rare earths, and for devising substitutes to such natural elements. However, the new researches are costly and just at their beginning, and remain largely insufficient even if combined with the efforts by the advanced economies to set up new mine plants of rare earths, equally requiring considerable time and funding.<sup>17</sup>

6. The US, the EU and Japan, in an unprecedented concerted action, also characterized by the fact that Tokyo for the first time is taking Beijing to the Geneva dispute settlement mechanism,<sup>18</sup> have therefore decided to introduce a WTO complaint, asserting that Chinese export restrictions are inconsistent with the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) 1994 and China's Accession Protocol to the WTO.<sup>19</sup> They are, in fact, very confident in a positive reaction by the Geneva judiciary, as the legal structure of the *China-Rare Earth* case is extremely similar to that of the *China-Raw Materials* case, where the WTO Appellate Body concluded that Chinese export restrictions on the 9 minerals and metals addressed in that controversy infringed the multilateral trade rules and could not be justified by any WTO public policy exceptions' clause.<sup>20</sup>

#### IV. Legal basis of the WTO complaints

7. The three complainants claim, *inter alia*, that the Chinese REE export regime involve many quantitative restrictions not respecting the duty to eliminate export quotas, enshrined in GATT Article XI:1, and that the administration of the export measures contravenes GATT Article X:3, as the PRC authorities would not apply the challenged disciplines in «a uniform, impartial and reasonable manner.»

In particular, the US, the EU and Japan argue that the Chinese export restrictions on rare earths infringe also a WTO-plus obligation -i.e. one of the stringent requirements significantly exceeding those accepted by the WTO original membership, undertaken by China, like all the new WTO Members, to gain access to the multilateral trade system. In fact, the export duties on rare earths, tungsten and molyb-

<sup>15</sup> The [re]opening of mining sites by other WTO countries has already been considered as producing effective competition by the major Chinese rare earth producers. Inner Mongolia Baotou Steel Rare Earth Hi-Tech Co., the largest REE company in China, has declared to expect rivalry in the international market «as resource exploitation picks up in Australia and the United States.» Cfr. MOFCOM Press Release, *Baotou Steel Rare-Earth Posts Hefty Profits*, 28 March 2012.

<sup>16</sup> Gareth Hatch, analyst at the research firm «Technology Metals Research,» has declared that currently there are more than 400 rare-earth projects in 36 countries. See Z. YANG, *Should the World Panic about the China's Control on Rare Earth Export?*, in *USC Annenberg, School for Communication & Journalism*, 3 April 2012, available at <http://ascjweb.org/moneymarketsmedia/?p=566>, accessed in July 2012.

<sup>17</sup> C. BONTRON, *Peu d'alternatives au monopole chinois existent aujourd'hui*, in *Le Monde*, 20, July 2012, p. 6.

<sup>18</sup> Such a choice demonstrates how essential are REEs for the Japanese economy. More generally, commentators observed that the Tokyo attitude to avoid initiating disputes against China in the WTO may be due to a) the fact that many Beijing exports are currently produced by foreign-invested enterprises, with a strong presence of Japanese financing, b) the persistent bilateral trade surplus of Japan with China, and c) the deep influence of Confucianism, the doctrine considering litigation as a means of last resort. On these aspects see W. ZHUANG, *An Empirical Study of China's Participation in the WTO Dispute Settlement Mechanism: 2001-2010*, in *The Law and Development Review*, 2011, pp. 217-246, at p. 223. See also C. GILLISPIE, S. PFEIFFER, *An Interview with Yufan Hao and Jane Nakano: The Debate over Rare Earths – Recent Developments in Industry and the WTO Case*, *The National Bureau of Asian Research*, 11 July 2012.

<sup>19</sup> *China-Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten and Molybdenum – Request for consultations by the United States*, WT/DS431/1, 15 March 2012; *China-Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten and Molybdenum –Request for consultations by the European Union*, 15 March 2012, WT/DS432/1; *China - Measures Related to the Exportation of Rare Earths, Tungsten and Molybdenum –Request for consultations by Japan*, WT/DS433/1, 15 March 2012. See EU Press Release, *EU Challenges China's Rare Earth Export Restrictions*, 13 March 2012; US, EU, Japan *Challenge China on Rare Earths*, in *Bridges*, 15 March 2012.

<sup>20</sup> For the indications on the AB Report in the *China-Raw Materials* case and the comments on the WTO judiciary findings in that dispute see *supra* footnote 2.

denum violate China's specific accession commitment to eliminate export tariffs codified at Paragraph 11.3 of the Accession Protocol,<sup>21</sup> as none of the elements considered in the WTO complaints is listed in Annex 6 of such Protocol, contemplating the ad hoc exceptions to the China's WTO-plus obligation.

## V. Beijing defence

8. China claims that its export restrictions are perfectly «in line» with WTO rules,<sup>22</sup> in particular with the general exceptions clause of the GATT, i.e. Article XX. According to the official statements of the Ministry of Commerce (MOFCOM), Beijing rare earth policy «aims to protect resources and environment, and realize sustainable development,» therefore excluding any Chinese «intention of restricting free trade or protecting domestic industries through trade-distorting measures.»<sup>23</sup>

9. It must be underlined that, subsequent to the dispute in the *China-Raw Materials* case, where the Appellate Body concluded that GATT Article XX cannot be applied to justify violations of the WTO-plus obligation concerning the requirement to eliminate export duties, the Asian Country started to reframe and reformulate its rare earth mining policy constantly highlighting that the legal framework of the Chinese REE export regime is based on *quotas* –thus on measures which, if considered to violate GATT Article XI, may also be assessed to ascertain whether they are justifiable under GATT Article XX. Such export quotas are now conferred by the PRC authorities to the local companies mining, processing and distributing rare earths on the basis of their fulfillment of the severe standards fixed by the Chinese discipline. The Ministry of Commerce (MOFCOM) decides the amount and allocates the export quotas in batches, and twice per year.<sup>24</sup> On 11 November 2011, MOFCOM has also established the specific qualifications necessary to Chinese «producers» and «distributors» to be entitled to export quotas, qualifications that comprise the respect of environmental requirements for the mining and processing plants and the activities conducted therein, together with the compliance with social security requirements, and the absence of infringements of a consistent series of Chinese regulations.<sup>25</sup>

10. Besides many new and articulated legislative measures, China has adopted two very significant policy documents, where it constantly stresses that the purpose of its rare earth legislation is implementing and complying with the principle of sustainable development, i.e. with the research of a proper equilibrium between economic activities and adequate environmental, conservation and health disciplines. In 2011 the State Council issued the «Guidelines on Promoting the Sustainable and Health

<sup>21</sup> Pursuant to which «China shall eliminate all taxes and charges applied to exports unless specifically provided for in Annex 6 of this Protocol or applied in conformity with the provisions of Article VIII of the GATT 1994.» It is here to be remarked that within the general WTO system export tariffs are not bound, given that, on the basis of GATT Article II, the binding of tariffs applies only to tariffs on imports.

<sup>22</sup> See *Rare Earths Policy «in Line with WTO»*, in *China Daily*, 15 March 2012. See also *No Discrimination in Rare Earth Supply*, in *Xinhuanet.com*, 5 February 2012; *West's Rare Earth Accusation against China Unfair*, in *Xinhua*, 14 March 2012; MOFCOM Press Release, *Spokesman Comments on US, EU and Japan Requests to WTO About Setting Up A Panel on China's Export Measures*, 3 July 2012.

<sup>23</sup> See MOFCOM Press Releases, *China's Rare Earth Policy Justified*, 15 March 2012; *Earth Export Control at WTO*, 15 March 2012; *Comments by Head of MOFCOM Department Treaty and Law on Us, EU and Japan Requests of Consultations on China Rare Earth Export Control at WTO*, 15 March 2012; *China to Properly Deal with Request for WTO Panel on Rare Earth: Spokesman*, 29 June 2012.

<sup>24</sup> The strategic nature of rare earths involve of course the competences of many other PRC authorities. *Inter alia*, at central level, they are the Ministry of Land and Resources, the Ministry of Industry and Information, the State Development Reform Commission, and the Ministry of Environmental Protection and the Ministry of Health. For the best presentation of the Chinese discipline on REE export regime see H.W. LIU, P. LYFOUNG, J. MAUGHAN, *WTO Rules, Export Quotas and Sustainable Development: The Case of China Rare Earths*, Trade and Investment Law Clinic Papers, Centre for Trade and Economic Integration, The Graduate Institute, Geneva, 2012.

<sup>25</sup> See the *2012 Rare Earth Export Quota Application Qualifications and Procedures*, issued on 11 November 2011 by MOFCOM.

Development of the Rare Earth Industry»<sup>26</sup>; and, in June 2012, the Information Office of the State Council published the White Paper «Situation and Policies of China's Rare Earth Industry.»<sup>27</sup> Both in the Guidelines and in the White Paper, China tightened and announced the further strengthening of its discipline on rare earth mining, dressing, smelting and separating technologies, asserting that the reinforcement of the national legal framework is absolutely necessary to appropriately deal with a) the conservation problems of the natural resources —if not controlled, it has been predicted that Chinese rare earth reserves could be exhausted in 15–20 years; and b) the enormous environmental damages in the Provinces where REE activities are concentrated— Baotou of Inner Mongolia and Liangshan of Sichuan, together with Ganzhou of Jiangxi Province.<sup>28</sup> In fact, rare earth minerals are naturally associated with many dangerous elements, like radioactive residues, large quantities of toxic and hazardous gases, making their mining and processing destructive for the soil and farmland —with landslides, clogged rivers and polluted aquifers.

**11.** Another relevant aspect of the new Beijing rare earth policy is the implementation of the strategy «large enterprises and large groups.» Indeed, as minerals can be mined in small quantities, there has been widespread private, illegal mining in China; and since such activities and private sales have always been difficult for PRC authorities to keep track of, smuggling mining and processing, performed out of any public control, have been a leading cause of environmental pollution and resource depletion. Consequently, by imposing an entrepreneurial structure based on large groups, the PRC aims at having a better control on the observance of the new strict domestic rare earth legislation.

**12.** In spite of the remarkable efforts undertaken by China to review and to present its export quantitative restrictions on REEs as an absolutely necessary feature of its rare earth policy —wholly focused on the principle of sustainable development— it is by no means sure that the current Beijing REE export quotas regime can be justified under GATT Article XX. Lit. b) and lit. g) of the GATT general exceptions clause require that the measures to be justified are proven to be «necessary to protect human, animal or plant life or health,» or «relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption.» On the basis of the WTO case-law developed until now, it could be difficult to demonstrate that Chinese export quotas are «necessary,» as many specialists claim that less trade-restrictive, reasonably feasible alternatives are available.<sup>29</sup> Furthermore, there is a problem of evidence: since export quotas are defended as measures «necessary» or «relating to» the conservation of natural resources,» objective data have to show that such quantitative restrictions lower domestic production or consumption of rare earths. Available data, however, suggest that both Chinese production and consumption of rare earths have risen.<sup>30</sup>

## **VI. The applicability of GATT Article XX to China's Accession Protocol in the *China-Rare Earths* case: the need to overcome the negative interpretative result of the *China-Raw Materials* case**

**13.** As we have seen, the US, the EU and Japan also attacked the Chinese export duties imposed on various forms of rare earths, tungsten and molybdenum as they violate the obligation contemplated in Paragraph 11.3 of the Accession Protocol. The infringement of the WTO-plus obligation is very

<sup>26</sup> Cfr. *Some Suggestions of the State Council on Promoting the Sustainable and Healthy Development of Rare Earth Industry*, issued by the State Council, No. 12(2011), available in the website of the Baotou China Rare Earth Industry Forum, <http://www.creidf.com>. See also *China Issues Guidelines for Rare Earth Industry*, in *China Daily*, 20 May 2011.

<sup>27</sup> *Situation and Policies of China's Rare Earth Industry*, June 2012, available at the website of Xinhuanet.com [http://news.xinhuanet.com/english/business/2012-06/20/c\\_131665123.htm](http://news.xinhuanet.com/english/business/2012-06/20/c_131665123.htm).

<sup>28</sup> Cfr. *China «Building Up Rare Earth Reserves,»* in *Xinhuanet.com*, 16 July 2012.

<sup>29</sup> See H.W. LIU, P. LYFOUNG, J. MAUGHAN, *WTO Rules, Export Quotas and Sustainable Development: The Case of China Rare Earths*, Trade and Investment Law Clinic Papers, Centre for Trade and Economic Integration, The Graduate Institute, Geneva, 2012, and the doctrine and reports quoted therein.

<sup>30</sup> P.K. TSE, *China's Rare-Earth Industry, US Geological Survey Open-File Report 2011–1042*.

clear; and since none of the recalled materials is contemplated in the closed list of Annex 6 to the AP, concerning the ad hoc exceptions to Paragraph 11.3, the only way China has to avoid being condemned with reference to export duties on rare earths is to try to justify the violation of the WTO-plus obligation relying on GATT Article XX.

14. Beijing will thus have to argue, for a second time and at a very short temporal distance, the applicability of the GATT general exceptions' clause to Paragraph 11.3 of the Accession Protocol -a claim that, as already mentioned, was poorly rejected by the Appellate Body in the *China-Raw Materials* case.<sup>31</sup> The Asian Country will have to illustrate all the elements and the negative consequences not taken into consideration by the WTO judiciary in the *China-Raw Materials* case, duly stressing the notable weaknesses characterizing the legal reasoning of the Appellate Body, so as to persuade the panel established for assessing the Chinese export restrictions on REEs to revisit the regrettable AB conclusions on the legal issue here considered. It is, in fact, to be underlined that, as very recently reaffirmed in the *US-Clove Cigarettes* Report, «[i]nterpretations developed by panels and the Appellate Body in the course of dispute settlement proceedings are binding only on the parties to a particular dispute,»<sup>32</sup> for the WTO system does not contemplate the principle of *stare decisis*.<sup>33</sup> This does not mean that WTO precedents can be freely disregarded by a WTO judging body: the Geneva case-law has to be expression of the obligation to provide «security and predictability to the multilateral trading system» established by Article 3.2 of the DSU.<sup>34</sup> Such a need for consistency and certainty in the WTO dispute mechanism through the development of a settled jurisprudence (*jurisprudence constante*, or *ständige Rechtsprechung*)<sup>35</sup> on similar legal issues has been interpreted as requiring to be in presence of «cogent reasons»<sup>36</sup> in order to depart from previous, adopted, AB reports. This is the point of equilibrium identified by the WTO judiciary between the duty to ensure, through the dispute settlement mechanism, «security and predictability to the multilateral trading system» under Article 3.2 of the DSU and the obligation on panels of conducting an «objective assessment» of the matter before them pursuant to Article 11 of the DSU.

<sup>31</sup> For an extensive analysis of the inadequacy of the AB decision on the relation between GATT Article XX and Paragraph 11.3 of China's Accession Protocol see E. BARONCINI, *The Applicability of GATT Article XX to China's WTO Accession Protocol in the Appellate Body Report of the China – Raw Materials Case: Suggestions for a Different Interpretative Approach*, in *China-EU Law Journal*, 2012, Online First, Digital Object Identifier (DOI) 10.1007/s12689-012-0010-4. See also E. BARONCINI, *An Impossible Relationship? Article XX GATT and China's Accession Protocol in the China – Raw Materials Case*, in *BIORES*, May 2012, pp. 18-22.

<sup>32</sup> Appellate Body Report, *United States - Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes (US – Clove Cigarettes)*, WT/DS406/AB/R, adopted 24 April 2012, para. 258. For a comment see T. VOON, *The WTO Appellate Body Outlaws Discrimination in U.S. Flavored Cigarette Ban, Asil Insights*, 30 April 2012.

<sup>33</sup> On the role of precedent before international tribunals cfr. G. GUILLAUME, *Le precedent dans la justice et l'arbitrage international*, in *Journal de droit international*, 2010, pp. 685-703.

<sup>34</sup> «The dispute settlement system of the WTO is a central element in providing *security and predictability to the multilateral trading system*. The Members recognize that it serves to preserve the rights and obligations of Members under the covered agreements, and to clarify the existing provisions of those agreements in accordance with customary rules of interpretation of public international law. Recommendations and rulings of the DSB cannot add to or diminish the rights and obligations provided in the covered agreements.» Article 3.2 of the DSU, emphasis added.

<sup>35</sup> See G. GUILLAUME, *The Use of Precedent by International Judges and Arbitrators*, in *Journal of International Dispute Settlement*, 2011, pp. 5-23, at p. 6.

<sup>36</sup> «It is well settled that Appellate Body reports are not binding, except with respect to resolving the particular dispute between the parties. [...] This, however, does not mean that subsequent panels are free to disregard the legal interpretations and the *ratio decidendi* contained in previous Appellate Body reports that have been adopted by the DSB. [...] Dispute settlement practice demonstrates that WTO Members attach significance to reasoning provided in previous panel and Appellate Body reports. Adopted panel and Appellate Body reports are often cited by parties in support of legal arguments in dispute settlement proceedings, and are relied upon by panels and the Appellate Body in subsequent disputes. In addition, when enacting or modifying laws and national regulations pertaining to international trade matters, WTO Members take into account the legal interpretation of the covered agreements developed in adopted panel and Appellate Body reports. Thus, the legal interpretation embodied in adopted panel and Appellate Body reports becomes part and parcel of the *acquis* of the WTO dispute settlement system. Ensuring 'security and predictability' in the dispute settlement system, as contemplated in Article 3.2 of the DSU, implies that, absent *cogent reasons*, an adjudicatory body will resolve the same legal question in the same way in a subsequent case.» Appellate Body Report, *United States – Final Anti-Dumping Measures on Stainless Steel from Mexico (US – Stainless Steel (Mexico))*, WT/DS344/AB/R, adopted 20 May 2008, paras. 158 and 160, emphasis added.



15. Therefore, while WTO panels cannot disregard AB findings carelessly, they have, at the same time, to discontinue and diverge from previous, not persuasive conclusions of the Appellate Body when they reach the conviction —assessing the matter brought before them in good faith, as required by Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties— that there are new arguments and additional elements in the light of which a particular interpretative approach operated by the Appellate Body needs to be refined and /or revised. In the presence of «flaws» and «systemic difficulties with previous jurisprudence,»<sup>37</sup> we deem that there are «cogent reasons» imposing, on a general basis, to depart from adopted WTO precedents. With specific reference to the applicability of GATT Article XX to Paragraph 11.3 of the Accession Protocol, we are persuaded that revising the negative interpretation of the Appellate Body in the *China-Raw Materials* case so as to reach a hermeneutic result fully respectful of the object and purpose of the WTO –i.e. the possibility to justify the violation of the WTO-plus obligation to eliminate export duties on the basis of the GATT general exceptions clause- integrates a «cogent reason» to diverge from the recent unconvincing findings of the Appellate Body.

## VII. The unfortunate conclusions of the Appellate Body in the *China-Raw Materials* case on the applicability of GATT Article XX to Paragraph 11.3 of China's WTO Accession Protocol

16. Having considered that the WTO judiciary has to revisit the unsatisfactory conclusions of the Appellate Body in the *China-Raw Materials* case concerning the applicability of GATT Article XX to the Accession Protocol, it is now necessary to illustrate the unconvincing findings of the WTO permanent tribunal before presenting our different interpretative approach.

17. As already hinted, pursuant to Paragraph 11.3 of the Protocol, «China shall eliminate all taxes and charges applied to exports unless specifically provided for in Annex 6 of this Protocol or applied in conformity with the provisions of Article VIII of the GATT 1994.» While the latter concerns fees and charges imposed as payment for a service rendered, Annex 6 of the Protocol lists 84 products indicating for each of those goods the maximum export duty rate that Beijing may impose as export tariff. A Note to Annex 6 reaffirms that «the tariff levels included in this Annex are maximum levels which will not be exceeded,» pointing out that «China ... would not increase the presently applied rates, except under exceptional circumstances.» By also applying export duties to rare earths, China thus infringes Paragraph 11.3 of the Accession Protocol as none of the rare earths, object of the WTO complaints, is listed in Annex 6 of the China Protocol, contemplating the ad hoc exceptions to the China's WTO-plus obligation.

18. In the *China-Raw Materials* case, the Appellate Body correctly reported that the Protocol has to be considered «an integral part» of the WTO Agreement, and thus interpreted in accordance with the customary rules of interpretation of public international law, as requested by Article 3.2. of the DSU.<sup>38</sup> It also duly recalled Article 31(1) of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, pursuant to which «a treaty [has to] be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.»<sup>39</sup> But then the WTO judiciary affirmed that GATT Article XX cannot be applied to Paragraph 11.3 of the Accession Protocol ignoring, in practice, those two essential elements of the WTO system, founding its conclusions on a debatable interpretation of the text of the WTO-plus obligation, an unconvincing consideration of a very limited context of Paragraph 11.3, and a superficial evaluation of the Preamble of the WTO Agreement.

<sup>37</sup> M. KOLSKY LEWIS, *Dissent as Dialectic: Horizontal and Vertical Disagreement in WTO Dispute Settlement*, in *Stanford Journal of International Law*, 2012, pp. 1-45, at p. 34. On the role of precedent in the WTO dispute settlement system see also G. SACERDOTI, *Precedent in the Settlement of International Economic Disputes: the WTO and Investment Arbitration Models*, in Arthur A. ROVINE (ED.), *International Arbitration and Mediation - The Fordham Papers 2010*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2011, pp. 225-246.

<sup>38</sup> Appellate Body Report, *China-Raw Materials*, para. 278.

<sup>39</sup> *Ibid.*

19. In particular, in few lines, the Appellate Body concluded that the absence of indications, in the wording of the WTO-plus obligation, on the applicability of GATT Article XX, together with the lack of any introductory clause similar to that of Paragraph 5.1 of the Protocol —pointing out that the right to import and export goods has to be guaranteed to all enterprises established in China «[w]ithout prejudice to China’s right to regulate trade in a manner consistent with the WTO Agreement»— «suggest... that China may not have recourse to Article XX to justify a breach of its commitment to eliminate export duties under Paragraph 11.3 of China’s Accession Protocol,»<sup>40</sup> finding it «difficult to see how [the WTO-plus obligation] language could be read as indicating that China can have recourse to the provisions of Article XX of the GATT in order to justify imposition of export duties on products that are not listed in Annex 6 or the imposition of export duties on listed products in excess of the maximum levels set forth in Annex 6.»<sup>41</sup>

20. Turning to the immediate context —Paragraph 11.1<sup>42</sup> and Paragraph 11.2<sup>43</sup> of the Protocol— the Appellate Body highlighted that Beijing guaranteed to WTO Members the application and administration of customs fees or charges and internal taxes and charges «in conformity with the GATT 1994,» a phrase which is absent in Paragraph 11.3, specifically referred to the elimination of «taxes and charges applied to exports.» Such silence, the AB argued, «further supports our interpretation that China may not have recourse to Article XX to justify a breach of its commitment to eliminate export duties under Paragraph 11.3;» in fact, went on their reasoning, as China WTO-plus obligation «arises exclusively from China’s Accession Protocol, and not from the GATT 1994, we consider it reasonable to assume that, had there been a common intention to provide access to Article XX of the GATT 1994 in this respect, language to that effect would have been included in Paragraph 11.3 or elsewhere in China’s Accession Protocol.»<sup>44</sup>

21. Finally, taking into consideration the WTO Preamble, the AB recalled that it contemplates various objectives, including «raising standards of living ... seeking both to protect and preserve the environment ... expanding the production of and trade in goods and services, while allowing for the optimal use of the world’s resources in accordance with the objective of sustainable development,» and ending with the resolution «to develop an integrated, more viable and durable multilateral trading system.» Surprisingly, and without any further consideration or legal reasoning, the Appellate Body instantly affirmed that «none of the [considered] objectives, nor the balance struck between them, provides specific guidance on the question of whether Article XX of the GATT is applicable to Paragraph 11.3 of China’s Accession Protocol»; and it is because of such asserted absence of «specific guidance,» in light of Beijing «explicit commitment» to eliminate export duties and «the lack of any textual reference to Article XX» in the China WTO-plus obligation, that the Appellate Body concluded to «see no basis to find that Article XX of the GATT 1994 is applicable to export duties found to be inconsistent with Paragraph 11.3.»<sup>45</sup>

### VIII. Effects of the AB conclusions

22. The austere interpretative approach adopted by the Appellate Body in the *China-Raw Materials* case produces a series of negative consequences. First of all, it renders the WTO-plus obligation to eliminate export duties «immune»<sup>46</sup> from any GATT public policy exception, while even the pillars

<sup>40</sup> Appellate Body Report, *China-Raw Materials*, para. 291.

<sup>41</sup> Appellate Body Report, *China-Raw Materials*, para. 284.

<sup>42</sup> Pursuant to which «China shall ensure that customs fees or charges applied or administered by national or sub-national authorities, shall be *in conformity with the GATT 1994*» (emphasis added).

<sup>43</sup> In this passage the Accession Protocol states that «China shall ensure that internal taxes and charges, including value-added taxes, applied or administered by national or sub-national authorities shall be *in conformity with the GATT 1994*» (emphasis added).

<sup>44</sup> Appellate Body Report, *China-Raw Materials*, para. 293.

<sup>45</sup> Appellate Body Report, *China-Raw Materials*, para. 306.

<sup>46</sup> J.Y. QIN, *Reforming Discipline on Export Duties: Sovereignty over Natural Resources, Economic Development and Environmental Protection*, March 2012, <http://ssrn.com/abstract=2030477>, at p. 10.

of trade liberalisation —the most-favoured nation clause, the principle of national treatment— may be derogated by domestic measures necessary or related to the protection of one or more of the non-trade values enshrined in the WTO general exceptions clauses. Furthermore, denying the applicability of GATT Article XX to the WTO-plus obligation to eliminate export duties signifies quite a severe additional burden to the already heavy «entry fee» paid by China for acceding to the WTO, thus raising «a serious constitutional issue in the WTO jurisprudence.»<sup>47</sup> The asymmetry characterizing the WTO-plus commitments is thus aggravated, an asymmetry which it is very difficult to correct by amending the multilateral trade texts, as it is by no means clear which procedure should be followed to revise Accession Protocols, nor is it simple to satisfy the very demanding decisional mechanism —provided for by Article X of the WTO Agreement— should it be concluded that the WTO amending procedure has to be applied to modify WTO-plus obligations accepted by the WTO acceding Countries.

**23.** Moreover, the AB interpretation generates another «illogical result.»<sup>48</sup> Being barred from using export duties —even though customs duties are considered in the WTO system as the less distorting and the most transparent obstacle to trade, and thus the preferred tool to have recourse to by a WTO Member in need to apply a trade remedy— China is forced to resort to bans and quotas in order to pursue its national environmental, conservation and health policies. Bans and quotas, nevertheless, are severely trade-distorting measures: compelling Beijing to have recourse primarily to such non-tariff obstacles is a very perverse outcome of the AB Report, as the WTO judiciary seems to promote the most trade-obstructing and distorting measures, instead of encouraging the most adequate and less trade-hindering discipline for pursuing non-trade values.

**24.** What is worse, the impossibility to apply GATT Article XX to Paragraph 11.3 of China's Accession Protocol appears to be in contrast with the principle of sustainable development codified in the Preamble of the WTO Agreement and the model of sustainable economic development pursued by the Geneva based multilateral trade system, where no trade liberalization commitment is absolute, but may be derogated, obviously respecting the requirements of the general exceptions clauses while pursuing the non-trade values therein contemplated.

## IX. Suggestions for a different interpretative approach

**25.** Having highlighted the serious undesirable consequences that the recent Geneva case-law provokes, it may be easily stated that the inability of the WTO judiciary to mitigate the inequity among WTO Members generated by the stand-alone export concessions leads to what Article 32(b) of the Vienna Convention defines as «a result which is manifestly absurd [and] unreasonable.»

Such inadequate scenario imposes an in-depth review of the difficult interpretative path that the Appellate Body has decided to embark on. It is, in fact, possible to define a connection between Paragraph 11.3 of the Protocol and Article XX capable of allowing China to invoke the GATT public policy exceptions for justifying derogations to the obligation to eliminate export duties beyond the goods listed and the limits contemplated in Annex 6 of the Protocol.

### 1. The text of Paragraph 11.3 of China's Accession Protocol and the Note to Annex 6

**26.** Starting with the text of Paragraph 11.3, it has to be underlined that while there is no reference to GATT Article XX, it is also accurate to note that in such part of the Accession Protocol there is no express exclusion of the possibility to invoke the GATT public policy exceptions. The improvident

<sup>47</sup> M. MATSUSHITA, *Export Control of Natural Resources: WTO Panel Ruling on the Chinese Export Restrictions of Natural Resources*, in *Trade, Law and Development*, 2011, pp. 267-295, at p. 287.

<sup>48</sup> See, with reference to the applicability of GATT Article XX to the SCM Agreement, R. HOWSE, *Climate Mitigation Subsidies and the WTO Legak Framework - A Policy Analysis*, IISD Paper, May 2010, at p. 17.

silence of the negotiators—who would surely had done a more appreciable job had they drafted a special discipline to directly define the link between the Protocol and the WTO Agreements— may not, in any way, be automatically transformed into the most stringent prohibition of having recourse to the GATT general exceptions clause.

Furthermore, the scope of the two *ad hoc* exceptions to the obligation to eliminate export duties expressly contemplated in Paragraph 11.3 of the Accession Protocol should be reconstructed just in light of the wording of that Paragraph: negotiators clarified that the severe WTO-plus discipline does not concern charges imposed as payment for a service rendered (GATT Article VIII), nor does it affect the 84 products listed in Annex 6 of the Protocol, as export duties may still be levied on those goods, within the limits of the export duty rates provided for in that Annex. These clarifications cannot be read as expressing China renouncement to the right to have recourse to GATT Article XX with reference to export duties -i.e. with reference to the right to impose export duties on products not contemplated in the list of Annex 6, or to exceed the export duty rates contemplated for the 84 products quoted in Annex 6- of course provided that all the requirements imposed by the GATT general exceptions clause are respected, *in primis* the condition that the extra export duties pursue one of the non-trade values contemplated in Article XX.

27. Undeniably there is also the Note to Annex 6 to take into consideration, pursuant to which «China confirmed that the tariff levels included in this Annex are maximum levels which will not be exceeded,» and «that it would not increase the presently applied rates, except under *exceptional circumstances.*»<sup>49</sup> In our view, this is an additional obligation undertaken by China in the form of a stand-still clause, concerning the 84 products of Annex 6: Beijing committed not to raise the export tariffs applied to the listed goods at the moment of its accession to the WTO, in case those tariffs were lower with reference to the maximum duty rates established by Annex 6, provided that «exceptional circumstances» did not occur. Once again, the expression of «exceptional circumstances» should not be considered as unequivocally implying China's intention to eliminate or restrict its right to have recourse to GATT Article XX. As remarked by the European Union in its submission to the Appellate Body, «the Note to Annex 6 resembles to some extent the situation envisaged in Article XXVIII of the GATT 1994 and Article XXI of the GATS (Modification of Schedules), which deal with changes in tariff bindings and changes in the Services Schedules of Specific Commitments.»<sup>50</sup> In particular, the phrase «exceptional circumstances» of the Note could be approached to the «special circumstances» of GATT Article XXVIII:4, describing the procedure, applied principally under the 1947 multilateral system, for modifying or withdrawing a concession of a WTO Member Schedule at any time,<sup>51</sup> i.e. independently of the three-year period's expiry normally required for changing a tariff binding.<sup>52</sup> GATT 1947 practice<sup>53</sup> concerning the meaning

<sup>49</sup> Emphasis added.

<sup>50</sup> Appellate Body Report, *China-Raw Materials*, footnote 558. On the GATT modifications of Schedules see A. HODA, *Tariff Negotiations and Renegotiations under the GATT and the WTO – Procedures and Practices*, Cambridge University Press, Cambridge, 2001, pp. 11 ff.; and, with reference also to GATS Schedules cfr. P. VAN DEN BOSSCHE, *The Law and Policy of the World Trade Organization – Text, Cases and Materials*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 401-428, and 490-493. The presentation of the discipline concerning the Schedules of WTO Members is also relevant to have a clear picture of these very technical multilateral trade aspects: see *Current Situation of Schedules of WTO Members*, available at [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/schedules\\_e/goods\\_schedules\\_table\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/schedules_e/goods_schedules_table_e.htm), accessed in May 2012.

<sup>51</sup> «The CONTRACTING PARTIES may, at any time, in special circumstances, authorize ... a contracting party to enter into negotiations for modification or withdrawal of a concession included in the appropriate Schedule annexed to this Agreement.» GATT Article XXVIII:4.

<sup>52</sup> «On the first day of each three-year period, the first period beginning on 1 January 1958 (or on the first day of any other period ... that may be specified by the CONTRACTING PARTIES by two-thirds of the votes cast) a contracting party (hereafter in this Article referred to as the 'applicant contracting party') may, by negotiation and agreement with any contracting party with which such concession was initially negotiated and with any other contracting party determined by the CONTRACTING PARTIES to have a principal supplying interest ... (which two preceding categories of contracting parties, together with the applicant contracting party, are in this Article hereinafter referred to as the 'contracting parties primarily concerned'), and subject to consultation with any other contracting party determined by the CONTRACTING PARTIES to have a substantial interest ... in such concession, modify or withdraw a concession ... included in the appropriate schedule annexed to this Agreement.» GATT Article XXVIII:1.

<sup>53</sup> Currently, while paragraph 4 of GATT Article XXVIII has been maintained, WTO Members prefer to modify their Schedules under paragraph 5 of the same provision, allowing more relaxed conditions for changing their Schedules' com-

of such «special circumstances» does not reveal any detailed examination nor requirement for stringent and articulated grounds on which to base a successful request of renegotiations of tariff concessions. It was considered «inherent»<sup>54</sup> in the logic of Article XXVIII:4 that the «special circumstances» therein contemplated should also denote «an element of urgency,»<sup>55</sup> calling for a revision of some tariff commitments beyond the timing disciplined at paragraph 1 of GATT Article XXVIII because of «internal reasons which precluded delay.»<sup>56</sup> Pursuant to Article XVI:1 of the WTO Agreement, according to which «the WTO shall be guided by the decisions, procedures and customary practices» of GATT,<sup>57</sup> the flexibility characterizing the described GATT 1947 practice should be applied to the evaluation of the existence of the «exceptional circumstances» justifying the modifications of the more rigorous China's export tariffs of the 84 goods listed in Annex 6, thus avoiding any interference between the discipline of the Note to Annex 6 of China's Accession Protocol and the content of GATT Article XX.<sup>58</sup>

## 2. The silence of Paragraph 11.3 of China's Accession Protocol in the light of the principle of good faith

28. Having ascertained that the mere text of the WTO-plus obligation at issue does not require the non-applicability of GATT Article XX to Paragraph 11.3 of the China's Accession Protocol, as it is *silent* on the point, the interpreter has to reconstruct the meaning of such *silence*. Pursuant to Article 31(1) of the Vienna Convention, such reconstruction has to be operated in «good faith,» the general principle permeating the entire interpretative process of an international agreement.<sup>59</sup> While it is difficult to

---

mitments provided they make an ad hoc reservation in this sense, and are ready to accept mirroring initiatives by those WTO Members with which they initially negotiated the concessions they intend to change.

<sup>54</sup> See the statement of the Representative of the United Kingdom reported in GATT/IC/SR.40, *Intersessional Committee – Summary Record of the Meeting Held at the Palais des Nations, Geneva, on 9 and 10 July 1958*, 21 July 1958, at p. 4.

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> See the statement of the Representative of Australia reported in GATT/IC/SR.47, *Intersessional Committee – Summary Record of the Meeting Held at the Palais des Nations, Geneva, on 20 April 1960 (Subject Discussed: Article XXVIII:4 – Requests by Australia (GATT/AIR/190(SECRET) and GATT/AIR/191(SECRET))*, 29 April 1960, at p. 1. On the GATT 1947 practice concerning Article XXVIII:4 renegotiations see also GATT/IC/SR.25, *Intersessional Committee – Summary Record of the Meeting Held at the Palais des Nations, Geneva, 9 May 1956 (Subjects Discussed: 1. Request by the United Kingdom for Authority to Renegotiate Four Items in Schedules XIX; 2. Request by the United States for Authority to Renegotiate One Item in Schedule XX)*, 22 May 1956; GATT/IC/SR.40, *Intersessional Committee – Summary Record of the Meeting Held at the Palais des Nations, Geneva, on 9 and 10 July 1958 (Subjects Discussed: Requests by Australia and the United States for Authority to Enter into Re-negotiations)*, 21 July 1958; GATT/IC/SR.43, *Intersessional Committee – Summary Record of the Meeting Held at the Palais des Nations, Geneva, on 11 February 1959*, 17 February 1959; GATT/IC/SR.46, *Intersessional Committee – Summary Record of the Meeting Held at the Palais des Nations, Geneva, on 14 March 1960 (Subject Discussed: Article XXVIII:4 – Request by Australia (GATT/AIR/182 (SECRET))*, 22 March 1960; GATT/IC/SR.48, *Intersessional Committee – Summary Record of the Meeting Held at the Palais des Nations, Geneva, on 26 April 1960 (Subject Discussed: Article XXVIII:4 – Request by Australia (GATT/AIR/193 (SECRET))*, 6 May 1960; GATT/C/M/2, *Minutes of Special Meeting Held at the Palais des Nations, Geneva on Thursday, 5 January 1961 (Subjects Discussed: 1. United States Request for Authority to Renegotiate under Article XXVIII:4; 2. Canadian Request for Authority to Renegotiate under Article XXVIII:4)*, 16 January 1961; GATT/C/M/22, *Minutes of Meeting Held at the Palais des Nations, Geneva, on 25 September 1964 (Subjects Discussed: 1. Australian Schedule – Request under Article XXVIII:4; 2. New Zealand Schedule – Request under Article XXVIII:4)*, 12 October 1964; GATT/L/6326, *Article XXVIII:4 Renegotiations – Schedules LXXXI – Morocco*, 22 April 1988.

<sup>57</sup> It is remarked here that the procedures for renegotiations under Article XXVIII of the GATT 1994 are still those adopted in 1980 under the GATT 1947 system. See GATT/C/113, *Procedures for Negotiations under Article XXVIII – Guidelines Proposed by the Committee on Tariff Concessions*, GATT Council 10 November 1980, and GATT/C/113/Corr.1, *Procedures for Negotiations under Article XXVIII – Guidelines Proposed by the Committee on Tariff Concessions - Corrigendum*, GATT Council 10 November 1980.

<sup>58</sup> The confidentiality still distinguishing contemporary modifications and/or withdrawals under GATT Article XXVIII has to be likewise respected. See section 1 of the 1980 *Procedures for Negotiations under Article XXVIII* (GATT/C/113): «[a] contracting party intending to negotiate for the modification or withdrawal of concessions in accordance with the procedures of Article XXVIII, paragraph 1—which are also applicable to negotiations under paragraph 5 of that Article—should transmit a notification to that effect to the secretariat which will distribute the notification to all other contracting parties in a *secret document* ... In the case of negotiations under paragraph 4 of Article XXVIII the request for authority to enter into negotiations should be transmitted to the secretariat to be circulated in a *secret document* and included in the agenda of the next meeting of the Council» (emphasis added).

<sup>59</sup> See R. GARDINER, *Treaty Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2008, at pp. 147 ff.

give a definition of the very generic legal concept of good faith, it seems adequate to indicate that it expresses «a fundamental requirement of reasonableness,»<sup>60</sup> thus calling for an interpretative result which is honest and fair.<sup>61</sup> It has therefore to be underlined that GATT public policy exceptions have «systemic importance» within the multilateral trade system, as the WTO membership has expressly and constantly attributed to them prevalence over all GATT obligations on liberalization of trade.<sup>62</sup> Such systemic importance impedes to consider the silence of Paragraph 11.3 as a clear refusal of having recourse to the defence of GATT Article XX. It cannot reasonably —hence in good faith— be stated that the silence of the Accession Protocol indicates in the clearest way that China had the strongest intention to repudiate its right under GATT Article XX, whereas the other WTO Members were openly confident that Beijing would have agreed to such a most astonishing renounce. As the Appellate Body rightly remarked in the *Argentina – Footwear (EC)* case with reference to the omission, in the text of the Safeguard Agreement, of the «unforeseen developments» clause —a very important requirement for the application of trade defence measures, nevertheless present in GATT Article XIX, the provision devoted by the General Agreement to safeguards— «if they had intended to expressly omit this clause, the ... negotiators would and could have said so in the Agreement on Safeguards. [But] they did not.»<sup>63</sup> The WTO judiciary therefore considered the «unforeseen developments» clause as a requirement to be applied to the trade measures of the WTO Agreement on Safeguards, thus rejecting the thesis that a silence on the coordination among WTO pieces of legislations could be considered as an illogic denial of any connection between agreements that are both «integral parts of the same treaty, the WTO Agreement.»<sup>64</sup>

29. Regrettably the Appellate Body in the *China – Raw Materials* case completely neglected any good faith reflection, nor did it consider the institutional feature of «single undertaking» characterizing the Marrakech Agreements and WTO Accession Protocols, which can all be qualified as «integral part» of the WTO Agreement. The AB Members, instead, went in the opposite direction, disconnecting China's Accession Protocol from the other WTO Agreements, and inferring from the silence of Paragraph 11.3 an inexplicable renunciation to GATT public policy exceptions: «as China's obligation to eliminate export duties arises exclusively from China's Accession Protocol, and not from the GATT 1994, we consider it *reasonable* to assume that, had there been a common intention to provide access to Article XX of the GATT 1994 in this respect, language to that effect would have been included in Paragraph 11.3 or elsewhere in China's Accession Protocol.»<sup>65</sup>

### 3. The silence of Paragraph 11.3 of China's Accession Protocol in the light of its context

30. «When the object of interpretation is the *absence* of a term» —in our case the absence of any express indication on the relationship between Paragraph 11.3 and the GATT— the implications of the lack of any phrasing have to «be interpreted *contextually*.»<sup>66</sup> In fact, in order to attribute the proper meaning to the silence of Paragraph 11.3 on the GATT, the hermeneutic activity has to go on applying all the criteria provided for by the customary rules of treaty interpretation of public international law codified in the 1969 Vienna Convention, given that, as effectively highlighted by the same WTO Appellate Body, «treaty interpretation is an integrated operation, where interpretative rules and princi-

<sup>60</sup> O. DÖRR, *Article 31 - General Rule of Interpretation*, in O. DÖRR, K. SCHMALENBACH (EDS.), *Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary*, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg, 2012, pp. 521-570, at p. 548.

<sup>61</sup> See M. E. VILLIGER, *The Rules on Interpretation: Misgivings, Misunderstandings, Miscarriage? The «Crucible» Intended by the International Law Commission*, in E. CANNIZZARO (ED.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 105-122, at p. 109.

<sup>62</sup> See J.Y. QIN, *The Predicament of China's «WTO-Plus» Obligation to Eliminate Export Duties: A Commentary on the China-Raw Materials Case*, (April 12, 2012), available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2041227>, at p. 6.

<sup>63</sup> Appellate Body Report, *Argentina – Safeguard Measures on Imports of Footwear (Argentina – Footwear (EC))*, WT/DS121/AB/R, adopted 12 January 2000, para. 88.

<sup>64</sup> Appellate Body Report, *Argentina – Footwear (EC)*, para. 81.

<sup>65</sup> Appellate Body Report, *China – Raw Materials*, para. 293, emphasis added.

<sup>66</sup> See J.Y. QIN, *The Predicament of China's «WTO-Plus» Obligation to Eliminate Export Duties: A Commentary on the China-Raw Materials Case*, (April 12, 2012), available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2041227>, at p. 6, emphasis added.

ples must be understood and applied as connected and mutually reinforcing components of a holistic exercise.»<sup>67</sup>

Unanswered issues are recurrent in international treaties, since it is difficult to draft texts characterized by comprehensiveness -a quality, moreover, very demanding to be achieved, and of course susceptible of being temporally limited.<sup>68</sup> The incomplete nature of international agreements may be due to «harassed negotiators or inattentive draftsmen,»<sup>69</sup> or carefully searched by treaty drafters, to provide the contracting parties with a flexible and lasting legal instrument, but also to arrange for the signatories an agreed text in spite of the lack of their complete convergence on the discipline for an issue of common interest. The interpreter is consequently faced with a very delicate activity when having to determine what silence signifies: as underlined always by the Appellate Body with reference to some provisions of the Anti-Dumping Agreement and the SCM Agreement, «the task of ascertaining the meaning of a treaty provision with respect to a specific requirement does not end once it has been determined that the text is silent on that requirement,» because such absence of indications cannot be considered as «exclud[ing] the possibility that the requirement was intended to be included by implication.»<sup>70</sup> Hence, the lack of any reference to GATT Article XX in Paragraph 11.3 of China's Accession Protocol cannot be instantly deemed as prohibiting recourse to the GATT general exceptions' clause: the interpreter has to consider the text of the WTO-plus obligation in light of all the interpretive rules of the Vienna Convention rules, since «the risk is to be averted that the contracting parties may, by judicial interpretation, become bound by obligations which they did not expressly accept and might not have been willing to accept.»<sup>71</sup>

**31.** Starting with the examination of the immediate context of the Protocol provision requesting China to eliminate export duties, —i.e. sections 1 and 2 of Paragraph 11— such context should be read keeping in mind that Paragraph 11.3 disciplines a WTO-plus obligation. It is thus only normal that the prescriptions there expressed —being *sui generis* and not reflecting the GATT fees, charges or internal taxes contemplated in Paragraph 11.1 and Paragraph 11.2 in order to reaffirm those traditional multilateral trade obligations with reference to the new WTO Member— are not accompanied by the expression «in conformity with GATT,» which characterizes the immediate context of the WTO-plus obligation at issue. The General Agreement does not contemplate any general obligation to eliminate export duties. Consequently, the absence in Paragraph 11.3 of the phrase «in conformity with GATT» should be attributed to the fact that China could not possibly be asked to implement its WTO-plus commitment «in conformity» with an obligation ... not established by the GATT for the original WTO membership! It has hence to be concluded that the immediate context of Paragraph 11.3 does not allow to sustain that China renounced to resort to GATT Article XX as a defence to justify derogations to its WTO-plus commitment.<sup>72</sup>

#### **4. Extending the relevant context to the Preamble of the WTO Agreement and interpreting the silence of Paragraph 11.3 in light of the object and purpose of the WTO system**

**32.** Extending the analysis of the context to the Preamble of the WTO Agreement, it is finally possible to impart a positive meaning to the silence of Paragraph 11.3 of the China Accession Proto-

<sup>67</sup> Appellate Body Report, *United States – Continued Existence and Application of Zeroing Methodology (US – Continued Zeroing)*, WT/DS350/AB/R, adopted 19 February 2009, para. 268; see also para. 273.

<sup>68</sup> On the interpretation of silence in the WTO Agreements see I. VAN DAMME, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 110 ff.

<sup>69</sup> Appellate Body Report, *United States – Restrictions on Imports of Cotton and Man-made Fibre Underwear (US – Underwear)*, WT/DS24/AB/R, adopted 25 February 1997, para. 42.

<sup>70</sup> Appellate Body Report, *United States – Countervailing Duties on Certain Corrosion-Resistant Carbon Steel Flat Products from Germany (US – Carbon Steel)*, WT/DS213/AB/R and Corr.1, adopted 19 December 2002, para. 65.

<sup>71</sup> *Brown v. Stott* [2003] 1 AC 681 at 703 (UK, Privy Council), quoted by R. GARDINER, *Treaty Interpretation*, Oxford University Press, Oxford, 2008, at p. 147, and J.Y. QIN, *The Predicament of China's «WTO-Plus» Obligation to Eliminate Export Duties: A Commentary on the China-Raw Materials Case*, (April 12, 2012), available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2041227>, at pp. 5-6.

<sup>72</sup> For this aspect see also H. SCHLOEMANN, *China – Raw Materials – Some Observations*, Power Point Presentation, ICTSD/WTO Advisors, Talking Disputes Vol. 2 - The *China – Raw Materials Case*, Geneva, 20 July 2011.

col, a positive meaning that may be tested also in the light of the «object and purpose» characterizing the whole WTO multilateral trade system, codified in the already recalled WTO Preamble. Far from being the final target of the Marrakech Agreements, trade liberalization is conceived and regulated within the WTO system as a tool «to rais[e] standards of living,» constantly to be pursued «allowing for the optimal use of the world's resources,» and «in accordance with the objective of sustainable development, seeking both to protect and preserve the environment.»<sup>73</sup> Trade liberalization commitments are consequently disciplined in the Geneva based multilateral system not as absolute duties and prohibitions, impossible to derogate, but as obligations which may be overcome to pursue the non-trade values contemplated in many WTO rules, in particular in the general exceptions clauses, respecting all the requirements and the equilibrium among conflicting needs and concerns expressed by those multilateral provisions. The attention devoted by the WTO Preamble to environmental protection and the optimal use of natural resources, together with the explicit acknowledgement of the principle of sustainable development evidently reveal that the signatories of the multilateral trade agreements chose a model of economic development capable of being sustainable, i.e. constantly conjugated with the respect of the environment and social progress.<sup>74</sup> Since the WTO Preamble informs all the covered agreements –hence also Accession Protocols as integral parts of the WTO system- the meaning of Paragraph 11.3 has to be construed in order to be a coherent expression and articulation of the principles therein enshrined, and a proper implementation of the model of sustainable economic development therein shaped.

**33.** It follows that the text —and the silence— of Paragraph 11.3, considered in the light of the context of the WTO Preamble, and the object and purpose of the WTO treaty system, unequivocally indicates that China, while accepting the WTO-plus obligation to eliminate export duties, did not relinquish its right to regulate trade in a manner that promotes conservation of natural resources, environmental protection and public health also through the adoption of export tariffs, should these measures prove to be the most appropriate tool to realize its legitimate public policy purposes.

It may therefore be concluded that GATT Article XX is applicable to the WTO-plus obligation accepted by China to eliminate export duties. In fact, attributing this meaning to the silence of Paragraph 11.3 of the Accession Protocol is the only interpretative outcome capable of being in harmony with the principles and the model of sustainable economic development promoted by the WTO system, which,

<sup>73</sup> See the Preamble of the WTO Agreement.

<sup>74</sup> The WTO Appellate Body has defined sustainable development as a concept that «has been generally accepted as integrating economic and social development and environmental protection» (Appellate Body Report, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (US – Shrimp)*, WT/DS58/AB/R, adopted 6 November 1998, footnote 107). For another very effective description of the tridimensional character of sustainable development see the formula expressed at paragraph 6 of the Copenhagen Declaration on Social Development, adopted at the 1995 World Summit for Social Development: «[w]e are deeply convinced that economic development, social development and environmental protection are interdependent and mutually reinforcing components of sustainable development, which is the framework for our efforts to achieve a higher quality of life for all people» (*Copenhagen Declaration on Social Development*, available at <http://actrav.itscilo.org/actrav-english/telearn/global/ilo/law/wssd.htm>, accessed on April 2012). Finally, attention should be reserved to what stated by the *International Law Association* (ILA) in the New Delhi Declaration on sustainable development, where such Association has expressed «the view that the objective of sustainable development involves a comprehensive and integrated approach to economic, social and political processes, which aims at the sustainable use of natural resources of the Earth and the protection of the environment on which nature and human life as well as social and economic development depend and which seeks to realize the right of all human beings to an adequate living standard on the basis of their active, free and meaningful participation in development and in the fair distribution of benefits resulting therefrom, with due regard to the needs and interests of future generations» (*ILA New Delhi Declaration of Principles of International Law Relating to Sustainable Development*, 2 April 2001, in *International Environmental Agreements: Politics, Law and Economics*, 2002, pp. 211-216, at p. 212). On the principle of sustainable development see in the doctrine U. BEYERLIN, *Sustainable Development*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, <http://www.mpepil.com>; A. COSBEY, *A Sustainable Development Roadmap for the WTO*, IISD, Geneva, 2009; F. FRANCONI, *Sviluppo sostenibile e principi di diritto internazionale nell'ambiente*, in P. FOIS (ED.), *Il principio dello sviluppo sostenibile nel diritto internazionale ed europeo dell'ambiente*, Editoriale scientifica, Napoli, 2007, pp. 41-61; G.P. SAMPSON, *The WTO and Sustainable Development*, United Nations University, New York, 2005; ID., *The WTO and Sustainable Development: A Reply to Robertson*, in *World Trade Review*, 2008, pp. 467-471; N. SCHRIJVER, *The Evolution of Sustainable Development in International Law: Inception, Meaning and Status*, in *RCADI*, 2007, Vol. 329, pp. 219-412; G. VAN CALSTER, *The Law(s) of Sustainable Development*, SSNP Series, 2008, in [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1147544](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1147544).



in our view, provide «specific guidance» to the treaty interpreter applying all the hermeneutic criteria expressed by the international customary rules on the interpretation of treaties.

## 5. The principle of permanent sovereignty over natural resources and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention

45. In addition, the applicability of GATT Article XX to Paragraph 11.3 of China's Accession Protocol is confirmed if the international customary law principle of permanent sovereignty over natural resources<sup>75</sup> is duly taken into consideration, hence applying the principle of systemic integration as required by Article 31(3)(c) of the Vienna Convention, according to which a treaty interpreter, when reading the provision of an agreement, has to take into account «any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.»<sup>76</sup> In fact, any international agreement does not live in a legal vacuum,<sup>77</sup> but must be interpreted «against the whole background of international law»<sup>78</sup> which is binding for the contracting parties and applicable in their relations, in order to attribute to its provisions a meaning that is harmonious and coherent with such relevant international law.<sup>79</sup>

As it is well known, the principle of permanent sovereignty over natural resources has been initially formulated by the General Assembly of the United Nations as the right of States «freely to use and exploit their natural wealth and resources wherever deemed desirable by them for their own progress and economic development,»<sup>80</sup> further clarified as a right also «of peoples» which must be exercised by the interested countries for the «well-being» of their population,<sup>81</sup> and subsequently qualified as a right including «[i]n order to safeguard [natural] resources» the entitlement of each State to carry out «effec-

<sup>75</sup> On this principle cfr. N.J. SCHRIJVER, *Permanent Sovereignty over Natural Resources*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, <http://www.mpepil.com>; V. ZAMBRANO, *Il principio di sovranità permanente dei popoli sulle risorse naturali tra vecchie e nuove violazioni*, Giuffrè, Milano, 2009. The customary nature of the principle of permanent sovereignty over natural resources has also been asserted by the International Court of Justice: see ICJ, *Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda)*, Judgment of 19 December 2005, in *ICJ Reports*, 2005, p. 168, para. 244.

<sup>76</sup> On the principle of systemic integration and the Vienna Convention on the Law of Treaties see, *inter alia*, D. FRENCH, *Treaty Interpretation and the Incorporation of Extraneous Legal Rules*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 2006, pp. 281-314; U. LINDERFALK, *Who are the «Parties»? : Article 31 Paragraph 3 (c) of the 1969 Vienna Convention and the «Principle of Systemic Integration» Revisited*, in *Netherlands International Law Review*, 2008, pp. 343-364; C. McLACHLAN, *The Principle of Systemic Integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention*, in *International & Comparative Law Quarterly*, 2005, pp. 279-320.

<sup>77</sup> «International law is a legal system. Its rules and principles (i.e. its norms) act in relation to and should be interpreted against the background of other rules and principles. As a legal system, international law is not a random collection of such norms.» A/CN.4/L.702, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law (Conclusions)*, Report of the Study Group of the International Law Commission, 18 July 2006, para. 1.

<sup>78</sup> M.E. VILLIGER, *Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, in J. BRÖHMER, R. BIEBER, C. CALLIESS, C. LAGENFELD, S. WEBER, J. WOLF, (EDS.), *Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte - Festschrift für Georg Ress*, Carl Heymanns Verlag, Köln/Berlin/München, 2005, pp. 317-330. For a further analysis on the application of the principle of systemic integration in the ECHR system see W. KARL, «Just Satisfaction» in *Art 41 ECHR and Public International Law – Issues of Interpretation and Review of International Materials*, in A. FENYVES, E. KARNER, H. KOZIOL, E. STEINER (EDS.), *Tort Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, de Gruyter, Berlin/Boston, 2011, pp. 345-387, at pp. 356 ff.

<sup>79</sup> On the interpretation of WTO Agreements against the background of other international law see I. VAN DAMME, *Treaty Interpretation by the WTO Appellate Body*, Oxford University Press, Oxford, 2009, at pp. 355 ff. See also the considerations expressed by the Study Group of the International Law Commission on the fragmentation of international law with specific reference to WTO adjudicators: «when elucidating the content of the relevant rights and obligations, WTO bodies must situate those rights and obligations within the overall context of general international law (including the relevant environmental and human rights treaties).» In fact, while it is true that «[t]he jurisdiction of most international tribunals is limited to particular types of disputes or disputes arising under particular treaties (...) [a] limited jurisdiction does not, however, imply a limitation of the scope of the law applicable in the interpretation and application of those treaties,» with the consequence that «WTO covered treaties are creations of and constantly interact with other norms of international law.» A/CN.4/L.682, *Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*, Report of the Study Group of the International Law Commission, Finalized by Martti Koskenniemi, 13 April 2006, paras. 170 and 45.

<sup>80</sup> UN General Assembly, *Right to Exploit Freely Natural Wealth and Resources*, 21 December 1952, A/RES/626.

<sup>81</sup> UN General Assembly, *Permanent Sovereignty Over Natural Resources*, 14 December 1962, A/RES/1803, para. 1.

tive control over them and their exploitation with means suitable to its own situation.»<sup>82</sup> In particular, always within the UN system, the permanent sovereignty over natural resources has been considered as a basic human right under international law —since all peoples have been recognized the right «for their own ends [to] freely dispose of their natural wealth and resources»<sup>83</sup>— and consequently as a right of the States which is inextricably linked to the «responsibility»<sup>84</sup> to properly manage those resources, so that each country has to responsibly exercise sovereignty when dealing with natural resources in the best interest of its population.

46. Whereas the content of the principle at issue is under constant evolution—in fact, the extent of the power countries may exercise in the management of their natural wealth is relentlessly considered by an always growing number of international law instruments regarding the duty of States to sustainably use natural resources in order to preserve them from extinction through adequate conservation policies<sup>85</sup>— a stable feature of such principle is the «permanent» character of the sovereignty on natural resources. This sovereignty, in the words of the UN General Assembly, is «inalienable,»<sup>86</sup> meaning that a State cannot perpetually derogate from «the essence of its sovereign rights over natural resources,» but only accept «a partial [restraint] on the exercise of its sovereignty in respect of certain resources in particular areas for a specified and limited period of time.»<sup>87</sup> Therefore, when having to attribute a meaning to the silence of Paragraph 11.3 with reference to its relationship with GATT Article XX, such silence cannot be interpreted as an overall and eternal abdication by China to dispose of its national resources by using export duties under the GATT general exceptions clause. A similar determination, in fact, would be in sharp contrast with the international customary law principle of permanent sovereignty over natural resources, which preclude a State to limit forever and unconditionally its right to dispose of its national wealth.<sup>88</sup>

## 6. Supplementary means of interpretation: the circumstances of the conclusion of China's Accession Protocol and the subsequent practice of States

47. As already underlined, the highly questionable findings of the Appellate Body led to an interpretative result that, using the wording of Article 32 of the Vienna Convention, may be qualified as «manifestly absurd or unreasonable.»<sup>89</sup> Pursuant to such provision, supplementary means of interpreta-

<sup>82</sup> UN General Assembly, *Declaration on the Establishment of a New International Economic Order*, 1 May 1974, A/RES/S-6/3201, para. 4(e).

<sup>83</sup> See Articles 1.2 of the UN Covenant on Civil and Political Rights (done in New York, 16 December 1966, in *UNTS*, Vol. 999, p. 171) and of the UN Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (done in New York, 16 December 1966, in *UNTS*, Vol. 993, p. 3).

<sup>84</sup> See UN General Assembly, *Charter of Economic Rights and Duties of States*, 12 December 1974, A/RES/29/3281, Article 7.

<sup>85</sup> For the consequences of international agreements and soft law documents regarding conservation, preservation and sustainability issues on the principle of permanent sovereignty over natural resources see U. BEYERLIN, V. HOLZER, *Conservation of Natural Resources*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, <http://www.mpepil.com>.

<sup>86</sup> See UN General Assembly, *Permanent Sovereignty Over Natural Resources*, 14 December 1962, A/RES/1803, para. 11 of the Preamble; UN General Assembly, *Declaration on the Establishment of a New International Economic Order*, 1 May 1974, A/RES/S-6/3201, para. 4(e); UN General Assembly, *Charter of Economic Rights and Duties of States*, 12 December 1974, A/RES/29/3281, Article 1.

<sup>87</sup> See N.J. SCHRIJVER, *Sovereignty Over Natural Resources*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997, at p. 264.

<sup>88</sup> To use the words of George Abi-Saab, former member of the Appellate Body, «sovereignty is the rule and can be exercised at any time ... limitations are the exception and cannot be permanent, but limited in scope and time.» G. ABI-SAAB, *Progressive Development of the Principles and Norms of International Law Relating to the New International Economic Order*, in UN Doc. A/39/504/Add.1, 23 October 1984, quoted in N.J. SCHRIJVER, *Sovereignty Over Natural Resources*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997, at p. 263.

<sup>89</sup> On this provision of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties see Y. LE BOUTHILLIER, *Article 32 – Supplementary Means of Interpretation*, in O. CORTEN, P. KLEIN (EDS.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties – A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2011, Vol. I, pp. 841-863; O. DÖRR, *Article 32 - Supplementary Means of Interpretation*, in O. DÖRR, K. SCHMALENBACH (EDS.), *Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary*, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg, 2012, pp. 571-586; U. LINDERFALK, *On the Interpretation of Treaties – The Modern International Law as Expressed in the*

tion may be brought into the hermeneutic process of a treaty text —and silence— to clarify its meaning. Unfortunately, another peculiar feature distinguishing the accession process of China to the WTO is that, up to now, there is no notice of accessible official records of the negotiations of the Protocol, with the consequence that one of the two types of the supplementary means of interpretation expressly mentioned by Article 32 of the Vienna Convention —i.e. that of the preparatory works, or *travaux préparatoires*— is not available in the case under consideration.<sup>90</sup> However, paying due attention to the «circumstances of the conclusion» of China's Accession Protocol, the other auxiliary interpretative tool explicitly recalled by Article 32, may provide the treaty interpreter with further elements once again endorsing the appropriateness of considering GATT Article XX applicable to Paragraph 11.3 of the Accession Protocol, as we have tried to demonstrate in the previous paragraphs.

**48.** In fact, as underlined by the most authoritative doctrine, the circumstances of the conclusion of international agreements «include the political, social and cultural factors —the *milieu*— surrounding the treaty conclusion,»<sup>91</sup> that, together with the economic conditions characterizing the subjects participating to the negotiations, allow «to determine the reality of the situation which the parties wished to regulate by means of the treaty.»<sup>92</sup> Such supplementary mean of interpretation therefore permits to take into consideration the historical and the factual circumstances in which WTO accession negotiations occurred for identifying the proper meaning to attribute to the silence of Paragraph 11.3 on the question of whether GATT Article XX may be invoked as a defence for breaching the WTO-plus obligation to eliminate export duties. Reconstructing the circumstances in which Beijing negotiated its WTO Accession Protocol distinctly reveal that China did not have sufficient knowledge, expertise and experience in multilateral trade law and diplomacy: the acceptance of a treaty text such as that of the Protocol, with many lacunae and inaccurate provisions, can be explained only in the light of the political reality of an inadequate level of technical sophistication and competence on the Chinese side, beyond the fact that the Beijing Protocol was the first accession instrument to be heavily marked by so many, unprecedented, WTO-plus rules. It is thus difficult to imagine that China, questioned during the accession negotiations on whether it intended to completely renounce to the applicability of GATT Article XX to Paragraph 11.3, would have agreed on such an unreasonable and groundless request. Equally, it is not easy to envisage the incumbent WTO Members to advance such an arrogant claim «as there is absolutely no systemic or policy reason to deny the applicability of [GATT] exceptions to the export-duty commitments.»<sup>93</sup>

**49.** Another supplementary means of interpretation recognized by the International Law Commission<sup>94</sup> and by the doctrine,<sup>95</sup> that of the «subsequent practice of States» (in the case at issue of States when drafting and accepting new WTO Accession Protocols), further confirm what we have just inferred from the circumstances of the conclusion of the China's accession instrument. In fact, Vietnam,

---

1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, Springer, Dordrecht, 2007, at pp. 235 ff.; L. SBOLCI, *Supplementary Means of Interpretation*, in E. CANNIZZARO (ED.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 145-163; M.E. VILLIGER, *The 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties: 40 Years After*, in *RCADI*, 2009, Vol. 344, pp. 125 ff; ID., *The Rules on Interpretation: Misgivings, Misunderstandings, Miscarriage? The «Crucible» Intended by the International Law Commission*, in E. CANNIZZARO (ED.), *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 105-122.

<sup>90</sup> J.Y. QIN, *The Challenge of Interpreting «WTOPlus» Provisions*, in *Journal of World Trade*, 2010, pp. 127-172, at p. 140.

<sup>91</sup> M.E. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009, at p. 445.

<sup>92</sup> I. SINCLAIR, *The Vienna Convention on the Law of Treaties – Second Edition*, Manchester University Press, Manchester, 1984, at p. 141.

<sup>93</sup> J.Y. QIN, *The Predicament of China's «WTO-Plus» Obligation to Eliminate Export Duties: A Commentary on the China-Raw Materials Case*, (April 12, 2012), available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=2041227>, at p. 8.

<sup>94</sup> Document A/5809, *Report of the International Law Commission Covering the Work of its Sixteenth Session, 11 May-24 July 1964*, in *YILC*, 1964, vol. II, at p. 204; Document A/CN.4/186 and Add.1-7, *Sixth Report on the Law of Treaties*, by Sir Humphrey Waldock, *Special Rapporteur*, in *YILC*, 1966, Vol. II, p. 98.

<sup>95</sup> M.K. YASSEN, *L'interprétation des traités d'après la Convention de Vienne sur le droit des traités*, in *RCADI*, 1976, Vol. 151, at pp. 52 and 80.

Ukraine and Russia —having concluded their accession packages after the issue of the applicability of GATT Article XX to China’s Accession Protocol emerged within the WTO membership—<sup>96</sup> inserted in their accession instruments a clear reference to the GATT with the intention of explicitly establishing the applicability of the general and security exceptions clauses to the WTO-plus obligations enshrined in their Protocols.<sup>97</sup> No case is reported of any aversion to such new provisions by the incumbent WTO membership, that predictably refrained from openly and publicly demanding new Members to give up to their rights to have recourse to public policy exceptions clauses, a move that would have been not only largely unpopular, but also wholly irreconcilable with the already illustrated object and purpose of the WTO system.

## X. Conclusive remarks: a *de iure condendo* global solution on exports of natural resources?

**50.** In the most optimistic previsions, the panel report on the high-profile *China-Rare Earths* dispute is expected by late summer 2013,<sup>98</sup> a time-space likely to be extended in case of appellate proceedings, and to which the WTO granted period for implementation should be added.

**51.** Of course, the preferred DSU option of reaching an amicable settlement of the controversy has always to be kept in mind and looked for by the disputants;<sup>99</sup> in this respect, some US politicians have already suggested that Chinese authorities could be particularly sensitive to the claimants’ requests and willing to a prompt settlement of the case under the threat of «US efforts to block Chinese-funded mining projects in the United States as well as World Bank financing for Chinese mining projects.»<sup>100</sup>

**52.** In case WTO proceedings go on, because a diplomatic solution cannot be arrived at, in our view China should concentrate on three fronts. At judicial level, as we tried to demonstrate in the preceding paragraphs, Beijing has the possibility to overturn the very unfortunate findings of the Appellate

<sup>96</sup> Starting from 2005, there are official WTO records documenting the thorny interpretative issue of the applicability of GATT Article XX to China’s Accession Protocol. For instance, within the WTO Committee on Market Access and in front of the WTO Council for trade in goods, the United States asked China to explain how Beijing intended to have recourse to GATT Article XX, as the Chinese representative claimed that *Zhōngguó* had the right to restrict the importation or exportation of products to protect public morals, public interest and national security, quoting the general exceptions clause of the General Agreement. See G/MA/W/78, Committee on Market Access, *China’s Transitional Review Mechanism - Communication from the United States*, 15 September 2006, para. 1; G/C/W/560, *Transitional Review Mechanism Pursuant to Paragraph 18 of the Protocol on the Accession of the People’s Republic of China («China») - Questions From the United States to China*, 6 November 2006, para. 4.

<sup>97</sup> «The representative of Viet Nam confirmed that Viet Nam would apply export duties, export fees and charges, as well as internal regulations and taxes applied on or in connection with exportation in conformity with the GATT 1994» (WT/ACC/VNM/48, *Accession of Viet Nam - Report of the Working Party on the Accession of Viet Nam*, 27 October 2006, para. 260); «[t]he representative of Ukraine confirmed that ... Ukraine would reduce export duties in accordance with the binding schedule contained in Table 20(b). He also confirmed that, as regards these products, Ukraine would not increase export duties, nor apply other measures having an equivalent effect, unless justified under the exceptions of the GATT 1994» (WT/ACC/UKR/152, *Report of the Working Party on the Accession of Ukraine to the World Trade Organization*, 25 January 2008, para. 240); «[t]he Russian Federation undertakes not to increase export duties, or to reduce or to eliminate them, in accordance with the following schedule, and not to reintroduce or increase them beyond the levels indicated in this schedule, except in accordance with the provisions with GATT 1994» (GATT Schedule CLXV, *The Russian Federation*, Introductory Note).

<sup>98</sup> See *Disputes Roundup: Australian Plain Packaging Faces Third Challenge; Rare Earths Panel Established*, in *Bridges Weekly Trade News Digest*, 25 July 2012.

<sup>99</sup> As provided for by Article 3.7 of the DSU, pursuant to which «[t]he aim of the dispute settlement mechanism is to secure a positive solution to a dispute. A solution mutually acceptable to the parties to a dispute and consistent with the covered agreements is clearly to be preferred.» On the importance of diplomatic settlements of WTO controversies see E. BARONCINI, *The WTO Dispute Settlement Understanding as a Promoter of Transparent, Rule-Oriented, Mutually Agreed Solutions - A Study on the Value of DSU Consultations and their Positive Conclusion*, in P. MENGOZZI (Ed.), *International Trade Law on the 50<sup>th</sup> Anniversary of the Multilateral Trade System*, Giuffrè, Milano, 1999, pp. 153 – 302.

<sup>100</sup> «These two steps would get China’s attention right away and force them [sic] to reconsider their [sic] unfair practices.» Statements of the US Senator Charles Schumer, reported in J.T. AREDDY, S. REDDY, *Trade Fight Flares on China Minerals*, in *The Wall Street Journal*, 13 March 2012.

Body in the *China – Raw Materials* case on the non-applicability of GATT Article XX to Paragraph 11.3 of the Accession Protocol, showing that such an interpretative result is incompatible with the very object and purpose of the WTO system, i.e. that of promoting a model of economic development which is sustainable, and thus also respectful of the «optimal use of the world's resources,» as clarified by the Preamble of the WTO Agreement.<sup>101</sup> On the internal side, China should continue—even with greater determination—to reform its rare earth industrial policy in order to upgrade technology and the environmentally friendly management of the economic sector, investing also to remedy the environmental degradation inflicted to some parts of the PRC territories in the last decades of overexploitation. Finally, at international political level, Beijing should show leadership, and take the lead for devising an ad hoc legal solution at WTO level, multilaterally regulating exports for the entire WTO membership.

**53.** Such new set of international rules defining a common WTO export regime should, at the same time, a) re-establish an equilibrium between original WTO Members and new acceding Members—the former having no duty to eliminate export duties, the latter under the obligation to eliminate or significantly reduce them—and b) strike a balance between the interests of importing countries—essentially, to avoid shortage and price fluctuations in the supply of raw materials—and those of the exporting countries—to maintain sovereignty on—, and thus control and preserve, their natural resources, also guaranteeing low prices for domestic needs with the purpose of advancing their industrialization process.

---

<sup>101</sup> On the environmental friendly approach now characterizing the Marrakech system, as represented by the new explicit WTO objective of sustainable development, codified in the Preamble of the WTO Agreement, see G. MARCEAU, J. WYATT, *Trade and the Environment: The WTO's Efforts to Balance Economic and Sustainable Development*, in R. TRIGO TRINDADE, P. HENRY and C. BOVET (EDS.), *Economie Environnement Ethique, de la responsabilité sociale et sociétale, Liber Amicorum Anne Petitpierre-Sauvain*, Schulthess, Zurich, Bâle, Genève, 2009, pp. 225-235.

# EL CONCEPTO DE ACTIVIDAD PROFESIONAL «DIRIGIDA» AL ESTADO MIEMBRO DEL CONSUMIDOR: *STREAM-OF-COMMERCE*

ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ

*Profesora titular de Derecho internacional privado  
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 20.06.2012 / Aceptado: 28.06.2012

**Resumen:** El art. 15.1.c) *in fine* del Reglamento 44/2001 de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil establece que se aplican las normas protectoras de consumidores (arts. 15 a 17 Reglamento 44/2001) en los casos en los que el empresario dirigiere por cualquier medio sus actividades comerciales al Estado miembro del domicilio del consumidor. El problema está en determinar cuáles son las actividades dirigidas a un país concreto. El TJUE en su sentencia de 7 de diciembre de 2010 llega a la conclusión de que lo importante es la intención del empresario de celebrar un contrato con el consumidor siempre que el juez nacional pruebe que existen unos indicios que permitan considerar que la actividad del vendedor está dirigida al Estado miembro del domicilio de consumidor. El mero hecho de que el consumidor pueda acceder a la página web del vendedor es insuficiente.

**Palabras clave:** art. 15.1.c) Reglamento 44/2001, contrato de consumo, comercio electrónico, página web, competencia en materia de contratos celebrados por consumidores, concepto de «viaje combinado», concepto de «actividad dirigida» al Estado miembro del domicilio del consumidor, accesibilidad de la página web, *stream of commerce*.

**Abstract:** The art. 15.1.c) *in fine* of Regulation (EC) N° 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters provides that the rules apply consumer protection (Articles 15 and 17 Regulation 44/2001) in cases where the employer by any means directs its business activities to the Member State of the consumer. The problem is determining which activities are directed to a specific country. The Judgment of The Court (Grand Chamber) of 7 December 2010 concludes that what matters is the intention of the employer to enter into a contract with the consumer if the national court to prove that there are some evidence for believing that the activity of the seller is «directed» to the Member State of the consumer's domicile. The mere fact that consumers can access the seller's website is insufficient.

**Key words:** art. 15.1.c) Regulation (EC) 44/2001, consumer contract, e-commerce, website, jurisdiction over consumer contracts, concept of «package travel», concept of activity «directed to» the Member State of the consumer's domicile, accessibility of the website, *stream of commerce*.

**Sumario:** I. Introducción. II. Cuestiones prejudiciales: Asuntos C-585/08 y C-144/09. 1. Asunto Pammer vs. Reederei Karl Schlüter GmbH & Co KG. 2. Asunto Hotel Alpenhof vs. Sr. O. Heller. III. Concepto de «viaje en carguero». IV. Condiciones de aplicación del foro en materia de consumo ex art. 15.1.c) Reglamento 44/2001: actividad «dirigida» al Estado miembro del consumidor. 1. Condiciones subjetivas: contrato celebrado entre un «consumidor» y un «profesional». 2. Condiciones objetivas: contrato incluido dentro del sistema de protección de «contratos celebrados por los consumidores» ex art. 15.1.c) Reglamento 44/2001. V. Competencia judicial internacional en

materia de consumo ex art. 15.1.c) Reglamento 44/2001: qué se entiende por actividad «dirigida» al Estado miembro del consumidor. 1. Soluciones anteriores a la STJUE de 7 de diciembre de 2010. 2. Soluciones del TJUE. A) «Voluntad» de dirigirse al Estado miembro del consumidor. B) Mera posibilidad de acceso a Internet: referencia a los contratos electrónicos de consumo. 2. Foros objetivos de protección del consumidor. VI. A modo de conclusión.

## I. Introducción

1. El Reglamento 44/2001 de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil es el instrumento internacional más importante para determinar la competencia judicial internacional de los jueces y tribunales españoles, dado su ámbito de aplicación material tan amplio, «materia civil y mercantil»<sup>1</sup>. Todos los Estados de la Unión Europea son participantes en el Reglamento 44/2001, por lo que distribuye o reparte la competencia judicial internacional en materia de contratos internacionales de consumo entre todos los Estados miembros de la Unión Europea. El Reglamento 44/2001 dispone de varios foros que protegen al consumidor en los arts. 15 a 17 del Reglamento 44/2001<sup>2</sup>.

2. La Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 7 de diciembre de 2010 (asuntos acumulados C-585/08 y C-144/09) tiene como objeto el estudio del controvertido art. 15.1.c) del Reglamento 44/2001<sup>3</sup>. El art. 15.1.c) Reglamento 44/2001 señala:

*«En materia de contratos celebrados por una persona, el consumidor, para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional, la competencia quedará determinada por la presente sección, (...):*

*c) en todos los demás casos, cuando la otra parte contratante ejerciere actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirigiere tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades».*

3. Aunque no es la primera vez que el Tribunal de Justicia debe interpretar el art. 15.1.c) Reglamento 44/2001, pues la primera interpretación se hizo en la sentencia de 14 de mayo de 2009, en el

<sup>1</sup> Publicado en el DOCE de 16 de enero de 2001, L 12/1-23.

<sup>2</sup> Vid. sobre los foros de protección del consumidor recogidos por el Reglamento 44/2001, R. ARENAS GARCÍA, «Tratamiento jurisprudencial del ámbito de aplicación de los foros de protección en materia de contratos de consumidores del Convenio de Bruselas de 1968», *REDI*, 1996-I, pp. 39-70; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Operaciones internacionales de consumo», en A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), *Derecho Internacional privado vol.II*, 12ª ed., Granada, Comares, 2011-2012, pp. 807-819; M.V. CUARTERO RUBIO, «Viajes combinados internacionales y responsabilidad contractual de la agencia de viajes: una aproximación conflictual», *REDI*, 1995, vol.XLVII, pp. 81-118; E. FERNÁNDEZ MASÍA, «Contratos de consumo y competencia judicial internacional en el Reglamento 44/2001», *Estudios sobre consumo*, núm.63, 2002, pp. 9-24; E. GAMBARO / N. LANDI, «Consumer Contracts and Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and commercial Matters», *European Business Law Review*, 2006-5, pp. 1355-1371; S. JODŁOWSKI, «Les conventions relatives à la prorogation et à la dérogation à la compétence internationale en matière civile», *RCADI*, vol.143, 1974; A. KLEINKNECHT, *Die Verbraucherschützenden Gerichtsstände im deutschen und europäischen Zivilprozessrecht*, Münster, 2007; J.J. MARTÍN ARRIBA, «El derecho de los consumidores comunitarios a ser asesorados y a acceder a la justicia», *La Ley (CE)*, núm.91, 30.XI.1994, pp. 1-4; J. NORMAND / F. BALATE, «Relations transfrontalières et consommation: Quels(s) juge(s) et quelle(s) loi(s)?», *Cah.DE*, vol.26, 1990, pp. 273-351; A. RODRÍGUEZ BENOT, «La contratación electrónica en el tráfico externo», en L. COTINO HUESO (coord.), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 195-199; M. PELICHET, «La vente internationale de marchandises et le conflit de lois», *RCADI*, vol.201, 1987, pp. 9-210; K. SACHSE, *Der Verbrauchervertrag im internationalen Privatrecht*, Tübingen, 2006; M. TAMBURINI, «Unificazione del diritto internazionale privato e tutela del consumatore nel contesto europeo», *Studi M.Giuliano*, Padova, 1989, pp. 869-879; E. TEUBER, *Die internationale Zuständigkeit bei Verbraucherstreitigkeiten*, Frankfurt am Main, Lang, 2003; H. UNBERATH / A. JOHNSTON, «The Double-Headed Approach of the ECJ concerning Consumer Protection», *CMLR*, 2007, pp. 1237-1284.

<sup>3</sup> Vid. el comentario a la STJUE de 7 de diciembre de 2010 realizado por P. MANKOWSKI, «Autoritatives zum Ausrichten unternehmerischer Tätigkeit unter Art. 15 Abs. 1 lit. c EuGVVO (zu EuGH, 7.12.2010 -verb. Rs C-585/08 und C-144/09- Peter Pammer./Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG.; Hotel Alpenhof GesmbH./Oliver Heller, unten S. 160, Nr. 5)», en *IPRAX*, nº2, 2012, pp. 144-154.

asunto *Ilsinger* (Sentencia de 14 de mayo de 2009, *Ilsinger* en C-180/06, *Rec.* p. I-0000), sí es la primera sentencia en la que el Tribunal de Justicia debe definir el concepto de actividad comercial o profesional «dirigida» al Estado miembro del consumidor<sup>4</sup>. Su interpretación es particularmente difícil cuando la actividad dirigida se hace por Internet, dado que existen matices nuevos en el marco de la interpretación del art. 15.1.c) Reglamento 44/2001. Si el consumidor, por regla general, está amparado por las reglas de competencia judicial del Reglamento 44/2001, y puede demandar o ser demandado en el país de su domicilio, cualquier consumidor que pueda acceder a la página web del vendedor desde cualquier parte del mundo podría ampararse en que el vendedor dirige su actividad al Estado miembro de su domicilio para poder beneficiarse de la aplicación del art. 15.1.c) Reglamento 44/2001. Esta interpretación tan amplia significaría que la mera creación de un sitio en Internet daría lugar a la aplicación del art. 15.1.c) Reglamento 44/2001. Por eso, hay que partir del hecho de que para que se pueda aplicar el art. 15.1.c) Reglamento 44/2001 el vendedor debe ser *consciente* de que dirige su actividad al Estado miembro del domicilio del consumidor. Y este es el problema al que da respuesta la sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de diciembre de 2010.

## II. Cuestiones prejudiciales: Asuntos C-585/08 y C-144/09

4. La Sentencia tiene su origen en dos asuntos distintos: Asunto C-585/08, de petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Austria) el 24 de diciembre de 2008, en el caso «Peter Pammer/Reederei Karl Schlüter GmbH & Co KG y en el Asunto C-144/09, de petición de decisión prejudicial planteada por el Oberster Gerichtshof (Austria) el 24 de abril de 2009, en el caso «Hotel Alpenhof GesmbH/Oliver Heller.

5. El estudio se centrará en la segunda cuestión planteada en el asunto C-585/08 y la única cuestión planteada en el asunto C-144/09, en virtud de la cual se planteó, por un lado, cuáles son los criterios para considerar que la actividad de un vendedor, presentada en su página web o en la de un intermediario, está «dirigida» al Estado miembro del consumidor en el sentido del artículo 15, apartado 1 letra c, del Reglamento 44/2001, y, por otro lado, si para que dicha actividad sea considerada como tal basta que las mencionadas páginas web puedan consultarse en Internet. Para entender bien la solución a la que llegó el Tribunal de Justicia también se mencionará la primera cuestión prejudicial que se planteó en el asunto C-585/08, a saber, si un «viaje en carguero» constituía un viaje combinado en el sentido del art. 15.3 Reglamento 44/2001 y, por tanto, un contrato de consumo. De su solución dependía que el Tribunal de Justicia pudiera entrar a solventar la segunda cuestión prejudicial: si se consideraba un contrato de consumo, entonces el Tribunal de Justicia entraría a estudiar la aplicación concreta del art. 15.1.c) Reglamento 44/2001 y si no se podía considerar un contrato de consumo, entonces no tenía sentido entrar a ver la posible aplicación del art. 15.1.c) Reglamento 44/2001.

### 1. Asunto Pammer vs. Reederei Karl Schlüter GmbH & Co KG

6. En este asunto el Sr. P. Pammer, con domicilio en Austria, demanda a la Sociedad Reederei Karl Schlüter GmbH & Co KG, con domicilio social en Alemania, para que se le reembolsara el importe restante abonado por el Sr. Pammer por un viaje en barco que al final no había realizado. El Sr. Pammer había reservado su viaje a través de una agencia internacional con domicilio en Alemania que comercializaba sus viajes en el mercado austríaco a través de su página web. Sin embargo, la descripción del barco y del viaje en la página web no se correspondía con la realidad, pues en Internet aparecían unos

<sup>4</sup> Sentencia de 14 de mayo de 2009, *Ilsinger* en C-180/06, *Rec.* p. I-0000. *Vid.* Sobre la interpretación del art. 15.1.c) Reglamento 44/2001, H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement n° 44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano*, 3ª ed., LGDJ, París, 2002, pp. 229 y ss; L.E. GILLIES, «Jurisdiction for Consumer Contracts», *Computer Law & Security Report*, n° 6, 2001, p. 395; E. MONTERO, «À propos d'un contrat de voyage formé par hybridation (web+télécopie)», *Revue internationale du droit des affaires*, n° 91, 2009, pp. 332 y ss; J. S.T. OREN, «International jurisdiction over consumer contracts in e-Europe», *International and comparative law quarterly*, n° 3, 2003, pp. 665 y ss.



servicios que no existían en el barco, además de que no se podía bajar a penas a tierra. Por eso, el Sr. Pammer se negó a viajar en el barco y como la agencia sólo le reembolsó parte de lo que había pagado, interpuso demanda contra ella ante los jueces austríacos. Sin embargo, la agencia demandada interpuso falta de jurisdicción internacional, alegando que no ejercía ninguna actividad profesional o mercantil en Austria. Aunque en primaria instancia se consideró un contrato de consumidores por considerar el viaje en carguero como un viaje combinado y que la sociedad vendedora había desarrollado una actividad dirigida, a través de su página web, al demandante en Austria, el tribunal de apelación sí estimó la excepción de incompetencia formulada por la vendedora porque no consideró el viaje en carguero como un viaje combinado dentro de los contratos de consumo. Es en casación cuando se plantea la cuestión prejudicial al TJUE si un viaje en carguero constituye un viaje combinado en el sentido del art. 15.3 Reglamento 44/2001 y en caso de respuesta afirmativa si basta con que se pueda acceder a través de Internet a la página web de un intermediario para que se cumpla el criterio de la actividad «dirigida» a un Estado miembro en el sentido del art. 15.1.c) Reglamento 44/2001.

## 2. Asunto Hotel Alpenhof vs. Sr. O. Heller

7. En este asunto el Hotel Alpenhof, con domicilio social en Austria demandó al Sr. Heller, con domicilio en Alemania, por el impago de un importe de más de 5.000 euros, por el disfrute de unos servicios de hostelería, ya que estaba muy insatisfecho con los servicios del hotel. La demanda se planteó ante un juez austríaco, por incumplimiento contractual, *ex art. 5.1* Reglamento 44/2001, pero el demandado interpuso excepción de falta de jurisdicción internacional porque consideraba que, como consumidor, sólo podía ser demandado en Alemania, *ex art. 16.2* Reglamento 44/2001, partiendo de que el demandante había dirigido su actividad al Estado miembro del consumidor en el marco de sus actividades profesionales a través de la página web de su hotel en Austria, a la que se podía acceder desde Alemania. Tanto la reserva, como la oferta del demandante como la aceptación del demandado se habían efectuado por correo electrónico dado que la dirección del correo electrónico se indicaba en la página web; extremo este último que no se discutía. Los órganos jurisdiccionales de primera y segunda instancia se declararon incompetentes para conocer del asunto, partiendo de que el concepto de actividad «dirigida» al Estado miembro del domicilio del consumidor abarcaba tanto la explotación de una página web interactiva que permitía celebrar con ese consumidor un contrato por vía electrónica en la propia página web del profesional como una página web que no ofrecía dicha posibilidad y en la que únicamente se hacía publicidad. Además se apuntó que la actividad también estaba dirigida al Estado miembro del consumidor cuando éste tiene conocimiento de los servicios del vendedor a través de una página web y la consiguiente reserva se efectúa mediante una dirección electrónica, una dirección postal o un número de teléfono que figuren en esa página. Sin embargo, el demandante interpuso recurso de casación y este es el que decidió plantear ante el TJUE si basta con que se pueda acceder en Internet a la página web del cocontratante del consumidor para que se pueda afirmar que la actividad está «dirigida» a un Estado, en el sentido del art. 15.1.c) Reglamento 44/2001.

## III. Concepto de «viaje en carguero»

8. En el asunto C-585/08 se planteó en primer lugar si un «viaje en carguero» constituía un viaje combinado en el sentido del art. 15.3 Reglamento 44/2001 y, por tanto, un contrato de consumo, de cara a la aplicación del art. 15.1c) Reglamento 44/2001.

Para el TJUE un contrato que tiene por objeto un viaje en carguero es un contrato de transporte que, por un precio global, ofrece una combinación de viaje y alojamiento en el sentido del art. 15.3 del Reglamento 44/2001. Este concepto se corresponde con el concepto de «viaje combinado» tal y como se define en la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados (DO L 158, p. 59), cuyo art. 2.1 establece: «A efectos de la presente Directiva se entenderá por: 1) *Viaje combinado: la combinación prevista de, por lo menos, dos de los siguientes elementos, vendida u ofrecida a la venta con arreglo a un precio*

global, cuando dicha prestación sobrepase las veinticuatro horas o incluya una noche de estancia: a) transporte; b) alojamiento; c) otros servicios turísticos no accesorios del transporte o del alojamiento y que constituyan una parte significativa del viaje combinado.

*La facturación por separado de varios elementos de un mismo viaje combinado no exige al organizador o al detallista del cumplimiento de las obligaciones de la presente Directiva».*

Como era indiscutible que además del transporte, el viaje en carguero incluía también el alojamiento por un precio global, y que dicho viaje sobrepasaba las veinticuatro horas, el TJUE consideró que se trataba de un «viaje combinado» en el sentido del art. 2.1 de la Directiva 90/314 y, que por lo tanto, se trataba de un contrato de consumo, de los recogidos en el art. 15.3 Reglamento 44/2001: se considera un contrato de consumo los contratos de transporte que, por un precio global ofrecen una combinación de viaje y alojamiento<sup>5</sup>.

9. Además hay que tener en cuenta que dicha interpretación también se sigue en el Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales<sup>6</sup> y en su precedente normativo el Convenio de Roma de 1980<sup>7</sup>. El art. 5 apartado 5 del Convenio de Roma establecía la misma excepción del art. 15.3 del Reglamento 44/2001. En el art. 5 Convenio de Roma se regulaba la ley aplicable a los consumidores y en su apartado 3 se hacía mención expresa a que dicha norma se aplicaría a los contratos que, por un precio global, comprenden prestaciones combinadas de transporte y alojamiento, a pesar de que los contratos de transporte quedaban excluidos de la consideración de contratos de consumidores en virtud del apartado 4 letra a) del art. 5 Convenio de Roma. Igualmente el Reglamento Roma I prevé en su art. 6.4 letra b), que las disposiciones específicas relativas a los contratos celebrados por consumidores no se aplican a los contratos de transporte salvo a los contratos relativos a un viaje combinado con arreglo a la definición de la Directiva 90/314<sup>8</sup>. En este sentido, aunque el Reglamento 44/2001 no mencione la Directiva 90/314 el concepto de contratos de transporte que está comprendido en los contratos celebrados por consumidores debe ser el mismo en ambos Reglamentos comunitarios<sup>9</sup>. El Considerando 7 del Reglamento Roma I lo dice claramente cuando señala que el ámbito de aplicación material y las disposiciones del Reglamento Roma I deben garantizar la coherencia con el Reglamento 44/2001. El art. 15.3 Reglamento 44/2001 podría haberse remitido expresamente a la Directiva 90/314, sin embargo se prefirió reproducir la terminología utilizada en el Convenio de Roma de 1980, creando entre ambos un vínculo directo y la exigencia de una interpretación única<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> Vid. STJCE 26 febrero 1992, as. C280/90, *E. Hacker v. Euro-Relais GmbH*. Sobre este tema, *vid.*, M.V. CUARTERO RUBIO, «Viajes combinados internacionales y responsabilidad contractual de la agencia de viajes: una aproximación conflictual», *REDI*, 1995, vol. XLVII, pp. 81-118.

<sup>6</sup> *DOUE* L 177 de 4 julio 2008 (LCEur 2008, 1070).

<sup>7</sup> *BOE* núm. 171, de 19 de julio de 1993; corr. de errores, *BOE* núm. 189, de 9 de agosto de 1993.

<sup>8</sup> P. MANKOWSKI, «Consumer Contracts under Article 6», en E. CASHIN RITAINE / A. BONOMI (Eds.), *Le nouveau règlement européen 'Rome I' relative à la loi applicable aux obligations contractuelles: Actes de la 20e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne, Zürich*, 2008, pp. 153-155; D. SOLOMON, «Verbraucherverträge», en F. FERRARI/S. LEIBLE (Hrsg.), *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa*, Jena, 2007, pp. 97-98.

<sup>9</sup> P. MANKOWSKI, «Consumer Contracts under Article 6», en E. CASHIN RITAINE/A. BONOMI (Eds.), *Le nouveau règlement européen 'Rome I' relative à la loi applicable aux obligations contractuelles: Actes de la 20e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne, Zürich*, 2008, pp. 153-155; D. SOLOMON, «Verbraucherverträge», en F. FERRARI/S. LEIBLE (Hrsg.), *Ein neues Internationales Vertragsrecht für Europa*, Jena, 2007, pp. 97-98.

<sup>10</sup> Sobre el Reglamento Roma I, *vid.*, T. BALLARINO, «Il Regolamento Roma I: forza di legge, effetti, contenuto», *CDT*, vol. 1, n° 1, Marzo 2009, pp. 5-18; A.L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas», *Cuadernos de Derecho Transnacional (www.uc3m.es/cdt)*, octubre 2009, vol. 1, n° 2, pp. 11-112; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009; E. CASTELLANOS RUIZ, *El Reglamento «Roma I» sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Granada, Comares, 2009; S. FRANCO, «Le règlement 'Rome I' sur la loi applicable aux obligations contractuelles. De quelques changements...», *JDI Chunet*, 136, 1, 2009, pp. 41-69; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El Reglamento 'Roma I' sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?», *Diario La Ley*, n° 6957, Sección Doctrina, 30 mayo 2008, versión *online*; H. KENFACK, «Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles ('Rome I'), navire stable aux instruments efficaces de navigation?», *JDI Chunet*, 136, 1, 2009, pp. 3-39; P. LAGARDE/A. TENENBAUM, «De la convention de Rome au règlement Rome I», *RCDIP*, 97, 4, 2008, pp. 727-780; O. LANDO/P.A. NIELSEN, «The Rome I Regulation», *CMLR*, 45, 2008, pp. 1687-1725; S. LEIBLE/M. LEHMANN,

**10.** En definitiva, el concepto de «contratos que ofrecen una combinación de viaje y alojamiento por un precio global», recogido en el art. 15.3 Reglamento 44/2001 debe interpretarse del mismo modo que el concepto de «viaje combinado» del art. 2.1 Directiva 90/314.

#### **IV. Condiciones de aplicación del foro en materia de consumo ex art. 15.1.c) Reglamento 44/2001: actividad «dirigida» al Estado miembro del consumidor**

**11.** Dado que la respuesta a la primera cuestión fue afirmativa, es decir, los viajes combinados se pueden calificar como contratos de consumo, el estudio se va a centrar en la segunda cuestión planteada en el asunto C-585/08 y la única cuestión planteada en el asunto C-144/09, en virtud de la cual se planteó, por un lado, cuáles son los criterios para considerar que la actividad de un vendedor, presentada en su página web o en la de un intermediario, está «dirigida» al Estado miembro del consumidor en el sentido del artículo 15, apartado 1 letra c, del Reglamento 44/2001, y, por otro lado, si para que dicha actividad sea considerada como tal basta que las mencionadas páginas web puedan consultarse en Internet.

**12.** Como hemos visto, en el asunto C-585/08, el litigio enfrentó a un vendedor, Reederei Karl Schlüter (domiciliado en Alemania), que celebró un contrato con un consumidor, el Sr. Pammer (domiciliado en Austria), domiciliado en un Estado miembro distinto de aquel en el que hallaba establecida dicha sociedad. El Sr. Pammer había tenido conocimiento del viaje combinado consultando la página web de la sociedad intermediaria y había decidido reservar el viaje por correo postal, aunque la información la había obtenido por completo por correo electrónico.

Sin embargo, en el asunto C-144/09 el litigio enfrentó a un vendedor, Hotel Alpenhof (domiciliado en Austria), que había celebrado un contrato comprendido en el marco de sus actividades comerciales con un consumidor, el Sr. Heller, (domiciliado en Alemania) también domiciliado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se hallaba ubicado el hotel que el Sr Heller había reservado y obtenido toda la información a través de Internet.

La diferencia entre el primer y segundo asunto es primordial. En el asunto C-585/08, si se entiende que se puede acoger a la excepción del art. 15.1.c) Reglamento 44/2001, dado que el consumidor es el demandante, puede elegir entre acudir ante los tribunales del domicilio del propio consumidor o ante los tribunales del Estado miembro del domicilio del demandado, y en este caso decide acudir a los de su domicilio, *ex art.* 16.1 Reglamento 44/2001, en este caso, Austria. Sin embargo, en el asunto C-144/09, el consumidor es el demandado, por lo que el demandante sólo puede acudir a los Tribunales del Estado miembro donde esté domiciliado el consumidor, *ex art.* 16.2 Reglamento 44/2001, en este caso, Austria. Hay que tener en cuenta que el art. 15.1.c) Reglamento 44/2001 es una excepción tanto a la regla general del art. 2 Reglamento 44/2001, que atribuye la competencia judicial a los tribunales del Estado miembro del domicilio del demandado, como a la regla de competencia especial en materia de contratos, recogida en el art. 5.1 Reglamento 44/2001, que atribuye competencia los jueces del Estado miembro del lugar de ejecución de la obligación que sirve de base a la demanda.

**13.** En ambos asuntos el Oberster Gerichtshof trata de dilucidar si el vendedor ha dirigido su actividad al Estado miembro del domicilio del consumidor, en el sentido del art. 15.1.c) Reglamento 44/2001, con el fin de determinar cuál es el órgano jurisdiccional competente para resolver los litigios principales.

**14.** El art. 15.1.c) Reglamento 44/2001 (y toda la Sección 4ª del Capítulo II del Reglamento 44/2001: arts. 15, 16 y 17) protege al consumidor a la hora de fijar la competencia judicial internacional siempre que concurren dos condiciones:

---

«Die Verordnung über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht ('Rom I')», *RIW*, 8, 2008, pp. 528-544; L. DE LIMA PINHEIRO, «O novo Regulamento comunitário sobre a lei aplicável às obrigações contratuais (Roma I) – Uma introdução», en *Id.*, *Estudos de Direito Internacional Privado*, vol. II, Coimbra, 2009, pp. 401-471; P. MANKOWSKI, «Die Rom I-Verordnung – Änderungen im europäischen IPR für Schuldverträge», *IHR*, 2008, pp. 133-152; B. UBERTAZZI, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milano, 2008.

- 1º Condiciones subjetivas: que se trate de un contrato celebrado entre un «consumidor» y un «profesional de la contratación» en el ámbito de su actividad comercial o profesional.
- 2º Condiciones objetivas: que se trate de un contrato de los incluidos dentro del sistema de protección de «contratos celebrados por los consumidores», según establece la Sección 4ª del Capítulo II del Reglamento 44/2001. En concreto, en relación con el art. 15.1.c) Reglamento 44/2001 es necesario que el profesional ejerza una actividad comercial o profesional en el Estado miembro del consumidor o, por cualquier medio, dirija tal actividad a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último.

**15.** La exigencia de estos requisitos se debe a que se trata de un régimen muy beneficioso para el consumidor frente al resto de contratos recogidos en las Disposiciones generales de la Sección 1ª del Capítulo II del Reglamento 44/2001 (arts. 2 a 4 Reglamento 44/2001).

Así, lo establece el propio TJUE de 7 de diciembre de 2010 cuando señala que dicha normativa tiene la función de protección de la parte más débil del contrato (apartado 57).

### **1. Condiciones subjetivas: contrato celebrado entre un «consumidor» y un «profesional»**

**16.** Para el Reglamento 44/2001 es «consumidor» la persona que adquiere bienes o servicios «para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional», tal y como establece el art. 15.1 Reglamento 44/2001 (STJCE 21 junio 1978, *Bertrand*, STJCE 19 enero 1993, *Hutton*; STJCE 15 septiembre 1994, *Brenner*; STJCE 3 julio 1997, *Benincasa*, STJCE 27 abril 1999, *Mietz*). Se trata de una definición propia y autónoma de «consumidor» que no tiene por qué coincidir con la definición interna de cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea (STJCE 19 enero 1993, C89-91, *Shearson Lehmann Hutton Inc. v. TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH*).

La expresión que utiliza el art. 15 Reglamento 44/2001 para definir los contratos de consumidores incluidos en la regulación de la sección 4ª del Reglamento 44/2001 («Competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores»), contratos celebrado por un consumidor para un uso «*que pudiere considerarse*» ajeno a su actividad profesional, significa que las normas sobre protección de consumidores recogidas en el Reglamento 44/2001 sólo pueden aplicarse si el consumidor actúa en el tráfico comercial con «apariencia externa» de tal consumidor. Si dicho consumidor se presenta y opera como un «profesional» frente a terceros, es entonces un «consumidor oculto» que no puede beneficiarse de las reglas específicas del Reglamento 44/2001. Así se protege el principio de la apariencia en el tráfico mercantil internacional. Un profesional que cree estar contratando con otro profesional no debe resultar perjudicado por el hecho de que ese falso profesional es, en realidad, un consumidor «oculto» cuyo carácter de «consumidor» real no pudo detectar razonablemente<sup>11</sup>.

No son «consumidores» una «asociación de consumidores» o un «cesionario de los derechos de los consumidores» (STJCE 19 enero 1993, *Hutton*, y STJCE 1 octubre 2002, *Henkel*). Estas «asociaciones» o «cesionarios» no han celebrado contratos de consumo con profesionales y además el objeto del proceso no se refiere a un «contrato», sino a una «materia no contractual», como es la declaración general de la ilicitud de ciertas condiciones generales de la contratación<sup>12</sup>.

Cuando el contrato tiene por objeto tanto un «fin privado» como un «fin profesional», el contrato no se considera celebrado por un «consumidor», salvo que el uso profesional sea «marginal e insignificante en el contexto global de la operación» (STJCE 20 enero 2005, *Gruber*)<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, p. 276.

<sup>12</sup> N. DOWNES PEIRÚ, «La protección del consumidor en los contratos de utilización de inmuebles a tiempo compartido en los Convenios de Bruselas y de Lugano», en *La revisión de los los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial internacional y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*, Barcelona, Marcial Pons, 1998, p. 272.

<sup>13</sup> STJCE, 20 de enero de 2005, *Gruber*. En este caso se planteó cuando un agricultor austriaco, propietario de una granja para cerdos que era asimismo utilizada como vivienda habitual por la familia del agricultor al menos en un 60% del inmueble, compró unas tejas a una empresa alemana para renovar el techo de su granja. *Vid.* J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Operaciones

**17.** El sujeto que contrata con el consumidor debe ser un *profesional*. El Reglamento 44/2001 no contiene expresamente dicha exigencia. Sin embargo, se estima que sólo hay contrato de consumo si el «otro contratante» es un «profesional» y no una persona que opera a título meramente particular al margen de cualquier actividad profesional. Ello se debe a que el Reglamento 44/2001 parte de un desequilibrio de fuerzas entre los contratantes, por lo que la otra parte debe celebrar el contrato en el marco de sus actividades profesionales<sup>14</sup>. Esta interpretación presenta la ventaja de acomodar las disposiciones del Reglamento 44/2001 con las del Reglamento Roma I, que exigen, de modo expreso, que el otro contratante sea, efectivamente, un «profesional» (art. 6.1 Reglamento Roma I)<sup>15</sup>.

**18.** El art. 15.1.c) Reglamento 44/2001, en concreto, exige que el contrato se celebre entre un consumidor y un profesional *en el ámbito de su actividad comercial o profesional*. En el asunto *Pammer* el consumidor celebró el a través de un intermediario el contrato con una sociedad que desarrollaba actividades de transporte en carguero y, por tanto, podía considerarse que se trataba de una persona que ejercía una actividad comercial. En el asunto *Hotel Alpenhof* el contrato se había celebrado con el hotel directamente que ofrecía los servicios de hostelería y que, por tanto, podía ser considerado también un profesional que desarrolla una actividad comercial.

Pero además, es necesario para la aplicación del art. 15.1.c) Reglamento 44/2001, que la parte que celebra el contrato con el consumidor sea un profesional cuyo contrato debe estar comprendido en el ámbito de la actividad comercial o profesional que *dirige* al Estado miembro donde se encuentra el domicilio del consumidor. Si, por ejemplo, una empresa italiana dirige anuncios de ordenadores en su página web a los consumidores domiciliados en España, estos consumidores que compran los ordenadores estarían protegidos por el art. 15.1.c) Reglamento 44/2001, en caso de litigio. Sin embargo, si del mismo vendedor los consumidores compran impresoras, que no han sido anunciadas en la página web de la empresa italiana, el consumidor no puede invocar al art. 15.1.c) Reglamento 44/2001 para demandar a la empresa italiana en España (Estado miembro del domicilio del consumidor), porque no se entiende, en este caso, que el empresario *dirija* su actividad comercial o profesional al Estado miembro del domicilio del consumidor, en el sentido del art. 15.1.c) *in fine* Reglamento 44/2001<sup>16</sup>.

Tanto en el asunto *Pammer* como en el asunto *Alpenhof*, el TJUE entendió que se cumplía con este requisito. En el asunto *Pammer*, aunque el viaje en carguero no constituía la actividad principal de la sociedad contratante, sino una actividad secundaria, no dejaba de ser una de las actividades comerciales desarrolladas por dicha sociedad. El caso *Hotel Alpenhof* los servicios de hostelería era una de las actividades comerciales principales del hotel.

**19.** En este sentido, la STJUE deja claro que estamos ante un consumidor y un profesional, que celebra un contrato dentro de sus actividades profesionales. El problema que se planteó en la STJUE es si realmente hacía falta la *celebración* de un contrato, bien a distancia o en persona. El TJUE llegó a la conclusión que sí era necesario la celebración de un contrato, puesto que el art. 15.1 Reglamento 44/2001 se aplica a las cuestiones relativas a los «contratos *celebrados* por... el consumidor». De hecho, a esta misma solución se llegó en la STJCE, en el caso *Ilsinger* en la que el TJCE subrayó que el art. 15 del Reglamento 44/2001 solo se aplica a los contratos celebrados entre el consumidor y el vendedor (C-180/06, Rec. p. I-0000)<sup>17</sup>. En relación a los contratos celebrados en virtud del art. 15.1.c) se planteó el problema de si dicho contrato además debía celebrarse a distancia. En el asunto *Hotel Alpenhof* la oferta de la reserva fue enviada y recibida por correo electrónico y el demandado efectivamente disfrutó de los servicios de hos-

---

internacionales de consumo» en, A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 12ª ed., Granada, Comares, 2011-2012, p. 810.

<sup>14</sup> E. FERNÁNDEZ MASÍA, «Contratos de consumo y competencia judicial internacional en el Reglamento 44/2001», *Estudios sobre consumo*, núm.63, 2002, p. 12.

<sup>15</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Operaciones internacionales de consumo» en, A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), *Derecho internacional privado vol. II*, 12ª ed., Granada, Comares, 2011-2012, p. 810.

<sup>16</sup> P.A. NIELSEN, «Art. 15 Brussels I Regulation», en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (ED.), *Brussels I Regulation*, 2ª ed., Selp, Munich, 2012, pp. 382-383.

<sup>17</sup> *IBIDEM*, p. 373.

telería, por lo que el contrato se celebró a distancia. Sin embargo, aunque en el asunto *Pammer* se envió al intermediario el contrato firmado por correo ordinario, también se produjo a distancia.

El TJUE señaló que la celebración del contrato se había producido en ambos casos, por lo que la solución a la que llega es partiendo de dicha celebración, sin tener en cuenta si la celebración se hizo o no a distancia o por medios electrónicos. Tal y como señala la Abogado General en sus conclusiones de 18 de mayo de 2010 (apartado 55), la Sra. V. TRSTENJAK, en relación con los casos *Pammer* y *Hotel Alpenhof*, el art. 15.1.c) Reglamento 44/2001 no exige que el contrato deba celebrarse a distancia, entre otras razones porque muchas veces el contrato, cuando es de una reserva de servicios turísticos, por ejemplo, no puede firmarse hasta que el consumidor no llega al lugar donde se disfrutan los servicios; o por ejemplo, en los contratos de prestación de servicios sanitarios, aunque la oferta se haga por internet el contrato se celebra en la sede del proveedor de servicios, y a distancia solo se puede concertar la cita.

Hay que tener en cuenta que conforme al art. 2.4 de la Directiva 97/7CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (DO L 144, p. 19), una técnica de comunicación a distancia es «*todo medio que permita la celebración del contrato entre un consumidor y un proveedor sin presencia física simultánea del proveedor y del consumidor*». Según el anexo I de dicha Directiva, esos medios de comunicación comprenden, por ejemplo, el teléfono, el correo electrónico o el fax. Aunque en el asunto *Pammer* se envió el contrato por correo postal, se podría incluir también en esta definición por analogía. El hecho de que el contrato no se celebre por el mismo medio a través del cual el consumidor tuvo conocimiento de la oferta no excluye la protección que tiene derecho el consumidor en virtud del art. 15.1.c) Reglamento 44/2001. Por eso, aunque, en el asunto *Pammer* el contrato no se celebrara por medios electrónicos no impide que puede acogerse al supuesto de hecho del art. 15.1.c) Reglamento 44/2001<sup>18</sup>.

## **2. Condiciones objetivas: contrato incluido dentro del sistema de protección de «contratos celebrados por los consumidores» ex art. 15.1.c) Reglamento 44/2001**

**20.** Para que el sistema establecido en los arts. 15 y 16 del Reglamento 44/2001 sea aplicable a la hora de determinar los tribunales competentes en relación con contratos celebrados por consumidores además es necesario que se trate de uno de los contratos cubiertos por el régimen comunitario. Dicho de otro modo, no todo contrato en el que participa un consumidor es un contrato de consumo «protegido por el Reglamento 44/2001».

**21.** Para que la protección del consumidor sea efectiva en lo que se refiere a la competencia judicial internacional, debe tratarse de uno de los siguientes contratos<sup>19</sup>:

a) Una «venta a plazos de «mercaderías» (art. 15.1.a Reglamento 44/2001). La noción de «venta a plazos» es propia del Reglamento 44/2001 (STJCE 21 junio 1978, C-150/77, *Bertrand v. Paul Ott KG*; STJCE 27 abril 1999, C-99/96, *Hans-Hermann Mietz v. Intership Yachting Sneek BV*). La noción de «mercaderías» se refiere a los bienes muebles, por lo que la venta a plazos de bienes inmuebles está excluida del art. 15.1.a) Reglamento 44/2001.

b) Un «préstamo a plazos» u «otra operación de crédito vinculada a la financiación de la venta de tales bienes» (art. 15.1.b Reglamento 44/2001). Igualmente se debe interpretar dichos conceptos de forma autónoma y propia (STJCE 21 junio 1978, C-150/77, *Bertrand v. Paul Ott KG*)).

En estos dos supuestos, el Reglamento 44/2001 no exige que el consumidor sea un «consumidor pasivo», es decir, un consumidor que se ve «asaltado» en su país por ofertas de consumo procedentes de

<sup>18</sup> H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement n° 44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano*, 3ª ed., LGDJ, París, 2002, p. 228; E. MONTERO, «À propos d'un contrat de voyage formé par hybridation (web+télécopie)», *Revue internationale du droit des affaires*, n° 91, 2009, p. 335

<sup>19</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Operaciones internacionales de consumo» en, A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), *Derecho internacional privado vol. II*, 12ª ed., Granada, Comares, 2011-2012, pp. 810-811.

empresarios y profesionales radicados en el extranjero<sup>20</sup>. El consumidor pasivo, por tanto, no provoca la internacionalidad del contrato<sup>21</sup>.

c) Cualquier otro contrato concluido por consumidores, siempre que «la otra parte contratante ejerciere actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirigiere tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades», según establece el art. 15.1.c) Reglamento 44/2001. Este tercer inciso, que da lugar a la STJUE comentada, es una novedad incorporada por el Reglamento 44/2001.

**22.** El art. 15.1.c) protege a los consumidores que navegan por Internet en los casos en los que el empresario se lanza a la conquista de un mercado. Si se beneficia de Internet debe también correr con la carga de litigar ante los jueces y tribunales del país del domicilio del consumidor.

Para entender este precepto, hay que tener en cuenta que sólo protege a los consumidores «pasivos», también llamados «sedentarios» o «estáticos». Por ello, para que se pueda aplicar este foro de competencia judicial internacional es necesario que la operación contractual «repercuta» en el mercado del país donde está domiciliado el consumidor. En este sentido, se exige que o bien el profesional ejerza actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor; o bien que por cualquier medio, *dirija* tales actividades al Estado miembro del domicilio del consumidor o a varios Estados miembros, incluido el *del domicilio* del consumidor, siempre que el contrato se incluya en el marco de dichas actividades.

**23.** Esta conquista de mercado a través de Internet, la puede llevar a cabo el empresario a través de dos estrategias comerciales: *Doing Business* y *Stream-of-Commerce*<sup>22</sup>:

a) El *Doing Business* se produce cuando el empresario comercia habitualmente en el país del domicilio del consumidor. Se trata del «mercado natural» del empresario. Para probar esta estrategia se tienen en cuenta «datos de hecho»: contrataciones en un país, ofertas realizadas en el mismo, publicidad dirigida a dicho mercado, sucursales y agencias en tal país, etc. A esta estrategia comercial se refiere el art. 15.1.c) *ad initio* cuando dispone que los foros del Reglamento 44/2001 en materia de contratos celebrados por los consumidores se aplicarán «cuando la otra parte contratante ejerciere actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor».

b) El *Stream-of-Commerce* se produce cuando el empresario dirige mediante Internet un *e-mail* publicitario a un posible consumidor domiciliado en otro Estado o cuando el empresario dispone de una *página web* comercial por la que expresamente se pueden adquirir productos o servicios por parte de los consumidores domiciliados en un país concreto. Se trata del «mercado de conquista» del empresario<sup>23</sup>. Este «mercado de conquista» en la contratación *online*, en principio, puede ser cualquier mercado estatal. No es necesario —como sí exigía el art. 13.3 del Convenio de Bruselas de 1968— que el consumidor haya realizado los actos necesarios para su celebración dentro del Estado de su domicilio; por lo que también quedarían protegidos los contratos en los que el consumidor se desplaza al extranjero y allí realiza el encargo, siempre que el viaje lo hubiera organizado el empresario desde el Estado de domicilio

<sup>20</sup> E. FERNÁNDEZ MASÍA, «Contratos de consumo y competencia judicial internacional en el Reglamento 44/2001», *Estudios sobre consumo*, núm.63, 2002, p. 13; M. REQUEJO ISIDRO, «Hans Hermann Mietz v. Intership Yachting Sneek BV: Venta a plazos cautelares y otras cosas (que el tribunal no resuelve)», *Revista La Ley*. D-148, 1999, p. 1991.

<sup>21</sup> L. RADICATI DI BROZOLO / F. SALERNO, «Verso un nuovo diritto internazionale privato dei contratti in Europa», en P. FRANZINA (Ed.), *La legge applicabile ai contratti nella proposta di regolamento «Roma I» – Atti della giornata di studi – Rovigo, 31 marzo 2006*, Padova, 2006, pp. 1-8, esp. p. 6; A.L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas», *Cuadernos de Derecho Transnacional* ([www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt)), octubre 2009, vol. 1, nº 2, pp. 98-100; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *La ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, pp. 277-281.

<sup>22</sup> A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*, Madrid, Colex, 2001, pp. 87-90; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Operaciones internacionales de consumo» en, A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), *Derecho internacional privado vol. II*, 12ª ed., Granada, Comares, 2011-2012, pp. 815-816.

<sup>23</sup> E. FERNÁNDEZ MASÍA, «Contratos de consumo y competencia judicial internacional en el Reglamento 44/2001», *Estudios sobre consumo*, núm.63, 2002, p. 16.

del consumidor con el objetivo de que el consumidor celebre un contrato. En definitiva, lo que no protege es a los consumidores que traspasan las fronteras de su Estado de residencia habitual para contratar con un profesional si la publicidad no se le ha enviado al Estado miembro de su domicilio, es decir, no protege a los consumidores activos<sup>24</sup>.

Para probar la existencia del *Stream-of-Commerce* es muy importante el contenido de la página web. Así, *ad ex.*, si la página está escrita en italiano y ofrece unos precios concretos para las adquisiciones que se produzcan desde Italia, es claro que existe *Stream-of-Commerce* hacia Italia<sup>25</sup>. A esta estrategia comercial se refiere el art. 15.1.c) *in fine* cuando establece que la competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores prevista en los arts. 16 y 17 se aplican también «*cuando la otra parte contratante por cualquier medio dirigiere sus actividades comerciales al Estado miembro del domicilio del consumidor o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades*».

## V. Competencia judicial internacional en materia de consumo *ex art. 15.1.c) Reglamento 44/2001: qué se entiende por actividad «dirigida» al Estado miembro del consumidor*

### 1. Soluciones anteriores a la STJUE de 7 de diciembre de 2010

**24.** El problema está en determinar cuáles son las «actividades dirigidas a un país concreto»<sup>26</sup>. Antes de la STJUE de 7 de diciembre de 2010 habían sido varias las interpretaciones que se habían dado al respecto para intentar buscar una interpretación uniforme.

**25.** En primer lugar, no se consideraban «actividades comerciales o profesionales dirigidas» a un país concreto porque el profesional poseyera una *página web* desde la que se pudiera acceder a sus productos o servicios («tesis de la accesibilidad») y así, lo ha confirmado expresamente la STJUE comentada.

**26.** En segundo lugar, cuando la página web se diseña dirigida exclusivamente a determinados países pero no a otros, indicándose expresamente en su página web la intención de no dirigir su actividad a determinados Estados miembros, respecto de estos últimos se pensaba que no existía *Stream-of-Commerce* porque no había una intención de invadir comercialmente el país del domicilio del consumidor. Es el denominado *disclaimer*<sup>27</sup>. Aunque este tema no se preguntó directamente al TJUE, sin embargo la Abogado General, en sus conclusiones de 18 de mayo de 2010 lo analizó brevemente por tratarse de una cuestión importante y compleja (apartado 91). El problema se plantea, si el empresario acepta los pedidos de un consumidor cuyo domicilio se encuentra en uno de los países a los que no va dirigida la actividad comercial. *Ad ex.*, si una página web comercial escrita en español ofrece precios exclusivamente dirigidos a los consumidores con domicilio en España y en Portugal, pero acepta los pedidos de un consumidor con domicilio en Italia, desde donde se puede acceder a su página web, la pregunta es si se faculta al consumidor domiciliado en Italia a litigar ante los tribunales italianos o si este consumidor italiano asume el riesgo de no poder litigar en Italia y el riesgo de tener que hacerlo en España, país de la sede del empresario. Para la «tesis del contrato real» sólo cabría la primera opción, de forma que la

<sup>24</sup> P.A. NIELSEN, «Art. 15 Brussels I Regulation», en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (ED.), *Brussels I Regulation*, 2ª ed., Selp, Munich, 2012, p. 380.

<sup>25</sup> IBIDEM., p. 381.

<sup>26</sup> A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*, Madrid, Colex, 2001, pp. 88-90; M. FALLON / J. MEEUSEN, «Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé», *RCDIP*, 2002, pp. 435-490.

<sup>27</sup> *Vid.*, H. GAUDEMET-TALLON, «Le juge compétent», en D. FASQUELLE / P. DEUNIER, *Le droit communautaire de la consommation: Bilan et perspectives*, La documentation française, París, 2002, p. 227; P.A. NIELSEN, «Art. 15 Brussels I Regulation», en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (ED.), *Brussels I Regulation*, 2ª ed., Selp, Munich, 2012, p. 381.



empresa española no tendría que haber aceptados los pedidos del consumidor domiciliado en Italia. Si los ha aceptado debe correr con el riesgo de verse demandado ante los tribunales del domicilio del consumidor<sup>28</sup>. Según la «tesis de la focalización» existen «actividades dirigidas» cuando el empresario toma la «iniciativa comercial» con destino a uno o varios países concretos con el objetivo de captar clientes y concluir contratos con tales clientes «en dicho Estado»<sup>29</sup>. Como explican U. MAGNUS y P. MANKOWSKI, el empresario que opera en Internet es un pescador (*angler*) que trata de pescar al consumidor (*the fish*) utilizando una caña de pescar (*fishing rod*)<sup>30</sup>.

Para la Abogado General la solución está clara: el empresario no puede invocar la declaración explícita de que no dirige sus actividades a determinados Estados miembros si después celebra contratos con consumidores de tales Estados (apartado 92). Los medios técnicos utilizados para contactar entre empresario y consumidor —teléfono, correo electrónico, correo postal, fax...- no son importantes<sup>31</sup>.

**27.** En tercer lugar, el envío de un *e-mail* publicitario a un posible consumidor domiciliado en un país concreto o la utilización por parte del empresario de *páginas web* mediante las que se intenta «penetrar» en un mercado nacional concreto, captar clientes, hacer negocios, por ejemplo realizando publicidad e incitando a la contratación a los sujetos residentes en un país concreto se consideran «actividades dirigidas». La *página web* debe ser una página «comercial» que esté dirigida sólo hacia «determinados Estados». Hay que tener en cuenta que el idioma puede ser un elemento importante para averiguar si el empresario desea conquistar el mercado de un país determinado, pero en ningún caso es definitivo. Así, idiomas como el sueco o el ruso claramente reflejan los mercados que quieren conquistarse, otros como el inglés suponen un claro indicio a favor de una voluntad de conquistar el «mercado mundial», pues se trata de un idioma usado universalmente, la *lingua franca actual*<sup>32</sup>. Muchas páginas *web* comerciales están escritas en inglés, pero permiten adquirir productos por parte de sujetos domiciliados en Europa, indicando precios para las adquisiciones desde Europa. En este caso, aunque estén escritas en inglés se considera que el empresario quiere conquistar otros mercados de lengua no inglesa, como España, Francia o Italia, que se convierten en *mercados de* conquista y, por tanto, existe *Stream-of-Commerce*. También deben tenerse en cuenta otros elementos para determinar hacia donde se dirigen las actividades del empresario que incita a la contratación a través de una página *web* como la moneda de pago exigida o los precios ofrecidos que incluyen gastos desde determinados países. Esta postura también es confirmada por el TJUE en el fallo de la sentencia de 7 de diciembre de 2010 donde se señala que la mera utilización de la lengua o de una divisa habitualmente empleada en el Estado miembro en el que está establecido el vendedor no se considera actividad dirigida, como veremos de forma más minuciosa a continuación.

**28.** En cuarto lugar, la doctrina también había desarrollado una serie de supuestos en los que parecía que claramente se podía verificar que eran páginas *web* no dirigidas y, por tanto, no existía *Stream-of-Commerce*. Así, se establecía en el caso de las páginas *web* que eran meramente informativas, es decir, las que disponían de un «sitio web pasivo» en el que el empresario o profesional únicamente ofrecía información sobre sus productos pero no permitía adquirirlos *online*. Se pensaba que si el consumidor contrataba asumía el riesgo de no poder demandar en el país de su domicilio y de tener que demandar al

<sup>28</sup> J.P. BERAUDO, «Le Règlement CE du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale», *JDI Clunet*, 2001, pp. 1033-1084.

<sup>29</sup> O. CACHARD, «Nota Sent. Cour Cassation Francia 9 diciembre 2003, Castellblanch», *RCDIP*, 2004, pp. 633-644; Id., *Droit du commerce international*, 2008.

<sup>30</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Operaciones internacionales de consumo» en, A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), *Derecho internacional privado vol. II*, 12ª ed., Granada, Comares, 2011-2012, p. 816; U. MAGNUS / P. MANKOWSKI, «The Green Paper on a Future Rome I Regulation - On the Road to a Renewed European Private International Law of Contracts», *Zeitschrift für Vergleichende Rechts-wissenschaft*, 2004, n.103, pp. 131-189.

<sup>31</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Operaciones internacionales de consumo» en, A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), *Derecho internacional privado vol. II*, 12ª ed., Granada, Comares, 2011-2012, p. 816; P.A. NIELSEN, «Art. 15 Brussels I Regulation», en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (ED.), *Brussels I Regulation*, 2ª ed., Selp, Munich, 2012, p. 381.

<sup>32</sup> M. FALLON / J. MEEUSEN, «Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé», *RCDIP*, 2002, pp. 435-490.

empresario en el país donde éste tenía su sede (arts. 2 y 5.5 Reglamento 44/2001)<sup>33</sup>. Sin embargo, esta solución debe considerarse, después de la STJUE de 7 de diciembre de 2010, superada, puesto que el TJUE no diferencia entre sitios web activos y pasivos, sino que solo tiene en cuenta que el empresario dirija su actividad con la intención de celebrar un contrato de consumo a distancia, sin tener en cuenta el medio utilizado, como se comprobará a continuación<sup>34</sup>.

Igualmente se consideraban páginas *web* no dirigidas aquellas en las que se podía probar claramente que no iban orientadas a determinados países cuando la información vertida en Internet excluía expresamente la adquisición de productos para residentes en ciertos países mediante avisos expresos al efecto. Quien contrataba, a pesar del aviso del empresario o profesional de su deseo de no comerciar con clientes de un determinado país concreto, debía asumir el riesgo de perder la protección del Reglamento 44/2001 respecto a los foros en materia de consumidores<sup>35</sup>. Existiría contratación internacional pero no actividades comerciales dirigidas especialmente al Estado del domicilio del consumidor. Se trataría de un «consumidor activo» y no podría invocar el art. 15.1.c) R.44/2001. Sin embargo, esta teoría también ha sido rechazada, no expresamente por el TJUE, sino por la Abogado General en las conclusiones que presentó el 18 de mayo de 2010, quien ha declarado que el empresario no puede invocar la declaración explícita de que no dirige sus actividades a determinados Estados miembros si celebra contratos con consumidores de tales Estados miembros, aunque lo haya declarado expresamente en su página web (apartado 92).

**29.** Esta diferenciación entre consumidores activos y pasivos a la hora de proteger a los consumidores ha sido muy criticada<sup>36</sup>. Aunque se pensaba que con el Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales podría modificarse esta orientación favoreciendo tanto a los consumidores pasivos como a los activos a la hora de determinar la ley aplicable, nada más lejos de la realidad, *ex art.* 6.1 Reglamento Roma I. Tanto cuando contrata un consumidor activo como cuando lo hace un consumidor pasivo existe un desequilibrio contractual frente al profesional, por lo que también deberían ser objeto de protección por la normativa comunitaria. La única diferencia es que el consumidor pasivo se queda en su Estado de residencia habitual esperando que el profesional penetre en su mercado y el consumidor activo es un consumidor que traspasa las fronteras del Estado de su residencia habitual en busca de la mejor oferta.

## 2. Soluciones del TJUE

**30.** El TJUE en la sentencia de 7 de diciembre de 2010 aclara qué debe entenderse por actividad «dirigida», dando una interpretación propia y autónoma respecto a la aplicación del inciso c) del art. 15.1 Reglamento 44/2001.

**31.** El Reglamento 44/2001 no contiene ninguna definición del concepto de «actividad dirigida» al Estado miembro del domicilio del consumidor, tal y como establece el art. 15.1.c) Reglamento 44/2001. En cualquier caso, el concepto de actividades «dirigidas» es un concepto tecnológicamente neutro y se aplica a todos los tipos y modos de tecnología empleada. Por otra parte, se relaciona única y exclusivamente con las actividades del empresario o profesional, y no depende de ninguna actividad que el consumidor pueda hacer<sup>37</sup>. Por eso, el Tribunal de Justicia ya ha manifestado que este concepto debe interpretarse de manera autónoma, haciendo referencia, principalmente, al sistema y a los objetivos del

<sup>33</sup> A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*, Madrid, Colex, 2001, pp. 84-86.

<sup>34</sup> P.A. NIELSEN, «Art. 15 Brussels I Regulation», en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (ED.), *Brussels I Regulation*, 2ª ed., Selp, Munich, 2012, p. 381.

<sup>35</sup> A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*, Madrid, Colex, 2001, p. 89.

<sup>36</sup> A.M. DE MATOS, «Consummation transfrontière: d'un espace cloisonné à un espace judiciaire européen», *REDC*, 2000, p. 159.

<sup>37</sup> P.A. NIELSEN, «Art. 15 Brussels I Regulation», en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (ED.), *Brussels I Regulation*, 2ª ed., Selp, Munich, 2012, p. 381.

Reglamento 44/2001, con el fin de garantizar su plena eficacia (STJCE de 11 de julio de 2002, *Gabriel*, C-96/00) (Rec. p. I-6367, apartado 37).

Así, el Considerando 13 del Reglamento 44/2001 establece que el art. 15.1.c) ocupa el mismo lugar y cumple la misma función de protección de la parte más débil del contrato, que el art. 13, párrafo primero, número 3, del Convenio de Bruselas de 1968 (STJCE de 14 de mayo de 2009, *Ilsinger*, C-180/06) (Rec. p. I-3961, apartado 41)<sup>38</sup>.

La función de este régimen particular sobre la competencia en materia de contratos celebrados con consumidores es garantizar una protección adecuada al consumidor como parte del contrato que se considera económicamente más débil y jurídicamente menos experta que su cocontratante profesional. Así lo ha reiterado el TJCE en las siguientes sentencias: STJCE de 20 de enero de 2005, *Gruber*, C-464/01 (Rec. p. I-439, apartado 34; STJCE de 20 de enero de 2005, *Engler*, C-27/02 (Rec. p. I-481, apartado 39) y STJCE de 14 de mayo de 2009, *Ilsinger*, C-180/06) (Rec. p. I-3961, apartados 48 y 50), aunque esta última sentencia declaró que la redacción del art. 15.1c) Reglamento 44/2001 no es exactamente igual a la del art. 13 Convenio de Bruselas, pues los requisitos de aplicación específicos que deben cumplir los contratos de consumo en el Reglamento 44/2001 están redactados en sentido más amplio que en el Convenio de Bruselas, con el fin de otorgar una mayor protección a los consumidores, en consonancia con los nuevos medios de comunicación y el desarrollo del comercio electrónico<sup>39</sup>.

La diferencia más importante es que al vendedor ya no se le exige que haya hecho especialmente una oferta en el Estado del domicilio del consumidor o haber dirigido publicidad a ese Estado, ni le exige al consumidor haber realizado en dicho Estado los actos necesarios para la celebración del contrato. Las exigencias son sólo para el vendedor y en concreto: a) debe ejercer sus actividades comerciales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirigir tales actividades a dicho Estado miembro o varios Estados miembros, incluido éste último, y; b) el contrato debe estar comprendido en el ejercicio de sus actividades. Este último cambio a favor del consumidor encuentra en la dificultad existente de determinar el lugar en el que se realizan los actos necesarios para la celebración del contrato, debido al desarrollo de las comunicaciones a través de Internet, aumentando así la vulnerabilidad del consumidor frente a las ofertas de los vendedores.

### A) «Voluntad» de dirigirse al Estado miembro del consumidor

**32.** La cuestión clave es si hace falta una voluntad por parte del vendedor de dirigir su actividad a otros Estados miembros y en tal caso de qué forma debe manifestarse dicha voluntad, o si simplemente se alude a una actividad orientada *de facto* hacia otro u otros Estados miembros, con independencia de dicha voluntad.

Está claro que esta voluntad está implícita en determinados tipos de publicidad, en los que el vendedor debe realizar mayores desembolsos para darse a conocer en otros Estados miembros y demuestran, por tanto, una voluntad del vendedor de dirigir su actividad a estos últimos. Así, por ejemplo, por medio de la prensa, radio, la televisión, o cualquier otra vía, o mediante catálogos especialmente dirigidos a un país y a las ofertas de negocio sometidas individualmente al consumidor, en particular, por medio de un agente o de un vendedor ambulante (STJCE *Gabriel*, apartado 44)<sup>40</sup>.

**33.** Sin embargo, esta voluntad no siempre está presente a través de Internet por varios motivos. En primer lugar, Internet tiene alcance mundial, por lo que la publicidad hecha en una página web por un vendedor es en principio accesible en todos los Estados. En segundo lugar, no es preciso incurrir en gastos adicionales, con independencia de que tenga o no la voluntad de atraer a los consumidores que residan fuera del territorio del Estado miembro en el que está establecido el vendedor.

<sup>38</sup> P.A. NIELSEN, «Art. 15 Brussels I Regulation», en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (ED.), *Brussels I Regulation*, 2ª ed., Selp, Munich, 2012, pp. 372-373.

<sup>39</sup> *IBIDEM*, p. 380.

<sup>40</sup> *IBIDEM*, p. 380.

Por eso, aunque los arts. 15.1.c) y 16 Reglamento 44/2001 quieran proteger al consumidor, dicha protección no es absoluta, por lo que la mera existencia de un página web no es suficiente para considerar «una actividad dirigida a» otros Estados miembros como señala el Abogado General en el punto 64 de sus conclusiones. De hecho el legislador de la Unión Europea rechazó una sugerencia de la Comisión que proponía que la comercialización de bienes o servicios a través de un medio electrónico accesible en un Estado miembro constituía una actividad «dirigida a» dicho Estado.

En definitiva, para poder aplicar lo dispuesto en los arts. 15.1.c) y 16 Reglamento 44/2001, el vendedor debe haber manifestado su «voluntad» de establecer relaciones comerciales con los consumidores de otro u otros Estados miembros, entre los cuales se encuentre el del domicilio del consumidor (apartado 75 de la STJUE comentada).

**34.** Por tanto, para considerar que un vendedor, cuya actividad se presenta en su página web o en la de un intermediario, «dirige» su actividad al Estado miembro del domicilio del consumidor, en el sentido del art. 15.1.c) del Reglamento 44/2001, el TJUE exige la comprobación, en primer lugar, de si antes de la celebración del contrato con el consumidor, se puede desprender de las citadas páginas web y de la actividad global del vendedor, que éste último tenía intención de comerciar con consumidores domiciliados en otro u otros Estados miembros, entre ellos el del domicilio del consumidor, en el sentido de que estaba dispuesto a celebrar un contrato con ellos (apartados 76 y 92 de la sentencia comentada).

**35.** El TJUE configura en el fallo un elenco de elementos que pueden considerarse indicios que permitan considerar que la actividad del vendedor está «dirigida» al Estado miembro del domicilio del consumidor y otra serie de elementos que no son suficientes para considerar la actividad del vendedor dirigida al Estado miembro del domicilio del consumidor.

En cualquier caso, corresponde al juez nacional comprobar si existen o no esos indicios. Indicios que, en ningún caso, son cerrados, sino que se establece una lista ejemplificativa, por lo que pueden existir otros elementos no citados por el TJUE que también logren probar si el vendedor «dirige» o no su actividad al Estado miembro del domicilio a través de una página web.

**36.** Los indicios que permiten determinar, según el Tribunal de Justicia, si una actividad «dirigida» al Estado miembro del domicilio del consumidor son todas las expresiones manifiestas de la voluntad del vendedor de atraer a los consumidores de dicho Estado miembro.

Entre las expresiones manifiestas de la voluntad del vendedor se encuentra (apartado 81):

- a) La mención según la cual el vendedor ofrece sus servicios o sus bienes en uno o varios Estados miembros designados específicamente.
- b) Los gastos en un servicio de remisión a páginas web en Internet prestado por una empresa que explota un motor de búsqueda con el fin de facilitar el acceso al sitio del vendedor a consumidores domiciliados en diferentes Estados miembros.

Para el TJUE, estos indicios son los más patentes de la caracterización de la «actividad dirigida» a otros Estados miembros del domicilio del consumidor. Por tanto, con que exista uno de ellos la voluntad de atraer a los consumidores está clara. Ahora bien, existen otros indicios no tan patentes que, sin embargo, combinados unos con otros pueden demostrar también la existencia de una actividad «dirigida» al Estado miembro del consumidor.

**37.** Los indicios que, combinados, se consideran suficientes para considerar la actividad del vendedor dirigida al Estado miembro del domicilio del consumidor son los siguientes (apartados 83, 84 y 93):

- a) el carácter internacional de la actividad, como algunas actividades turísticas,
- b) la descripción de los itinerarios desde otro u otros Estados miembros al lugar en que está establecido el vendedor,

- c) la utilización de una lengua o de una divisa distintas de la lengua o la divisa habitualmente empleadas en el Estado miembro en el que está establecido el vendedor, con la posibilidad de reservar y de confirmar la reserva en esa otra lengua,
- d) la mención de números de teléfono con indicación de un prefijo internacional
- e) los gastos en un servicio de remisión a páginas web en Internet con el fin de facilitar el acceso al sitio del vendedor o al de su intermediario a consumidores domiciliados en otros Estados miembros,
- f) la utilización de un nombre de dominio de primer nivel distinto al del Estado en que está establecido el vendedor —por ejemplo «de»— o la utilización de nombres de dominio de primer nivel neutros —como «.com» o «.eu»,
- g) la mención de una clientela internacional formada por clientes domiciliados en diferentes Estados miembros, concretamente mediante la presentación de testimonios de dichos clientes.

No se trata de una lista exhaustiva, sino de una lista ejemplificativa y, en todo caso, le corresponde al juez nacional comprobar si existen esos indicios.

Para el TJUE, en el caso del hotel *Alpenhof* sí parece que existen indicios que puedan demostrar que el vendedor dirigió su actividad hacia uno o varios Estados miembros distintos de la República de Austria. Sin embargo, le corresponde al juez nacional comprobar esos indicios.

**38.** No se consideran, sin embargo, indicios suficientes (apartado 94):

- a) el mero hecho de que pueda accederse a la página web del vendedor o del intermediario
- b) la simple mención de una dirección electrónica y de otros datos
- c) la simple utilización de una lengua o de una divisa que sean las habitualmente empleadas en el Estado miembro en el que está establecido el vendedor.

Para el TJUE, en el caso del Sr. *Pammer* no hay indicios suficientes para considerar que el vendedor dirigió su actividad a otros Estados miembros, entre ellos el del domicilio del consumidor. En realidad el vendedor solo ejercía sus actividades en Alemania y no dirigía su actividad a otros Estados miembros. Lo único que aparecía es la mención de la dirección electrónica o postal de la sociedad intermediaria o del vendedor y la utilización de la lengua alemana dado que era la lengua del vendedor. Para que pudiera haberse considerado que había indicios de que el vendedor quería establecer relaciones comerciales con clientes domiciliados en la Unión Europea debían concurrir otros indicios como, la mención del número de teléfono con indicación del prefijo internacional, la utilización de una lengua distinta del alemán o la mención de una clientela internacional compuesta de clientes domiciliados en diferentes Estados miembros.

**39.** En definitiva, si el juez nacional que está conociendo de su posible competencia judicial internacional considera que existe una «voluntad» del vendedor de «dirigir» su actividad al Estado miembro del consumidor, la aplicación del art. 15.1.c) Reglamento 44/2001 implica la protección del «consumidor pasivo», que es el consumidor que ha sido «asaltado» en el país de su domicilio por un profesional domiciliado en otro Estado miembro. Queda sin «protección jurisdiccional» el «consumidor activo», consumidor que se desplaza a otro Estado comunitario para adquirir bienes o servicios, a menos que se trate de una venta a plazos de mercaderías o préstamo a plazos, caso en el que siempre está protegido, como acabamos de ver. En el supuesto de que el consumidor se considere activo, este no puede demandar en el país de su domicilio, pues el empresario no penetró en su mercado, sino que es el consumidor el que acudió al mercado del empresario; por ello, el consumidor debe correr con el riesgo de litigar en el país en cuyo mercado se sumerge voluntariamente. El art. 15.1c) Reglamento 44/2001 cubre «todo tipo de contrato»: ventas, alquileres, préstamos, licencias, permutas, etc. Se incluyen los contratos de *Time-Sharing*<sup>41</sup>. En lo relativo a la contratación electrónica, se incluyen los

<sup>41</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Operaciones internacionales de consumo», en A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ

contratos que consisten en adquisición de licencias de uso de *software* por Internet, acceso a servidores, acceso a *forum* virtual, etc<sup>42</sup>. No se consideran «contratos de consumo» y, por tanto, no están protegidos por la Sección 4ª, Título II del Reglamento 44/2001, los siguientes contratos: contratos de transporte, salvo el caso de los que, por un precio global, ofrecen una combinación de viaje y alojamiento, que sí se benefician de la protección aludida (Considerando 32 Reglamento Roma I). Se aplica, por tanto, a los contratos de «viajes combinados» (STJCE 26 febrero 1992, as. C280/90, *E. Hacker v. Euro-Relais GmbH*)<sup>43</sup>. No se aplica tampoco a los contratos de seguros, que disponen de reglas *ad hoc* en el Reglamento 44/2001 (Sección 3ª, Título II); a los contratos cubiertos por el art. 22.1 Reglamento 44/2001, como los contratos de «arrendamiento de inmuebles»; ni a los supuestos en los que, aunque interviene un consumidor, no ha llegado nunca a celebrarse formalmente un contrato (STJCE 20 enero 2005, *Petra Engler vs. Janus Versand GmbH*).

## B) Mera posibilidad de acceso a Internet: referencia a los contratos electrónicos de consumo

**40.** Una de las cuestiones más importantes que plantea la Abogado General en sus conclusiones de 18 de mayo de 2010, es el fin por el que se modificó el art.13.1.3 del Convenio de Bruselas de 1968 cuando se transformó en el art. 15.1.c) del Reglamento 44/2001. Para la Abogado General estaba claro: fue modificado para incluir los contratos celebrados en el ámbito del comercio electrónico. Pero el riesgo de considerar que la mera posibilidad de acceso a Internet pudiera significar una actividad dirigida al país del domicilio del consumidor conllevó una respuesta muy negativa respecto a las pequeñas y medianas empresas. Si se interpretaba que el simple hecho de utilizar Internet para hacer publicidad o promover sus actividades era una acción dirigida a los Estados de los consumidores, las empresas podrían ver recortadas sus posibilidades de demandar en caso de litigio. El Tribunal de Justicia deja muy claro en las conclusiones de la Sentencia de 7 de diciembre de 2010, sin embargo, que el mero hecho de que pueda accederse a la página web del vendedor en el Estado miembro del domicilio del consumidor es insuficiente para considerar que dirige su actividad a tal Estado miembro, en el sentido del art. 15.1.c) Reglamento 44/2001.

**41.** Sin embargo, la Abogado General va más allá y en los puntos 60 a 74 de sus conclusiones, la Sra. Verica Trstenjak, desarrolla minuciosamente esta idea partiendo de cuatro métodos hermenéuticos distintos: interpretación literal, teleológica, histórica y sistemática del concepto de actividad «dirigida» en el sentido del art. 15.1.c) Reglamento 44/2001, en el ámbito del comercio electrónico. Para ello, tiene en cuenta, en cada uno de los métodos utilizados, si realmente es necesario distinguir entre los sitios web interactivos y los sitios web pasivos. Dicho de otro modo, la Abogado General diferencia entre sitios web activos y pasivos como un elemento más para interpretar si la mera posibilidad de acceso a Internet se puede considerar una actividad dirigida al domicilio del demandado en el sentido del art. 15.1.c) Reglamento 44/2001 dependiendo de si el sitio web es activo o pasivo<sup>44</sup>. Los sitios web activos o interactivos son aquellos que permiten la celebración directa del contrato a través e la página web, mientras que los sitios pasivos no permiten la celebración del contrato. Aunque el Tribunal de

(DIRS.), *Derecho Internacional privado vol.II*, 12ª ed., Granada, Comares, 2011/2012, pp. 807-838; N. DOWNES PEIRÚ, «La protección del consumidor en los contratos de utilización de inmuebles a tiempo compartido en los Convenios de Bruselas y de Lugano», en *La revisión de los Convenios de Bruselas de 1968 y Lugano de 1988 sobre competencia judicial internacional y ejecución de resoluciones judiciales: una reflexión preliminar española*, Barcelona, Marcial Pons, 1998, pp. 265-273; M. FALLON / J. MEEUSEN, «Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé», *RCDIP*, 2002, pp. 435-490.

<sup>42</sup> C. GRINGAS, *The Laws of the Internet*, London, Butterworths, 1997, p. 39.

<sup>43</sup> P.A. NIELSEN, «Art. 15 Brussels I Regulation», en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (ED.), *Brussels I Regulation*, 2ª ed., Selp, Munich, 2012, p. 383; M.V. CUARTERO RUBIO, «Viajes combinados internacionales y responsabilidad contractual de la agencia de viajes: una aproximación conflictual», *REDI*, 1995, vol. XLVII, pp. 81-118.

<sup>44</sup> *Vid.*, sobre el concepto de sitio web interactivo y pasivo, L.E. GILLIES, «Jurisdiction for Consumer Contracts», *Computer Law & Security Report*, nº 6, 2001, p. 397; H. GAUDEMET-TALLON, «Le juge compétent», en D. FASQUELLE / P. DEUNIER, *Le droit communautaire de la consommation: Bilan et perspectives*, La documentation française, Paris, 2002, p. 228; J. S.T. OREN, «International jurisdiction over consumer contracts in e-Europe», *International and comparative law quarterly*, nº 3, 2003, p. 684;

Justicia en su sentencia de 7 de diciembre de 2010 no acoge esta diferenciación entre los sitios web pasivos y los sitios web activos para dictar su fallo, es muy interesante el estudio que hace la Abogado General, puesto que se trataba de un tema muy controvertido en la doctrina que sí se había dado cuenta del problema y que había intentado solucionarlo sobre la base de la aplicación del art. 1.5.1.c) Reglamento 44/2001<sup>45</sup>.

Es una pena que finalmente el Tribunal de Justicia no acogiera las conclusiones de la Abogado General en este término hasta el punto de ni siquiera mencionarse en la sentencia, pero dado la importancia de este tema se hará brevemente un pequeño estudio sobre si es o no importante que el sitio web sea activo para que se pueda considerar que la actividad esta dirigida al país del domicilio del consumidor a los efectos de aplicar el art. 15.1.c) Reglamento 44/2001.

- 1º. Desde el punto de vista de una interpretación literal del concepto de actividad «dirigida» no es necesario distinguir entre los sitios de Internet interactivos y los pasivos, puesto que el art. 15 Reglamento 44/2001 no menciona los diversos tipos de Internet.
- 2º. En el marco de la interpretación teleológica del concepto de actividad «dirigida» es necesario realizar una ponderación entre el interés del consumidor, que quiere que sea competente el juez de su domicilio, y el interés el vendedor, que se opondrá a la competencia de dicho juez si no ha decidido conscientemente dirigir su actividad a un Estado miembro o ejercerla en él. Si el legislador comunitario hubiera querido que la mera existencia de la página web fuera condición suficiente para dar competencia a los tribunales del domicilio del consumidor, no hubiera exigido «la acción de dirigir la actividad». Por tanto, el concepto de actividad «dirigida» no puede depender del medio técnico utilizado para la celebración del contrato, más si cabe porque muchas veces, en la práctica, es difícil determinar el límite entre los sitios interactivos y los pasivos.
- 3º. De la interpretación histórica no cabe deducir de forma inequívoca el significado y la extensión del concepto de actividad «dirigida» a través de sitios de Internet. De hecho, las instituciones no consiguieron ponerse de acuerdo sobre el alcance que debía atribuirse al concepto de actividad «dirigida». Así, en la exposición de motivos de la Propuesta del Reglamento 44/2001, la Comisión señaló que el sitio de Internet debía ser interactivo, accesible en el Estado del domicilio del consumidor<sup>46</sup>. Sin embargo, en el curso del procedimiento legislativo y como consecuencia de las muchas desavenencias sobre el art. 15.1.c) Reglamento 44/2001, el Parlamento y la Comisión adoptaron una declaración conjunta en la que se señaló que el mero hecho de que un sitio Internet sea accesible no basta para que resulte aplicable el art. 15 Reglamento 44/2001, puesto que es necesario que dicho sitio invite a la celebración de contratos a distancia y que se haya celebrado uno de esos contratos, por el medio que fuere, aunque no fuera electrónico<sup>47</sup>.
- 4º. En el ámbito de la interpretación sistemática, el Considerando 24 del Reglamento Roma I establece que, siendo coherente con el Reglamento 44/2001, el concepto de «actividad dirigida» para proteger al consumidor debe ser objeto de una interpretación uniforme en el Reglamento 44/2001 y en el Reglamento Roma I. Hay que tener en cuenta que este Considerando no establece una distinción entre sitios Internet interactivos y pasivos, por lo que la dirección de la actividad no debe limitarse únicamente a los sitios Internet interactivos, sino que este concepto debe ser más amplio, como por ejemplo, cuando el contrato se celebra por fax, o por cualquier otro medio a distancia.

<sup>45</sup> A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*, Madrid, Colex, 2001, pp. 87-88; P.A. NIELSEN, «Art. 15 Brussels I Regulation», en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (ED.), *Brussels I Regulation*, 2ª ed., Selp, Munich, 2012, p. 381.

<sup>46</sup> P.A. NIELSEN, «Art. 15 Brussels I Regulation», en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (ED.), *Brussels I Regulation*, 2ª ed., Selp, Munich, 2012, p. 381.

<sup>47</sup> *Vid.* Declaración conjunta del Consejo y de la Comisión relativa a los artículos 15 y 73 del Reglamento nº 44/2001 en [http://ec.europa.eu/civiljustice/homepage/homepage\\_ec\\_de\\_declaration.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/homepage/homepage_ec_de_declaration.pdf).

**42.** De las conclusiones de la Abogado General, se deducen claramente dos ideas a) que la mera posibilidad de acceder al sitio Internet en el Estado miembro del domicilio del consumidor no basta para afirmar que una actividad está «dirigida» a dicho Estado, en el sentido del art. 15.1.c) Reglamento 44/2001; y b) que el sitio de Internet sea activo o pasivo no es importante para entender que la actividad va dirigida al país del consumidor, considerando que aunque el concepto de actividad dirigida no es tan amplio como para incluir la mera posibilidad de acceder a la página a través de Internet, «si bien es posible dirigir la actividad a través de sitios internet interactivos como pasivos» (punto 76 de las conclusiones del Abogado general). Dicho de otro modo, que el sitio web sea pasivo no significa que el consumidor no pueda demandar en el país de su domicilio. Aunque la simple publicidad en internet no signifique que hay una actividad dirigida al país de su domicilio, si hay indicios suficientes para considerar que la actividad sí va dirigida conscientemente al país del domicilio del consumidor, éste no pierde la protección del art. 15.1.c) Reglamento 44/2001 porque no se pueda celebrar el contrato electrónicamente.

En definitiva, desde el punto de vista de los contratos electrónicos de consumo lo importante no es que el contrato se puede celebrar *online*, sino que se pueda entender que el vendedor dirige conscientemente su actividad al domicilio del país del consumidor para celebrar un contrato, aunque no sea electrónico, incluso aunque no sea a distancia. De ahí que no sea importante que el sitio web sea interactivo o pasivo, pues según las circunstancias del caso un sitio web pasivo puede ser equivalente a dirigir actividades comerciales o profesionales a otros Estados miembros<sup>48</sup>. Sin embargo, parte de la doctrina entiende que si el sitio web es pasivo y, por tanto, no permite adquirir productos *online*, no existiría *Stream-of-Commerce*, es decir, no se entendería que el empresario dirige su actividad mediante Internet al país del domicilio del consumidor. Aunque la publicidad comercial sea visible en un país, la imposibilidad de actuar de modo interactivo *online* para adquirir productos o servicios revelaría la voluntad del vendedor de «no entrar» en el mercado nacional de que se trate. Por eso, el consumidor que contrata con estas condiciones no se vería protegido por el art. 15.1.c) Reglamento 44/2001 y no podría demandar en el país de su propio domicilio como consumidor, sino que se arriesga a tener que demandar al empresario en el país de su domicilio, *ex arts. 2 y 5.5* Reglamento 44/2001<sup>49</sup>. Hoy esta postura estaría superada con la STJUE de 7 de diciembre de 2010, puesto que lo importante es que el contrato se celebre no que dicha celebración se haga por medios electrónicos o por Internet. Así, en el apartado 79 el TJUE declara expresamente que no es importante distinguir entre las páginas web que permiten ponerse en web interactivo y las páginas web que no ofrecen esta posibilidad, puesto que no solo las primeras deben incluirse en la categoría de las que permiten ejercer una actividad «dirigida» a otros Estados miembros. Lo importante es que la página web mencione una dirección postal u otros datos del vendedor para que el consumidor tenga la posibilidad de ponerse en contacto con él para celebrar un contrato, por medios electrónicos o por cualquier otro medio a distancia, como por fax o por correo postal.

**43.** Ahora bien no hay que olvidar que una de las modalidades más importantes de los contratos internacionales de consumo son los concluidos de forma electrónica, normalmente a través de Internet, los llamados contratos *B2C (Business to Consumer)* y que está totalmente claro que el art. 15.1.c) Reglamento 44/2001 fue modificado para incluir los contratos celebrados en el ámbito del comercio electrónico. El comercio electrónico puede ser entendido como la contratación a través de Internet, o de modo más amplio, como toda actividad de intercambio de datos por medios electrónicos (EDI)<sup>50</sup>. Los contratos electrónicos pueden ser de dos tipos, teniendo en cuenta los intervinientes, *Business to Business* o co-

<sup>48</sup> P.A. NIELSEN, «Art. 15 Brussels I Regulation», en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (ED.), *Brussels I Regulation*, 2ª ed., Selp, Munich, 2012, pp. 381-382.

<sup>49</sup> A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*, Madrid, Colex, 2001, p. 89.

<sup>50</sup> A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*, Madrid, Colex, 2001, p. 32; E. CAPRIOLI / R. SORIEUL, «Le commerce international électronique: vers l'émérgence de règles juridiques transnationales», *JDI Clunet*, 1997-2, pp. 323-402; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, p. 271; C. KESSEDIAN, «Electronic data interchange, internet and electronic commerce», *Preliminary Document n. 7 of April 2000*, Hague Conference on Private International Law, The Hague, 2000, pp. 16-17; M. VARGAS URRUTIA, «Recientes iniciativas y propuestas para la reglamentación del comercio electrónico», *RCE*, núm. 4, 2000, pp. 25-67.



mercado electrónico entre profesionales o empresas, y *Business to Consumer* o comercio electrónico entre empresas y consumidores<sup>51</sup>.

**44.** Ahora bien, los arts. 15 a 17 Reglamento 44/32001 no contienen soluciones específicas para los contratos de consumo celebrados *online*, en materia de competencia judicial internacional (tampoco el art. 6 Reglamento Roma I, sobre ley aplicable a los contratos de consumo) ni las Directivas específicas protectoras de los consumidores. Ni siquiera la Directiva 2000/31 de 8 de junio de 2000 relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) [*Diario Oficial n° L 178 de 17/07/2000, pp. 1-16*] ni la Ley de transposición de dicha Directiva en el ordenamiento jurídico español la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de *comercio electrónico*, (en adelante la LSSI) regulan las cuestiones de Derecho internacional privado relativas a la determinación de la competencia judicial internacional y a la determinación de la Ley aplicable a los contratos *B2C*. El legislador comunitario fue muy consciente de ello.

**45.** La Directiva sobre comercio electrónico parte de la importancia de proteger a los consumidores en esta modalidad de contratación, señalando en su Considerando 7 que «es fundamental para garantizar la seguridad jurídica y la confianza de los consumidores que la presente Directiva establezca un marco claro y de carácter general para determinados aspectos jurídicos del comercio electrónico en el mercado interior»; y en su Considerando 11 que «la presente Directiva no afecta al nivel de protección, en particular, de la salud pública y de los intereses de los consumidores fijados en los instrumentos comunitarios». Entre estos instrumentos comunitarios se citan las Directivas comunitarias en materia de consumidores, como la de contratos a distancia, o la de la publicidad engañosa y comparativa<sup>52</sup>.

El art. 1.4 de la Directiva sobre comercio electrónico señala que «*la presente Directiva no establece normas adicionales de Derecho internacional privado ni afecta a la jurisdicción de los tribunales de justicia*». Esta aclaración ya se señalaba en el Considerando 23 de la Directiva al establecer que «no es objetivo de la presente Directiva fijar normas adicionales de Derecho internacional privado relativas a conflictos entre legislaciones y no afecta a la jurisdicción de los tribunales de justicia»<sup>53</sup>.

**46.** No existen normas especiales en la determinación de los tribunales competentes en materia de contratos electrónicos cuando interviene un consumidor. Por ello hay que aplicar las normas de competencia judicial internacional tradicionales aplicables a los contratos en los que interviene un consumidor, con independencia de que sean o no electrónicos. Sin embargo, esta no fue la idea inicial pues en los trabajos llevados a cabo en la Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior del Parlamento Europeo se incluyeron varias enmiendas al art. 17 Reglamento 44/2001 para introducir reglas específicas de competencia judicial internacional aplicables a los contratos de consumo *online* diferentes a las aplicables al resto de los contratos de consumo. En concreto, en el Informe Final de esta Comisión de 18 de septiembre de 2000 se incorporó un nuevo art. 17 bis aplicable a los contratos concluidos a distancia por procedimiento electrónico, en virtud del cual el consumidor aceptaba acudir a litigar ante los tribunales del Estado de domicilio del profesional siempre que éste hubiera previsto y aceptado que cualquier reclamación se llevaría con anterioridad a un sistema extrajudicial de solución de litigios debidamente reconocido con efectos vinculantes. Pero además se exigía que el consumidor, antes de la conclusión del contrato aceptara específicamente y por separado que sólo podría litigar contra el profesional en su domi-

<sup>51</sup> A.R. DEL ÁGUILA, *Comercio electrónico y estrategia empresarial*, Madrid, 2000, pp. 35 y ss; G. BOTANA GARCÍA, «Notión de Comercio Electrónico», en G. A. BOTANA GARCÍA (Coord.), *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, La Ley, Madrid, 2001, pp. 61-62; E. FERNÁNDEZ GÓMEZ, *Comercio electrónico*, Mc Graw Hill, Madrid, 2002, pp. 36-37; M.D. RIVERO GONZÁLEZ, «El comercio electrónico con consumidores en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE)», *Revista de Gestión Pública y Privada*, núm. 8, 2003, p. 223.

<sup>52</sup> M.E. CLEMENTE MEORO, «La protección del consumidor en los contratos electrónicos», *Noticias de la Unión Europea*, n° 211/212, agosto/septiembre de 2002, p.3.

<sup>53</sup> R. PINOCHET OLAVE, *Contratos electrónicos y defensa del consumidor*, Marcial Pons, Barcelona, 2001, pp. 120-121.

cilio y, en ningún caso, en el Estado miembro del domicilio del consumidor<sup>54</sup>. Finalmente este precepto no se aprobó porque, en realidad, con esta enmienda no se quería potenciar el comercio electrónico sino promocionar los sistemas alternativos de solución de diferencias y, en ningún caso, podía ir detrimento de la protección concedida al consumidor, como parte débil y desprotegida del contrato *online*.

47. El art. 15.1.c), aunque no se aplica exclusivamente a los contratos celebrados por medios electrónicos, presenta especial relevancia en los contratos de consumo electrónicos. El art. 15.1.c) Reglamento 44/2001 sólo protege a los consumidores pasivos, aunque hay quienes consideran a los consumidores que contratan por Internet como auténticos consumidores activos<sup>55</sup>. Sin embargo, el art. 15.1.c) Reglamento 44/2001 parte de la idea contraria y por ello los incluye dentro de los sujetos consumidores que merecen ser protegidos por la normativa comunitaria. A esta conclusión es a la que llega el TJUE en su sentencia de 7 de diciembre de 2010 siempre que se den dos grandes condiciones:

1º Se desprenda claramente que de la actividad global del empresario, antes de la celebración del contrato con el consumidor e incluso antes de la existencia de las páginas web, tenía intención de comerciar con consumidores domiciliados en otros Estados miembros, entre ellos el del domicilio del consumidor.

2º El juez nacional debe comprobar que existen indicios que permitan considerar que la actividad del vendedor está dirigida al Estado miembro del consumidor. En cualquier caso, el mero hecho de que pueda accederse a la página web del vendedor en el Estado miembro del domicilio del consumidor, la simple mención de una dirección electrónica y de otros datos o la mera utilización de una lengua o una divisa que son las habitualmente empleadas en el Estado miembro en el que está establecido el vendedor es insuficiente.

## 2. Foros objetivos de protección del consumidor

48. El art. 16 Reglamento 44/2001 dispone de foros objetivos que protegen al consumidor<sup>56</sup>. Este régimen particular beneficioso para el consumidor se debe a que el consumidor se considera una parte del contrato económicamente más débil y jurídicamente menos experimentada que la otra parte (STJCE 19 enero 1993, C89-91, *Shearson Lehmann Hutton Inc. v. TVB Treuhandgesellschaft für Vermögensverwaltung und Beteiligungen mbH*).

<sup>54</sup> E. FERNÁNDEZ MASÍA, «Contratos de consumo y competencia judicial internacional en el Reglamento comunitario 44/2001», *Estudios sobre Consumo*, núm. 63, 2002, pp. 21-22.

<sup>55</sup> R. SCHU, «The Applicable Law to Consumer Contracts Made Over the Internet: Consumer Protection Through Private International Law», *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 5, 1997, pp. 192-229.

<sup>56</sup> *Vid.* sobre los foros de protección del consumidor recogidos por el Reglamento 44/2001, R. ARENAS GARCÍA, «Tratamiento jurisprudencial del ámbito de aplicación de los foros de protección en materia de contratos de consumidores del Convenio de Bruselas de 1968», *REDI*, 1996-I, pp. 39-70; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Operaciones internacionales de consumo», en A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), *Derecho Internacional privado vol.II*, 12ª ed., Granada, Comares, 2011-2012, pp. 809-819; E. Castellanos Ruiz, *Régimen jurídico de los consumidores: competencia judicial internacional y ley aplicable*, Granada, Comares, 2010, pp. 1-22; M.V. CUARTERO RUBIO, «Viajes combinados internacionales y responsabilidad contractual de la agencia de viajes: una aproximación conflictual», *REDI*, 1995, vol. XLVII, pp. 81-118; E. FERNÁNDEZ MASÍA, «Contratos de consumo y competencia judicial internacional en el Reglamento 44/2001», *Estudios sobre consumo*, núm.63, 2002, pp. 9-24; E. GAMBARO / N. LANDI, «Consumer Contracts and Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters», *European Business Law Review*, 2006-5, pp. 1355-1371; S. JODLOWSKI, «Les conventions relatives à la prorogation et à la derogation à la compétence internationale en matière civile», *RCADI*, vol.143, 1974; A. KLEINKNECHT, *Die verbraucherschützenden Gerichtsstände im deutschen und europäischen Zivilprozessrecht*, Münster, 2007; J.J. MARTÍN ARRIBA, «El derecho de los consumidores comunitarios a ser asesorados y a acceder a la justicia», *La Ley (CE)*, núm.91, 30.XI.1994, pp. 1-4; J. NORMAND / F. BALATE, «Relations transfrontalières et consommation: Quels(s) juge(s) et quelle(s) loi(s)?», *Cah.DE*, vol.26, 1990, pp. 273-351; A. RODRÍGUEZ BENOT, «La contratación electrónica en el tráfico externo», en L. COTINO HUESO (coord.), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 195-199; M. PELICHET, «La vente internationale de marchandises et le conflit de lois», *RCADI*, vol.201, 1987, pp. 9-210; K. SACHSE, *Der Verbrauchervertrag im internationalen Privatund Prozessrecht*, Tübingen, 2006; M. TAMBURINI, «Unificazione del diritto internazionale privato e tutela del consumatore nel contesto europeo», *Studi M.Giuliano*, Padova, 1989, pp. 869-879; E. TEUBER, *Die internationale Zuständigkeit bei Verbraucherstreitigkeiten*, Frankfurt am Main, Lang, 2003; H. UNBERATH / A. JOHNSTON, «The Double-Headed Approach of the ECJ concerning Consumer Protection», *CMLR*, 2007, pp. 1237-1284.

**49.** En los supuestos en los que el contrato cumpla con los requisitos impuestos por el art. 15 Reglamento 44/2001, el consumidor puede demandar al empresario, a su elección, ante cualquiera de los siguientes tribunales, siempre que el consumidor y profesional estén domiciliados en un Estado participante en el Reglamento 44/2001 (STJCE 15 septiembre 1994, *Brenner*)<sup>57</sup>:

- a) Tribunales del Estado miembro en que estuviera domiciliado el empresario (art. 16 Reglamento 44/2001). Para la precisión del domicilio de las personas físicas y jurídicas se aplican los arts. 59 y 60 Reglamento 44/2001. Hay que tener en cuenta que cuando el profesional o empresario no tenga su domicilio en un Estado miembro, pero poseyera una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará para todos los litigios relativos a su explotación que está domiciliado en dicho Estado (art. 15.2 Reglamento 44/2001). Es el tradicional criterio del «domicilio del demandado» que facilita la ejecución de la sentencia, al tener normalmente el empresario su patrimonio en el país de su domicilio.

En el ámbito del comercio internacional *Business to Consumer* (B2C), este foro debe ser objeto de una «lectura electrónica»: si el empresario profesional demandado se identifica en su *webpage* con un «domicilio aparente» diferente a su «domicilio real», habrá que estimar que el consumidor demandante debe poder demandar tanto en el *país del domicilio ficticio*, como en el país del *domicilio real* del empresario profesional.

- b) Tribunales del país en el que estuviera domiciliado el consumidor. Se trata del criterio *Forum Actoris*. Este foro de competencia judicial internacional es, también, un foro de competencia territorial, que se corresponde con el domicilio del actor-consumidor: «*lugar en que estuvo domiciliado el consumidor*» (art. 16 Reglamento 44/2001). La idea que inspira este foro es rebajar los costes del consumidor en el acceso a la Justicia: puede litigar ante los tribunales del lugar donde está domiciliado, sin necesidad de «desplazarse» a un país extranjero para demandar al profesional<sup>58</sup>. Así, en el asunto *Pammer* como el demandante era el consumidor podía elegir entre acudir a los tribunales del Estado miembro del domicilio del demandado (Alemania) o acudir a los tribunales del domicilio del propio consumidor (Austria), que fue por la solución que optó, *ex art.* 16.1 Reglamento 44/2001.

En ambos casos, en el caso de contratación electrónica B2C, es indiferente la situación física de los ordenadores desde los que se contrata y es indiferente también la situación física del servidor en el que se aloja una *webpage* que permite la contratación electrónica B2C.

**50.** Si es el empresario el demandante que litiga contra el consumidor sólo podrá interponer la demanda ante los tribunales del Estado miembro en que estuviera domiciliado el consumidor (art. 16.2 Reglamento 44/2001). Se garantiza así la protección del consumidor *online* que sólo puede verse demandado en el país de su domicilio, sin que tenga que desplazarse para defenderse ante los tribunales. Así en el asunto del *Hotel Alpenhof*, el consumidor era el demandado, por lo que el Hotel solo podía demandar al Sr. Heller en el país de su domicilio (Alemania) *ex art.* 16.2 Reglamento 44/2001.

También pueden el consumidor y la empresa acudir a los tribunales expresamente pactados entre ellos. Pero, para ello, es preciso que tales pactos sean posteriores al nacimiento del litigio o permitie-

<sup>57</sup> A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*, Madrid, Colex, 2001, pp. 84-86; E. FERNÁNDEZ MASÍÁ, «Contratos de consumo y competencia judicial internacional en el Reglamento 44/2001», *Estudios sobre consumo*, núm.63, 2002, pp. 19-20.

<sup>58</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Operaciones internacionales de consumo», en A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (DIRS.), *Derecho Internacional privado vol.II*, 12ª ed., Granada, Comares, 2011-2012, p. 812; M. FOSS / L.A. BYGRAVE, «International Consumer Purchases through the Internet Jurisdictional Issues pursuant to European Law», *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 8, 2000, p. 18; G. KAUFMANN-KHOLER, «Internet: mondialisation de la communication – mondialisation de la résolution des litiges» en, K. BOELE-WOELKI / C. KESSEDJIAN (EDS), *Internet, Which Court decides? Which Law Applies? Quel tribunal décide? Quel droit s'applique?*, The Hague, Kluwer, 1998, p. 139.

ren al consumidor formular demandas ante tribunales distintos de los indicados en el Reglamento o que habiéndose celebrado entre un consumidor y su cocontratante, domiciliados o con residencia habitual en el mismo Estado miembro en el momento de la celebración del contrato, atribuyeren competencia a los tribunales de dicho Estado miembro, a no ser que la ley de éste prohibiere tales acuerdos (art. 17 Reglamento 44/2001). En el caso de contratos electrónicos de consumo *Business to Consumer* cabe la *elección online* del tribunal estatal competente siempre que se cumplan varios requisitos<sup>59</sup>. En primer lugar, el contenido de la cláusula de sumisión debe ser *accesible* a través de una pantalla de ordenador y debe poderse conservar la información y el programa informático que permita acceder al pacto de sumisión. En segundo lugar, no es preciso que la *sumisión online* venga *firmada* por ambas partes, siempre que se deduzca de documentos escritos o electrónicos, la inequívoca voluntad de las partes de someterse a unos concretos tribunales estatales. En tercer lugar, en el caso de «sumisión electrónica» contenida en «condiciones generales de la contratación», el contrato debe remitir expresamente a dichas «condiciones generales» y una persona con una diligencia normal debe poder controlar la existencia y contenido real de tales «condiciones generales». Ello se cumple en dos casos: cuando se abre en la pantalla del ordenador, de forma automática, una «ventana» que contiene las «condiciones generales de la contratación», de forma que el adherente puede leer, directamente, tales «condiciones», y cuando las páginas *web* contienen un *link*, claramente visible, que conduce a visionar el contenido de las «condiciones generales de la contratación». La sumisión tácita a los tribunales de un Estado parte en el Reglamento 44/2001 (art. 24 Reglamento 44/2001) es plenamente operativa en la contratación con consumidores. En el caso de contratos electrónicos de consumo B2C, cabe la *elección online* del tribunal estatal competente.

## V. A modo de conclusión

**51.** En conclusión, este tercer inciso del art. 15.1 Reglamento 44/2001 está previsto, fundamentalmente, para los «contratos de consumo *online*», pero no exclusivamente. Lo importante es que exista la celebración de un contrato con independencia del medio por que se haga.

El art. 15.1.c) *in fine* Reglamento 44/2001 impone la «carga de litigar» en el país del domicilio del consumidor a la empresa que dirige sus actividades a dicho país: *Stream-Of-Commerce Rule* o *Country-Of-Destination Rule*. La consecuencia más importantes es que son competentes los tribunales del Estado a cuyo mercado «se dirige» el empresario mediante actos comerciales concretos (*mercado de conquista*). El empresario es el que desea asaltar comercialmente un mercado y, por ello, debe correr con el riesgo de ser demandado en ese mercado de conquista.

Para ello, el juez nacional que está conociendo del litigio deberá comprobar que existen indicios suficientes de que un profesional dirige su actividad comercial al Estado miembro del domicilio del consumidor. En cualquier caso, el mero acceso a la página web del vendedor no se considera suficiente, teniendo en cuenta que, la diferencia entre páginas web activas y páginas web pasivas es irrelevante para determinar si existe una actividad dirigida *ex art. 15.1.c)* Reglamento 44/2001.

---

<sup>59</sup> A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en Internet*, Madrid, Colex, 2001, p. 86; E. FERNÁNDEZ MASIÁ, «Contratos de consumo y competencia judicial internacional en el Reglamento 44/2001», *Estudios sobre consumo*, núm. 63, 2002, pp. 20-23.

# EL VALOR DE LOS INCOTERMS PARA PRECISAR EL JUEZ DEL LUGAR DE ENTREGA

ESPERANZA CASTELLANOS RUIZ

*Profesora titular de Derecho internacional privado  
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 09.07.2012 / Aceptado: 16.07.2012

**Resumen:** El art. 5.1.b) Reglamento 44/2001 establece que son competentes para conocer de los litigios derivados de un contrato de compraventa internacional los tribunales del «lugar de entrega», según el contrato, en cuanto «lugar de ejecución de la obligación que sirve de base a la demanda». Los Incoterms facilitan y fijan claramente el lugar de entrega de las mercancías dependiendo del Incoterms utilizado, por ello la STJUE de 9 de junio de 2011, en el caso *Eurosteel Europe*, los ha utilizado para determinar el Tribunal competente. El problema más grave se plantea cuando las partes no pactan el lugar de entrega. En este caso, se estudian las distintas soluciones posibles para determinar el lugar de entrega: Incoterms, Convención de Viena de 1980, Reglamento Roma I..., y sus posibles consecuencias jurídicas. Sin olvidar que los Incoterms también se han utilizado como *Lex contractus*.

**Palabras clave:** art. 5.1.b) Reglamento 44/2001, art. 31 Convención de Viena de 1980, contrato de compraventa internacional, lugar de entrega pactado, Incoterms, lugar de entrega en defecto de pacto, entrega material, destino final de la operación de compraventa, transmisión de riesgos.

**Abstract:** The art. 5.1.b) of Council Regulation (EC) N° 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters states that have jurisdiction to hear in disputes arising from a contract of the sales of goods the courts of «the place of delivery», «under the contract», as «the place of performance of the obligation in question». Incoterms provide and fix clearly the place of delivery of goods depending on Incoterms used, so the STJUE of 9 June 2011, in the case *Eurosteel Europe*, have been used to determine the competent court. The most serious problem arises when the parties do not compromise the delivery location. In this case, we study the various possible solutions to determine the place of delivery: Incoterms, United Nations Convention on the International Sale of Goods of April 1980, Rome I Regulation..., and possible legal consequences. Not forgetting that Incoterms also have been used as *Lex contractus*.

**Key words:** art. 5.1.b) of Council Regulation 44/2001, art. 31 CISG, international sale of goods, place of delivery under the contract, Incoterms, the final destination of the sales transaction, transfer of risks.

**Sumario:** I. Introducción. II. Determinación del lugar de entrega ex art. 5.1.b) Reglamento 44/2001. 1. Consideraciones introductorias. 2. Individualización directa de los tribunales competentes por el lugar de entrega. 3. Valor jurídico de un Incoterm para determinar el lugar de entrega. A) Incoterms 2010: concepto. B) Cuestiones reguladas y no reguladas por los Incoterms 2010. C) Clasificación de los Incoterms 2010. a) Según el transporte utilizado. b) Según que el lugar designado sea donde se produzca la transmisión de los riesgos. 4. Valor jurídico de los Incoterms para determinar una estipulación tácita del lugar de entrega. 5. Valor jurídico de los Incoterms como *lex contractus*. A) Por jueces y tribunales estatales. B) Por Tribunales arbitrales. III. Determinación del lugar de la entrega en defecto de una cláusula contractual. 1. Consideraciones introductorias. 2. Aplicación de las soluciones de la Convención de Viena de 1980 en defecto de un Incoterm. IV. El asunto *Electrosteel Europe SA contra Edil Centro SpA*. 1. Determinación del lugar de entrega por inclusión de un Incoterm. 2. Determinación del lugar de entrega por los Incoterms 2010 en ausencia de una estipulación contractual que determine el lugar de entrega. V. A modo de conclusión.

## I. Introducción

1. El objeto de este trabajo se centra en la determinación de los jueces y tribunales que pueden declararse competentes para conocer de un litigio derivado de una compraventa internacional de mercaderías en el ámbito de la Unión Europea, cuando las partes acuerdan incluir un Incoterm<sup>1</sup>. Dicho de otro modo, si la inclusión de un Incoterm en el contrato de compraventa internacional de mercancías puede individualizar los tribunales competentes por el lugar de entrega *ex art. 5.1.b) Reglamento 44/2001 sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*<sup>2</sup>. Este tema es particularmente bienvenido por la reciente entrada en vigor de los nuevos Incoterms 2010 de la Cámara de Comercio Internacional, que se aplican a partir del 1 de enero de 2011 y que han reemplazado a los Incoterms 2000<sup>3</sup>.

El art. 5.1 Reglamento 44/2001 señala: «Las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro: 1) a) en materia contractual, ante el tribunal del lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda; b) a efectos de la presente disposición, y salvo pacto en contrario, dicho lugar será: cuando se tratare de una compraventa internacional de mercaderías, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hubieren sido o debieran ser entregadas las mercaderías; c) cuando la letra b) no fuere aplicable, se aplicará la letra a)».

2. Este problema ha sido abordado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) en la sentencia de 9 de junio de 2011, asunto C-87/10, *Electrosteel Europe SA contra Edil Centro SpA*. En esta sentencia el Tribunal de Justicia, aunque aporta una aclaración muy útil sobre los usos y prácticas del comercio internacional a la hora de determinar el tribunal competente por el lugar de entrega, comete graves errores a la hora de interpretar dónde debe entenderse realizada la entrega en defecto de pacto. Lo más decisivo es que el Tribunal de Justicia confirma que los Incoterms determinan el lugar de entrega en el contrato de compraventa internacional de mercancías y es aplicable para determinar la competencia judicial internacional *ex art. 5.1.b) del Reglamento 44/2001*<sup>4</sup>. En realidad, no se trata de

<sup>1</sup> Vid. sobre este tema E. CASTELLANOS RUIZ, «Competencia judicial internacional sobre venta internacional: art. 5.1 del R. 44/2001» en, *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, Colex, 2006, pp. 105-149.

<sup>2</sup> Publicado en el DOCE L 12 de 16 de enero de 2001.

<sup>3</sup> Vid. los Incoterms 2010 en *Publicación n.º 715, CCI*.

<sup>4</sup> R. BALDI, «Sull'art. 5.1 della Convenzione di Bruxelles», *Foro Padano*, 1987, pp. 219-224; E. CASTELLANOS RUIZ, «Competencia judicial internacional sobre venta internacional: art. 5.1 del R. 44/2001» en, *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, Colex, 2006, pp. 105-149. G.A.L DROZ, «Delendum est forum contractus?, (vingt ans apres les arrêts *De Bloos et Tessili* interprétant l'article 5, de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)», *Recueil Dalloz*, 1997, doct., p. 135; A. FONT I SEGURA, «La competencia de los tribunales españoles en materia de contratos internacionales», *Revista jurídica de Catalunya*, 2006-2, pp. 79-112; P. FRANZINA, «Obbligazioni di non fare e obbligazioni eseguibili in piú luoghi nella convenzione di Bruxelles del 1968 e nel Regolamento 44/2001», *RDIPP*, 2002, pp. 391-406; ID., *La giurisdizione in materia contrattuale (l'art.5 n.1 del regolamento n.44/2001/CE nella prospettiva della armonia delle decisioni*, Cedam, Padova, 2006; M. GUZMÁN ZAPATER, «El lugar de ejecución de los contratos internacionales como criterio determinante de la competencia judicial internacional», *La Ley CE*, n.24, 1987, pp. 1-4; I. HEREDIA CERVANTES, «El nuevo foro contractual del Reglamento 44/2001», *Revista Española de Derecho Europeo*, n. 9, 2004, pp. 55-84; V. HEUZÉ, «Des quelques infirmités congénitales du droit uniforme: l'exemple de l'article 5.1 de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968», *RCDIP*, 2000, pp. 595 ss.; F. JAULT, «Commentaire de l'article 5-1 du règlement de Bruxelles I», *Petites Affiches*, 29 mayo 2002, pp. 16 ss.; T. LYNKER, *Der besondere Gerichtsstand am Erfüllungsort in der Brüssel I-Verordnung (Art. 5 Nr. 1 EuGVVO)*, Frankfurt am Main, Lang, 2006; P. MANKOWSKI, «Art. 5 Brussels I» en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (eds.), *European Commentaries on Private International Law. Brussels I Regulation*, 2ª ed., European Law Publishers, Alemania, 2012, pp. 88-294, esp. pp. 144-194; J. MASEDA RODRÍGUEZ, «Algunas consideraciones respecto de los arts. 5.1. y 17 CB», *La Ley CE*, 27 mayo 1997, pp. 12-14; A. MOURRE, «Trente ans après la convention de Bruxelles: bilan et perspectives de la jurisprudence concernant la détermination de la jurisdiction compétente en matière contractuelle», *RDAI*, 1999, pp. 385-409; ID., «La communitarisation de la coopération judiciaire en matière civile», *RDAI*, 2001-6, pp. 700-792; H. MUIR-WATT, «Peut-on sauver le for européen du contrat?», *Revue générale des procédures*, 1998, pp. 371 ss.; J.I. PAREDES PÉREZ, «Algunas consideraciones en torno al alcance de la noción autónoma de contrato en Derecho internacional privado comunitario», *REDI*, 2006, pp. 319-330; F. SALERNO, «L'incidenza del diritto applicabile nell'accertamento del *forum destinatae solutionis*», *RDIPP*, 1995, pp. 76-121; ID., «La nozione autonoma del titolo di giurisdizione in materia contrattuale», *RDIPP*, 2008, pp. 381 y ss.; B. SUJECKI, «Bestimmung des zuständigen Gerichts gem. Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVO bei mehreren Erfüllungsorten in einem Mitgliedstaat», *EWS*, 2007, pp. 398-402.

una novedad, pues la doctrina española y extranjera ya habían puesto de manifiesto esta afirmación, pero sirve para poner fin al debate doctrinal relativo a ese asunto<sup>5</sup>.

3. Teniendo en cuenta las observaciones realizadas, en primer lugar se estudiará el valor jurídico de la referencia a un Incoterm en relación con la obligación de «entrega de la mercancía» y, por tanto, la transmisión de los riesgos del vendedor al comprador. A continuación, se tratará el valor de los Incoterms en defecto de pacto y cómo se localiza el lugar de entrega si las partes no lo acuerdan el contrato. Y, por último, se estudiarán las soluciones dadas para ambos supuestos por el TJUE en la Sentencia de 9 de junio de 2001, en el caso *Electrosteel Europe*. Hay que pensar que todas las consideraciones que se hagan al respecto tienen como fin determinar el juez competente por el lugar de entrega, *ex art. 5.1.b) Reglamento 44/2001*.

## II. Determinación del lugar de entrega *ex art. 5.1.b) Reglamento 44/2001*

### 1. Consideraciones introductorias

4. Esta sentencia sirve para volver a recordar y traer a colación las dificultades que existen en el plano jurídico para localizar el juez del lugar de entrega dentro de la Unión Europea. Dentro de estas dificultades se encuentra la interpretación del «lugar de entrega» como lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda cuando se trata de un contrato de compraventa internacional de mercaderías, *ex art. 5.1.b) Reglamento 44/2001*.

En concreto, el Tribunale Ordinario di Vicenza planteó el 15 de febrero de 2010 una cuestión prejudicial al TJUE, en relación con el asunto C- 87/10, *Edil Centro SpA / Electrosteel Europe SA*, en la que se preguntaba por la interpretación del art. 5.1.b) Reglamento 44/2001, que establece el lugar de cumplimiento de la obligación, cuando se trata de una compraventa de mercaderías sobre la posibilidad de varias formas de determinar el lugar, «según el contrato», donde hubieren sido o debieren ser entregadas las mercancías<sup>6</sup>. El Tribunal italiano se pregunta si el lugar de la entrega, pertinente a efectos de determinar el juez competente es:

- 1º el lugar de destino final de las mercaderías objeto del contrato; o
- 2º el lugar en el que el vendedor se libera de la obligación de entrega, con arreglo a la normativa sustantiva aplicable al caso concreto; o
- 3º si se puede buscar otro lugar con una interpretación distinta del art. 5.1.b) Reglamento 44/2001.

5. Para entender la solución a la que llega el TJUE es necesario tener en cuenta varios datos que la doctrina ya había puesto de manifiesto con anterioridad<sup>7</sup>.

1º El art. 5.1 del Reglamento 44/2001 introduce una gran novedad en el foro relativo a la materia contractual al señalar que cuando el contrato sea una compraventa internacional de mercaderías el lugar donde debe cumplirse la obligación que sirve de base a la demanda es el lugar donde deben ser entregadas las mercaderías, con independencia de que la obligación incumplida sea el pago. Dicho de otro modo, es la obligación característica del contrato y no la obligación litigiosa la que se toma en consideración para determinar el tribunal competente<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> *Vid.* sobre este tema E. CASTELLANOS RUIZ, «Competencia judicial internacional sobre venta internacional: art. 5.1 del R. 44/2001» en, *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, Colex, 2006, pp. 105-149.

<sup>6</sup> *Vid.* la cuestión prejudicial en, *DOCE C 100/30* de 17 de abril de 2010.

<sup>7</sup> *Vid.* sobre este tema E. CASTELLANOS RUIZ, «Competencia judicial internacional sobre venta internacional: art. 5.1 del R. 44/2001» en, *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, Colex, 2006, pp. 105-149.

<sup>8</sup> H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et execution des jugements en Europe. Règlement n° 44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano*, 3ª ed., París, LGDJ, 2002, parágrafo 198; P. MAYER / V. HEUZÉ, *Droit international privé*, 8ª ed., 2004, París, Montchrestein, parágrafo 339.

En realidad, se trata de una competencia judicial internacional muy amplia, pues el tribunal del lugar del Estado donde se hayan entregado o deban ser entregadas las mercancías es el competente para conocer de todos los litigios derivados del contrato de compraventa internacional de mercancías, con independencia de la obligación incumplida<sup>9</sup>. Así lo ha puesto de manifiesto el TJUE en varias sentencias: STJUE de 3 de mayo de 2007, asunto C- 386/05, *Color Drack*; STJUE de 9 de julio de 2009, asunto C- 204/08, *Rehder* y STJUE de 25 de febrero de 2010, asunto C- 381/08, *Car Trim GmbH*.

La simplificación operada por el art. 5.1.a) del Reglamento 44/2001 en relación con el art. 5.1 del Convenio de Bruselas es considerable y bienvenida. No hace falta determinar la obligación litigiosa, ni buscar si es o no autónoma en virtud de la *lex causae*. Tampoco hace falta, en la hipótesis de una pluralidad de obligaciones litigiosas, identificar la obligación principal o si todas las obligaciones litigiosas pueden ser concentradas ante un solo tribunal.

2º Esta competencia especial del juez del lugar de entrega del art. 5.1.b) Reglamento 44/2001 es alternativa a la competencia general del domicilio del demandado, *ex art. 2* Reglamento 44/2001, y cede frente a las cláusulas atributivas de competencia de sumisión expresa y tácita, *ex arts. 23 y 24* Reglamento 44/2001, respectivamente. Además determina la concreta competencia territorial, si necesidad de acudir al Derecho procesal del foro.

3º La solución del art. 5.1.b) se aplica «salvo pacto en contrario», por lo que las partes pueden decidir que sea el lugar de ejecución de la obligación litigiosa la que se tome en cuenta para determinar el tribunal competente en materia de compraventa internacional y no el de la obligación que caracteriza la compraventa<sup>10</sup>. En definitiva, el art. 5.1.b) abandona la solución del caso *Tessili* que obligaba al juez a buscar la Ley aplicable al contrato según sus normas de conflicto y a localizar su ejecución en el lugar fijado por la *lex contractus*, a través de una determinación material del lugar de ejecución que hay que tomar en consideración<sup>11</sup>.

**6.** El art. 5.1, en sus apartados b) y c), del Reglamento 44/2001 distingue dos tipos de soluciones para poder determinar el tribunal competente en materia de compraventa internacional de mercaderías diferenciando dos supuestos de hecho distintos:

- 1º) Cuando las partes individualizan directamente en el contrato de compraventa internacional de mercaderías el lugar de entrega de las mercaderías, como por ejemplo a través de la inclusión de un Incoterm, siempre que dicho lugar se encuentre en el territorio de los Estados miembros del Reglamento 44/2001. En este caso la determinación del tribunal competente se fija por el apartado b) del art. 5.1 del Reglamento 44/2001.
- 2º) Cuando las partes realizan un «pacto en contrario» estimando que cada obligación tiene su lugar de cumplimiento o no han fijado previamente el lugar de entrega de las mercaderías porque, por ejemplo, no han hecho referencia a ningún Incoterm, o a pesar de haberlo fijado, el lugar pactado de la entrega de las mercaderías se encuentra en un país en el que no se aplica el Reglamento 44/2001. En este caso, la solución prevista para individualizar directamente el lugar de ejecución de la obligación que sirve de base a la demanda, establecida en el apartado b) del art.5.1 del Reglamento, no puede operar y hay que volver a la solución tradicional conflictualista aplicable «en materia contractual» —apartado a) del art. 5.1 del Reglamento 44/2001— tal y como se establece en el apartado c) del art. 5.1 del Reglamento 44/2001.

**7.** En ambos casos hay que resolver dos cuestiones previas que se solucionan de forma distinta dependiendo del supuesto de hecho concreto: cuál es la «obligación que sirve de base a la demanda» y cuál es el «lugar de cumplimiento» de la obligación que sirve de base a la demanda.

<sup>9</sup> Vid. C.M. RADTKE, «Le juge du lieu de livraison», *Revue Lamy droit des affaires*, n° 64, 2011, p. 63.

<sup>10</sup> H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et execution des jugements en Europe. Règlement n° 44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano*, 3ª ed., París, LGDJ, 2002, parágrafo 201.

<sup>11</sup> C. BRUNEAU, «Les règles européennes de compétence en matière civile et commerciale. Règl. Cons. CE n° 44/2001, 22 déc. 2000», *JCP*, 2001, I, parágrafo 11.



## 2. Individualización directa de los tribunales competentes por el lugar de entrega

8. Cuando las partes pactan en el contrato el lugar de entrega de las mercaderías surge el problema de cuál es la «obligación que sirve de base a la demanda». Con la redacción actual del art. 5.1 del Reglamento 44/2001 la *obligación que sirve de base a la demanda* en los contratos de compraventa internacional de mercaderías es siempre la *entrega de las mercaderías* (art. 5.1.b). No importa, a estos efectos, el lugar de ejecución de la prestación pecuniaria, aunque ésta hubiera sido la obligación incumplida o litigiosa. En este caso se identifica la obligación que sirve de base a la demanda con la obligación de entrega.

9. Es muy importante determinar el contenido de la obligación de entrega de las mercaderías porque constituye el presupuesto para la determinación del tribunal competente. En este sentido, el Reglamento 44/2001 fija directamente la obligación que sirve de base a la demanda por el lugar convenido en la entrega, sin necesidad de acudir a las normas de Derecho internacional privado españolas para determinar el lugar de ejecución de la obligación litigiosa<sup>12</sup>. El tratamiento particular reservado a los contratos de compraventa internacional -y a los contratos de prestación de servicios- es prueba de la realidad económica y jurídica del momento. Estos contratos son, en efecto, los más frecuentes en el comercio internacional. Además suponen instrumentos que fomentan la exportación. Así se acaba con una de las críticas que se le hacía al art. 5.1 del Convenio de Bruselas de 1968 —que fue sustituido por el Reglamento 44/2001— en relación a la determinación del tribunal competente en la ejecución de las obligaciones dinerarias, pues realmente se trata de un elemento poco significativo para poder tener la fuerza de determinar el juez competente. Esta solución supone un adelanto en relación al desarrollo de la exportación, pues se beneficia al contratante que más expone a nivel internacional, el vendedor, aunque sólo sea en los casos previstos por el art. 5.1.b) del Reglamento 44/2001.

10. En cuanto al «lugar de cumplimiento» de la obligación que sirve de base a la demanda será el lugar de entrega de las mercaderías «pactado» por las partes en el contrato compraventa. La precisión del lugar de entrega en un contrato de compraventa internacional es esencial, pues se identifica el lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda con el lugar de entrega de las mercaderías. La definición del lugar de ejecución de la obligación principal del vendedor de entregar la mercancía se corresponde con una noción jurídica<sup>13</sup>.

Cuando se celebra un contrato de compraventa internacional de mercancías las partes deben o, al menos así deberían hacerlo, precisar con claridad el lugar de entrega, puesto que implica el reparto entre las obligaciones del vendedor de entregar las mercancías en el lugar designado y las del comprador de ir a recoger las mercancías en tal lugar. Además, alrededor del cumplimiento de la obligación de entrega se organiza la transmisión de los riesgos, de tal modo que una vez que se entiende cumplida la obligación de entrega, el vendedor transmite los riesgos al comprador.

El problema es que a menudo el lugar de entrega fijado en el contrato se confunde, en la redacción de los documentos comerciales, con el lugar de destino, otro lugar físico en el que se hace la entrega material de las mercancías al comprador, a su llegada. En una venta a distancia esta entrega al comprador no se realiza jamás por el vendedor, sino por un transportista contratado al efecto. Muchas veces, incluso, en los supuestos en los que existe transporte de las mercancías, el riesgo es del comprador desde el lugar de entrega fijado en el contrato hasta el lugar de destino.

11. Ahora bien, hay que tener en cuenta que la entrega y la transmisión de los riesgos pueden estar definidos de forma diferente dependiendo de la Ley aplicable al contrato de compraventa internacional. Por eso es muy importante para las partes saber en qué lugar el vendedor cumple su obligación de entrega física de las mercancías y, por tanto, en cuál se transmiten los riesgos. En función del Derecho aplicable al contrato de compraventa internacional, este lugar podrá ser el del local del vendedor, en el local del comprador o en cualquier otro lugar distinto. El Derecho aplicable a los contratos de compraventa internacional se determina por el Reglamento 593/2008 de 17 junio 2008 sobre la ley aplicable a

<sup>12</sup> *IBID.*, parágrafo 11.

<sup>13</sup> C. M. RADTKE, «Le juge du lieu de livraison», *Revue Lamy droit des affaires*, n° 64, 2011, p. 63.

las obligaciones contractuales (denominado «Reglamento Roma I») o por la Convención las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (en adelante CV)<sup>14</sup>.

El Reglamento Roma I entró en vigor el 17 de diciembre de 2009, excepto su art. 26 que se empezó a aplicar a partir del 17 de junio de 2009<sup>15</sup>. Todos los contratos que se hayan firmado a partir de esa fecha quedan regulados por dicho Reglamento Roma I.

Ahora bien, junto al Reglamento Roma I, España es parte de la Convención de Viena de 1980 que regula específicamente los contratos de compraventa internacional de mercancías, en vigor para España desde el 1 de agosto de 1991<sup>16</sup>. Se trata de uno de los instrumentos normativos uniformes más importantes en materia de contratos internacionales, no en vano está en vigor en 78 países entre los que se encuentran la mayoría de los Estados miembros del Reglamento Roma I. Sólo Malta, Irlanda, Portugal y el Reino Unido no son parte de la Convención de Viena. El resto de los Estados miembros de la Unión Europea son parte de la Convención en materia de compraventa internacional. Hay que tener muy presente que, en todo caso, la Convención de Viena indica que su aplicación no «perjudica» la aplicación de otros Convenios o textos internacionales (art. 90 CV)<sup>17</sup>.

Dado que el Reglamento Roma I y la Convención de Viena de 1980 regulan el contrato de compraventa internacional, surge la pregunta de cuál prevalece en su aplicación. Aunque son muchos los problemas que puede plantear este interrogante, a mi modo de ver la Convención de Viena de 1980 debe prevalecer sobre la aplicación del Reglamento Roma I. Por eso, en caso de conflicto, los jueces españoles aplicarán siempre, en primer lugar, la Convención de Viena de 1980, al tratarse de una norma especial en materia de contratos de compraventa internacional de mercaderías y porque lo regula de forma material y sustantiva. El Reglamento Roma I, sin embargo, regula todo tipo de contratos internacionales incluido el de compraventa sobre la base de normas de conflicto. De tal modo que, no se regula de forma material y sustantiva los aspectos relativos al contrato de compraventa internacional de mercancías, sino que remite su solución a un Derecho aplicable concreto. Así, el art. 3 Reglamento Roma I establece que las partes son libres de elegir la ley aplicable a su contrato internacional, a través de un pacto de *lege utenda*. Y, en defecto de pacto sobre la Ley aplicable, se regula por la ley de la residencia habitual del vendedor, *ex art. 4.1.a)* Reglamento Roma I. De este modo, el Derecho internacional privado de Derecho uniforme especial y material prima sobre el general y conflictual<sup>18</sup>.

Sin embargo, existen algunos casos en los que prima la aplicación del Reglamento Roma I sobre la Convención de Viena de 1980 a la hora de determinar la ley aplicable a un contrato de compraventa internacional<sup>19</sup>: a) cuando las partes que celebran el contrato de compraventa no tienen establecimientos en distintos Estados contratantes (art. 1.1.a] CV) y la aplicabilidad de dicho Convenio está condiciona-

---

<sup>14</sup> Sobre la determinación de la legislación aplicable a los contratos de compraventa internacional de mercaderías, *vid., per omnia*, E. CASTELLANOS RUIZ, «El Convenio de Roma de 1980 ante los tribunales españoles: Balance de 15 años de vigencia», en A.L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ (Dir.), *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización*, Madrid, 2008, pp. 121-188, conccr. pp. 139 y 144-151; *Id.*, *El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Granada, 2009, pp. 163 y ss. Sobre las relaciones entre el Reg. Roma I y Convenios internacionales que contienen normas de conflicto sobre obligaciones contractuales, que es una cuestión distinta a la anterior, *vid., ad ex.*, P. FRANZINA, «Las relaciones entre el Reglamento Roma I y los Convenios internacionales sobre conflictos de leyes en materia contractual», *CDT*, vol. 1, n° 1, Marzo 2009, pp. 92-101.

<sup>15</sup> *DOUE* n° L 177 de 4 de julio de 2008. *Vid.*, sobre el Reglamento Roma I, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El Reglamento «Roma I» sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?», *Diario La Ley*, n° 6957, sección Doctrina, 30 de mayo de 2008.

<sup>16</sup> *BOE* n° 26, de 30 de enero de 1991; correc. de errores, *BOE* n 282, de 22 de noviembre de 1996.

<sup>17</sup> Sobre los problemas de interpretación que plantea el art. 90 CV, *vid.*, F. FERRARI, «What Sources of Law for Contracts for the International Sale of Goods? Why One Has to Look Beyond the CISG», *International Review of Law and Economics*, sept. 2005, pp. 314-314.

<sup>18</sup> Sobre la solución a este conflicto, *vid., per omnia*, E. CASTELLANOS RUIZ, «El Convenio de Roma de 1980 ante los tribunales españoles: Balance de 15 años de vigencia», en A.L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ (Dir.), *La Unión Europea ante el Derecho de la Globalización*, Madrid, 2008, pp. 121-188, conccr. pp. 139 y 144-151; *Id.*, *El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a los contratos internacionales y su aplicación por los tribunales españoles*, Comares, Granada, 2009, pp. 163 y ss.

<sup>19</sup> A.L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: Cuestiones es-cogidas», *Cuadernos de Derecho Transnacional. CDT*, vol. 1, n° 2, Octubre 2009, pp. 52-133.

da a la designación de la ley de un Estado contratante por las normas de conflicto (art. 1.1.b], CV); b') cuando las partes acuerdan su exclusión total o parcial (art. 6 CV); c') cuando, para integrar sus lagunas, es necesario recurrir a la legislación interna de un Estado (art. 7.2 CV), que no puede ser designada más que por una norma de conflicto; d') cuando se trata de cuestiones excluidas de la Convención de Viena de 1980 (arts. 4 y 5 CV); e') cuando se trata de ventas excluidas del ámbito de aplicación material de la Convención de Viena de 1980 (art. 2 CV).

Pues bien, de aplicarse la Convención de Viena de 1980, su art. 31.a) dispone que en defecto de acuerdo entre las partes, la entrega se entiende realizada cuando el contrato de compraventa implique el transporte de las mercaderías, al ponerlas en poder del primer transportista para que las traslade al comprador

**12.** El problema que se plantea, cuando las partes pactan el lugar de entrega, es si es necesario valorar la validez de ese pacto conforme a la *Lex contractus* designada por las normas de Derecho internacional privado del país cuyos tribunales conocen del asunto. Dichas normas de Derecho internacional privado en materia de contratos de compraventa internacional son, como acabamos de ver, las contenidas en el Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales para las compraventas internacionales de mercaderías excluidas del ámbito de aplicación de la Convención de Viena de 1980 y en la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías para las compraventas internacionales siempre que se cumpla con el requisito de que las partes que celebran el contrato de compraventa tengan establecimientos en distintos Estados y no se haya uso del poder de las partes de excluir la aplicación de la Convención de Viena a un contrato de compraventa internacional incluido en su ámbito de aplicación, con arreglo a lo dispuesto en el art. 6 CV. Ambas normativas convencionales otorgan plena libertad a las partes para fijar el lugar de entrega de las mercaderías, por lo que actúan con carácter subsidiario para los casos en los que los contratantes no han pactado el lugar de entrega. El acreedor además siempre podrá instar su demanda ante los tribunales del lugar del domicilio del deudor por incumplimiento de sus obligaciones contractuales (art. 2 del Reglamento 44/2001).

**13.** Para llegar a una solución correcta hay que tener en cuenta que el art. 5.1 b) del Reglamento 44/2001 señala que el lugar de la entrega de las mercaderías, a efectos de determinar el tribunal competente, se debe hacer «según el contrato». Si el lugar de entrega se estipula por las partes, el art. 5.1.b) es aplicable para designar el tribunal competente por el lugar contractualmente fijado, pero si el lugar de entrega no se acuerda el art. 5.1.b) es inaplicable y hay que volver al art. 5.1.a) del Reglamento 44/2001. En este último caso sí será necesario acudir al Derecho aplicable al contrato para determinar el lugar de cumplimiento de la obligación que sirve de base a la demanda.

Sin embargo, esta no ha sido la única solución propuesta y han sido varias las soluciones que han dado a este problema: a) Siguiendo la jurisprudencia del caso *Tessili* algunos autores consideran que será la *lex causae* la que determinará la validez de la cláusula de determinación de la entrega de las mercaderías<sup>20</sup>. b) Ahora bien, hay otros autores que se inclinan por la aplicación de la *lex fori* para determinar el lugar de entrega en la determinación de los tribunales competentes en materia de compraventa internacional<sup>21</sup>. c) Otros, sin embargo, proponen que la «entrega» se produce cuando las mercaderías llegan a disposición material del comprador. No es relevante, por tanto, cuál sea el lugar de entrega según la *lex causae*<sup>22</sup>. d) Por último, parte de la doctrina ha considerado que se podían aplicar las soluciones de los Incoterms en lo relativo a la entrega de las mercaderías, dependiendo de que las compraventas sean

<sup>20</sup> A favor de esta postura, *vid.*, E. CASTELLANOS RUIZ, «Competencia judicial internacional sobre venta internacional: art. 5.1 del R. 44/01/2001» en, *Estudios sobre contratación internacional*, Madrid, Colex, 2006, pp. 105-149; P. GOTHOT / D. HOLLEAUX, *La Convención de Bruselas de 27 septiembre 1968 (Competencia judicial y efectos de las decisiones en el marco de la CEE)*, La Ley, 1986, pp. 46-49.

<sup>21</sup> J-P. BERAUDO, «Le Règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale», *JDI*, n.4, 2001, p. 1044; V. HEUZÉ, «Des quelques infirmités congénitales du droit uniforme: l'exemple d l'article 5.1 de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968», *RCDIP*, 89 (4), octubre-diciembre 2000, p. 620.

<sup>22</sup> D. ALEXANDRE / A. HUET, «Règlement Bruxelles I (Matières civile et commerciale)», *Rep. internat. Dalloz*, enero 2003, p. 31, parágrafo 160; A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Contratos internacionales I», en A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 12ª ed., Granada, Comares, 2011-2012, pp. 595-596, donde se cita la Sentencia del Tribunal de Rovereto, Italia, de 2 de septiembre de 2004, a favor de esta postura.

directas, a la llegada o a la salida, o compraventas indirectas, tanto cuando de forma expresa se incluya en el contrato un Incoterm como cuando, aunque no se incluya, sea de aplicación la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías en lo referente a la entrega de las mercaderías en defecto de pacto (art. 31 CV) y a lo referente a la aplicación de los usos y prácticas utilizados por las partes tanto objetiva como subjetivamente (art. 9 CV)<sup>23</sup>.

**14.** La Convención de Viena de 1980, a diferencia del Reglamento Roma I, al ser un texto de Derecho uniforme material, soluciona en la propia norma los problemas de determinación de lugar de ejecución de las obligaciones litigiosas, tanto cuando hay un pacto de entrega como en defecto de pacto. Se deduce del art. 31 CV que la obligación de entrega consiste en la entrega material de las mercaderías o su puesta a disposición del comprador. El tratamiento de esta obligación se regula en las reglas previstas para su ejecución (arts. 31 a 34).

Ahora bien, las disposiciones de la Convención relativas al lugar y al momento de la entrega están llamadas a aplicarse como reglas subsidiarias, pues la inclusión en el contrato de estipulaciones expresas entre las partes sobre estos puntos, normalmente a través de la elección de un Incoterm, prima sobre la aplicación de la Convención de Viena (art. 9 CV), que tiene carácter dispositivo (art. 6 CV).

### 3. Valor jurídico de un Incoterm para determinar el lugar de entrega

#### A) Incoterms 2010: concepto

**15.** Una de las formas más comunes y más sencillas de determinar el lugar de entrega en el comercio internacional es a través de la remisión a un Incoterm. Los Incoterms (*International Chamber of Commerce Trade Terms*) son una serie de usos y prácticas comerciales codificados y elaborados por la Cámara de Comercio Internacional que regulan la interpretación de los vocablos más utilizados en la compraventa internacional, en relación a la obligación de la entrega de la cosa y su procedimiento, la transferencia de los riesgos y de los gastos y la facilitación de documentos. Las reglas Incoterms son un conjunto de términos comerciales internacionales de tres letras (FOB, CIF...) que reflejan usos empresariales en los «contratos de compraventa de mercaderías», codificados por la Cámara de Comercio Internacional y son reconocidos ante los tribunales como una referencia a las reglas Incoterms, en tanto que normas del comercio internacional<sup>24</sup>.

La primera vez que la Cámara de Comercio Internacional publicó estos usos y prácticas mercantiles fue en 1936 con el fin de interpretar los términos comerciales más utilizados en las transacciones internacionales. Desde esta fecha se han modificado con el fin de adaptarlos a las prácticas comerciales en vigor en 1953, 1967, 1976, 1980, 1990, 2000 y 2010. Incluso UNCITRAL recomendó el uso de los Incoterms 2000 pues considera que este conjunto de definiciones comerciales armonizan las Leyes que gobiernan el comercio internacional y los califica «como una valiosa contribución a la facilitación del comercio internacional». La redacción vigente de los Incoterms es de 2010 y se aplican desde el 1 de enero de 2011, reemplazando la aplicación de los Incoterms 2000. En esta última redacción se han simplificado los términos comerciales en torno a cuatro categorías: cláusulas E, cláusulas F, cláusulas C y cláusulas D<sup>25</sup>.

**16.** Los contratantes pueden optar por incluir un Incoterm rígidamente preestablecido o alterar su contenido.

En el primer caso, hay que resaltar la importancia de incluir no sólo el Incoterm concreto sino también la frase «Incoterms© 2010» porque así los contratantes saben perfectamente, de antemano, que

<sup>23</sup> A favor de esta postura *vid.* J-P. BERAUDO, «Le Règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale», *JDI*, n.4, 2001, p. 1044.

<sup>24</sup> *Vid.* A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Contratos internacionales I», en A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 12ª ed., Granada, Comares, 2011-2012, p. 671; E. JOLIVET, «Incoterms in the Arbitral Awards of the International Chamber of Commerce» en, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 21, nº 2, 2010, p. 48.

<sup>25</sup> M. MEDINA DE LEMUS, *La venta internacional de mercaderías*, Madrid, Tecnos, 1992.

sus obligaciones están perfectamente delimitadas en el texto oficial relativo a los Incoterms elaborado por la Cámara de Comercio Internacional. Para que el Incoterm elegido funcione correctamente además de la versión del año concreto utilizada, las partes deben designar un lugar o un puerto, de la forma más precisa posible (FOB Valencia, España, Incoterms 2010). De lo contrario, el Incoterm no tiene ningún valor. No sirve para nada. Sin embargo, la inclusión correcta de los Incoterms minimiza los problemas jurídicos relativos a los costes y al cumplimiento de las obligaciones de cada una de las partes, porque con el uso de un Incoterm formado por tres letras se definen muchos de los aspectos de las relaciones entre comprador y vendedor de una forma muy simple (FOB, CIF...). La estandarización y el nivel tan detallado de la explicación de cada uno de los Incoterms es una gran ventaja y supone un aliciente muy importante para su utilización.

En el segundo caso, no es necesario que se incluyan las cláusulas originales de los Incoterms tal y como se codifican por la Cámara de Comercio Internacional, sino que pueden tratarse de usos y costumbres que tomen prestados de los Incoterms algunos de sus elementos, como así se establece, por ejemplo, en el art. 23.1.c) Reglamento 44/2001 cuando regula la forma en que pueden realizarse los pactos atributivos de competencia judicial<sup>26</sup>. Las partes, por tanto, pueden alterar el significado concreto de un Incoterm adaptándolo a su contrato<sup>27</sup>. Sin embargo, para evitar problemas de interpretación por parte de los tribunales que están conociendo del caso, es mejor incluir un Incoterm tal y como están originalmente codificados, porque así se evitan muchos problemas interpretativos sobre aspectos muy importantes que se regulan por lo Incoterms, como el lugar de entrega o la transmisión de los riesgos —como a continuación se verá—.

**17.** Ahora bien, hay que tener en cuenta que los Incoterms no regulan todos los aspectos de la compraventa internacional de mercaderías y que, como veremos, su regulación pivota sobre la obligación de entrega y la consiguiente transmisión de los riesgos. También hay que destacar que los Incoterms se aplican sólo a los contratos de compraventa de mercaderías. No se aplican ni a los contratos de transporte ni a los contratos de seguro; por mucho que se mencionen en el reparto de los costes entre el vendedor y el comprador y por mucho que, en realidad, los Incoterms más utilizados son aquellos en los que el contrato de compraventa lleva consigo un transporte internacional. Los Incoterms, en definitiva, no regulan las relaciones entre transportista y comprador o vendedor ni las relaciones entre la Compañía aseguradora y el comprador o vendedor, sino única y exclusivamente algunos aspectos concretos y perfectamente fijados por la Cámara de Comercio Internacional, de las relaciones entre el exportador —vendedor— e importador —comprador—.

## **B) Cuestiones reguladas y no reguladas por los Incoterms 2010**

### **18.** ¿Qué cuestiones regulan los Incoterms?

Los Incoterms describen principalmente las obligaciones, costes y riesgos que implica la «entrega» de las mercancías de los vendedores a los compradores. Dicho de otro modo, los Incoterms sólo se pueden aplicar en relación con una compraventa de mercaderías, que, normalmente será internacional, aunque los Incoterms 2010 hacen una mención expresa de su aplicación también a las compraventas internas<sup>28</sup>. Aunque son muy importantes, no regulan todos los aspectos del cumplimiento del contrato de compraventa de mercaderías.

<sup>26</sup> El art. 23.1.c) Reglamento 44/2001 dispone: «...Tal acuerdo atributivo de competencia deberá celebrarse: ...c) en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conocieren o debieren conocer y que, en dicho comercio, fueren ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado...». Vid., sobre este particular, P. MANKOWSKI, «Art. 5 Brussels I» en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (eds.), *European Commentaries on Private International Law. Brussels I Regulation*, 2ª ed., European Law Publishers, Alemania, 2012, p. 164.

<sup>27</sup> Vid. A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Contratos internacionales I», en A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 12ª ed., Granada, Comares, 2011-2012, p. 671.

<sup>28</sup> Las razones que han llevado a la Cámara de Comercio Internacional a reconocer formalmente que los Incoterms son también aplicables a las compraventas internas son dos básicamente. Por un lado, porque las empresas cada vez más utilizan los Incoterms en los contratos puramente nacionales. Y, por otro lado, por la mayor disposición de los Estados Unidos a utilizar los Incoterms en el comercio interior antes que los términos de embarque y entrega anteriores del Código de Comercio Uniforme.

**19.** Las cuestiones que regulan los Incoterms son:

- 1º Lugar y condiciones de entrega de las mercancías
- 2º Transmisión de los riesgos del vendedor al comprador en el momento de la entrega
- 3º Reparto de costes, como los de seguro, flete o las licencias de importación...y entrega de documentos.

**20.** Las cuestiones que no regulan los Incoterms son:

- 1º El precio a pagar, el método de pago o el lugar del pago.
- 2º La transmisión de la propiedad de la mercancías.
- 3º La Ley aplicable al contrato de compraventa internacional en caso de un incumplimiento contractual que regulará aspectos como las acciones que tienen las partes en caso de incumplimiento contractual, los requisitos para determinar la existencia o validez del contrato o las cláusulas de exoneración de responsabilidad.
- 4º La Ley aplicable a la validez de las cláusulas atributivas de competencia. Sin embargo, sí influyen en la determinación del tribunal competente al fijar de modo muy preciso el lugar de entrega, lugar que es el que determina la competencia judicial de los tribunales miembros de la Unión Europea para conocer de cualquier litigio derivado de una compraventa internacional, *ex art. 5.1.b) Reglamento 44/2001*.
- 5º Todos los contratos conexos que se firman y giran alrededor del contrato de compraventa, como son el de seguro, transporte o almacenaje.

Todas estas cuestiones no reguladas por los Incoterms se regulan por la Ley aplicable al contrato de compraventa internacional, en virtud del Reglamento Roma I sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales o de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías.

**21.** En definitiva, todas las cuestiones que regulan los Incoterms se establecen sobre la base de la «entrega» de la mercancía. El concepto legal de «entrega» es el componente esencial de los Incoterms. La transferencia de los riesgos y los costes relativos a la compraventa se organizan alrededor de este concepto. El lugar de entrega se convierte así, en el «*critical point*»<sup>29</sup>. Los propios Incoterms 2010, con el fin de facilitar la aplicación de los mismos, establecen una lista con definiciones que sirven de orientación en los términos utilizados por los Incoterms. El más importante para este trabado es el concepto de «entrega» pues sobre esta obligación giran las obligaciones del comprador y del vendedor en cada uno de los 11 Incoterms 2010 recogidos por la Cámara de Comercio Internacional. El término «entrega» en las reglas Incoterms 2010 se utiliza para indicar dónde el riesgo de pérdida o de daños causados a las mercancías se transfiere del vendedor al comprador. Una de las principales ventajas de los Incoterms 2010 es que otorgan una definición física del lugar de entrega contractual y al mismo tiempo del lugar de la transmisión de los riesgos en cada uno de los Incoterms<sup>30</sup>. Hay que tener en cuenta que este concepto es simplemente orientativo y que está sujeto a los términos del contrato y, por supuesto, al Derecho aplicable al contrato de compraventa internacional.

**22.** Por ello, para evitar el riesgo de que el Derecho aplicable al contrato de compraventa internacional disponga una solución distinta a la recogida en los Incoterms, tanto en lo que se refiere a la entrega como en lo que se refiere a la transmisión de los riesgos, la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías, en vigor para España desde el 1 de agosto de 1991; en la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea —sólo Malta, Irlanda, Portugal y el Reino Unido no son parte de la Convención de Viena—, y en total en 78 países, recogió las soluciones de los Incoterms tanto en lo referente a la entrega como en lo referente a la transmisión de riesgos. De tal modo

<sup>29</sup> Vid. E. JOLIVET, «Incoterms in the Arbitral Awards of the International Chamber of Commerce» en, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 21, n° 2, 2010, p. 48.

<sup>30</sup> Vid. C.M. RADTKE, «Le juge du lieu de livraison», *Revue Lamy droit des affaires*, n° 64, 2011, p. 63.

que, aunque no se incluya un Incoterm, las soluciones son casi idénticas a las recogidas en los Incoterms, como se verá a continuación.

**23.** Así, según los Incoterms 2010 el lugar de entrega se entiende realizado:

El término EXW (*Ex Work*) significa que el vendedor cumple con la entrega de la mercancía y su puesta a disposición en el propio establecimiento del vendedor. Es lo que se denominan compraventas *en plaza* que están reguladas en el art. 31.c) CV.

El término D (*Delivered*) —DAF, DES, DEQ, DDU, DDP en la redacción de 2000 que se han reducido a DAT, DAP y DDP, en la redacción de 2010— significa que el vendedor debe soportar todos los gastos y riesgos necesarios para llevar las mercancías al país de destino, distinto al establecimiento del vendedor, elegido por el comprador. Es lo que se denominan compraventas directas *a la llegada* que están reguladas en el art. 31.b) CV.

El término F —FCA, FAS, FOB— significa que el vendedor cumple con la entrega de la mercancía poniéndola a disposición del medio de transporte escogido por el comprador. Es lo que se denominan compraventas indirectas o *con expedición* que están reguladas en el art. 31.a) CV.

El término C —CFR, CIF, CPT, CIP— también regula la entrega de la mercancía cuando la compraventa es *con expedición*, pero a diferencia del término F, el vendedor es el que debe contratar el transporte, pero no corre con el riesgo de pérdida o daño de las mercancías o costes adicionales debidos a hechos acaecidos después de la carga y despacho de la mercancía. Este tipo de compraventa está regulada en el art. 31.a) CV.

**24.** Como puede comprobarse en los Incoterms 2010 sólo en los Incoterms D se prevé que el lugar de entrega sea a la llegada en el país del comprador. En todos los demás Incoterms, E, F y C, la entrega tiene lugar inicialmente en el país del vendedor. En estos lugares de entrega definidos según el tipo de Incoterm además se traspasa el riesgo del vendedor al comprador. Así está claramente precisado en la columna A5 —«Transmisión de riesgos»— de cada Incoterm en lo que se refiere a las obligaciones del vendedor. La noción de «transmisión de riesgos» en los Incoterms 2010 hace referencia al riesgo de pérdida o daños causados a las mercancías. Lo que no se regula es el problema de la transmisión de la propiedad de las mercancías que se regirá por el Derecho aplicable al contrato de compraventa internacional de mercaderías.

La definición del lugar de entrega como el lugar de transmisión de los riesgos en cada uno de los Incoterms evita así una posible confusión si se tiene en cuenta que los diferentes Derechos aplicables pueden fijar en un lugar distinto al de la entrega la transmisión de los riesgos del vendedor al comprador. Las reglas Incoterms reflejan la práctica del comercio internacional en la gran mayoría de los casos, donde la entrega se lleva a cabo mucho antes de la entrega física de la mercancía al comprador, en destino. Ello es así porque en un contrato de compraventa internacional el transporte de las mercancías se lleva a cabo normalmente por un tercero, a través de un contrato de transporte internacional que celebra el comprador o el vendedor, según el Incoterm escogido. Por esta razón, en la mayoría de los Incoterms la entrega se entiende satisfecha cuando el vendedor entrega las mercancías físicamente al primer transportista o porteador. Así las reglas Incoterms 2010 responden, como sus versiones anteriores, a la necesidad de la práctica comercial internacional de dar una definición clara tanto del lugar de entrega como del lugar donde el vendedor cumple sus obligaciones contractuales de entrega.

### C) Clasificación de los Incoterms 2010

**25.** Se utilizan unos u otros Incoterms según el tipo de mercancía, los medios de transporte utilizados y sobre todo según la intención de las partes de imponer obligaciones adicionales como, por ejemplo, la obligación, para el vendedor o para el comprador, de organizar el transporte o el seguro. El Incoterm designado sólo puede funcionar si las partes designan un lugar o un puerto, de la forma más precisa posible. Si no tienen dicho lugar el Incoterm carece de valor (Ex Works, Paseo de la Estación, 31, Madrid, España, Incoterm 2010).

**26.** Con la modificación y revisión sufrida de las reglas Incoterms de 2000, son 11 las reglas Incoterms 2010. Se pueden clasificar según el medio de transporte utilizado para entregar la mercancía

y dependiendo de que el lugar designado implique el lugar de entrega y, por tanto, la transmisión de los riesgos del comprador al vendedor.

#### **a) Según el transporte utilizado**

**27.** Para cualquier medio de transporte y con independencia de que se utilicen uno o más modos de transporte se pueden utilizar los siguientes Incoterms: EXW —En Fábrica—, FCA —Franco Transportista—, CPT —Transporte Pagado hasta—, CIP —Transporte y Seguro Pagados hasta—, DAT —Entrega en Terminal—, DAP —Entrega en Lugar— y DDP —Entregada Derechos Pagados—.

**28.** Para cuando se utiliza el transporte marítimo y vías navegables interiores, siempre que tanto el lugar de entrega como el lugar de destino de las mercancías sean puertos, se pueden utilizar los siguientes Incoterms: FAS —Franco al Costado del Buque—, FOB —Franco a Bordo—, CFR —Coste y Flete— y CIF —Coste, Seguro y Flete—. En las cláusulas FOB, CFR y CIF todas las menciones a la borda del buque como punto de entrega se han suprimido a favor de la entrega de mercancía cuando esté «a bordo» del buque. Este cambio elimina la imagen, ya un poco anticuada, del riesgo oscilando de un lado a otro sobre una línea imaginaria perpendicular desde que la mercancía sale del muelle con un grúa hasta que definitivamente se posa dentro del buque.

#### **b) Según que el lugar designado sea donde se produzca la transmisión de los riesgos**

**29.** Los Incoterms en los que el lugar designado es el lugar de entrega y donde se transmite el riesgo del vendedor al comprador son los siguientes: EXW, FCA, DAT, DAP, DDP, FAS y FOB. Por ejemplo, si se incluye en el contrato de transporte una cláusula «FCA Puerto de Valencia, España, Incoterm 2010» significa que el lugar de entrega se realiza cuando la mercancía está a bordo del buque del primer transportista que se encuentra en el puerto de Valencia. En ese lugar se entiende realizada la entrega y se transmiten los riesgos del comprador al vendedor. Eso quiere decir que si las mercancías sufren pérdidas o deterioros durante el transporte hasta su destino final no es responsabilidad del vendedor sino del comprador. Para la determinación del tribunal competente por el lugar de entrega, esta cláusula implica que los tribunales de Valencia son los competentes para conocer de cualquier litigio derivado del contrato de compraventa internacional donde se encuentra incluida esta cláusula, con independencia de la obligación incumplida, por aplicación del art. 5.1.b) Reglamento 44/2001.

**30.** Los Incoterms en los que el lugar designado no es el lugar de entrega y donde se transmiten los riesgos, sino que se trata del lugar de destino hasta el que se paga el transporte son los siguientes: CPT, CIP, CFR y CIF. Así, por ejemplo, si se incluye la cláusula CIF Valencia, España, 2010 lo que significa es que el transporte lo paga el vendedor hasta el lugar de destino de la mercancía que es el puerto de Valencia, pero no significa que el lugar de entrega se realiza cuando llega al puerto de Valencia, sino cuando el vendedor pone las mercancías a bordo del primer transportista en el país de origen de la mercancía, por ejemplo el puerto de Génova, en Italia. En cuanto a la determinación, por tanto, del tribunal competente no se tiene en cuenta el lugar de Valencia sino el de Génova, que es donde se ha producido la entrega y donde se han transmitido los riesgos del vendedor al comprador. No hay que olvidar que la consecuencia más importante de realizar la entrega es la transmisión de los riesgos del vendedor al comprador, pues desde ese momento el comprador tiene la obligación de pagar la mercancía aunque no llegue a su destino final o llegue deteriorada.

#### **4. Valor jurídico de los Incoterms para determinar una estipulación tácita del lugar de entrega**

**31.** Un problema que se puede plantear es si los Incoterms pueden utilizarse para determinar una estipulación «tácita» del lugar de entrega cuando no hay una referencia expresa a los Incoterms. Este problema surge cuando se describen ciertas obligaciones de forma similar a como se hacen en los Incoterms, o se pactan ciertas obligaciones que son parte de un Incoterm concreto, o se hace referencia simplemente a la aplicación de la *lex mercatoria*.



**32.** A mi entender son perfectamente aplicables las soluciones de los Incoterms para determinar una estipulación tácita del lugar de entrega «según el contrato», *ex art.* 5.1.b) del Reglamento 44/2001, sobre todo en aquellos casos en los que se aplica la Convención de Viena de 1980, que es la normativa de Derecho uniforme a aplicar en la mayoría de los contratos de compraventa internacional<sup>31</sup>. El art. 9 CV establece la aplicación de los usos y prácticas utilizados por las partes tanto objetiva, art. 9.2 CV, como subjetivamente, art. 9.1 CV; es decir, no solo en aquellos casos en los que se pacta un Incoterm sino también en aquellos supuestos en los que objetivamente se aplica un práctica contractual en el comercio internacional de que se trate<sup>32</sup>.

**33.** El art. 9.1 CV establece que las partes están obligadas por los usos y las prácticas que ellas mismas han convenido. Esta disposición cubre básicamente los usos cuya aplicabilidad han pactado las partes de forma expresa, como *ad ex*, cuando las partes recurren a expresiones o abreviaturas usuales en el comercio internacional, frecuentemente codificadas por corporaciones profesionales. Este el caso de los Incoterms. Como acabamos de ver son una serie de usos y prácticas comerciales codificados y elaborados por la Cámara de Comercio Internacional que regulan la interpretación de los vocablos más utilizados en la compraventa internacional, en relación a la obligación de la entrega de la cosa y su procedimiento, la transferencia de los riesgos y de los gastos y la facilitación de documentos. Los Incoterms han sido recogidos por la Convención de Viena en lo que se refiere a la entrega y transmisión de riesgos, como tendremos ocasión de comprobar (SAP de Barcelona, 8 de enero de 2003, SAP de Ciudad Real, 19 de septiembre de 2003).

También se refiere a los usos acordados por las partes de forma tácita, en aquellos casos en los que se infiere del comportamiento del comprador y del vendedor o de la interpretación de su voluntad conforme a los criterios del mencionado art. 8 de la Convención (Sentencia U.S. District Court for the Southern District of New York, 6 abril 1998, donde se había pactado la entrega de las mercaderías *ex work*, por lo que dicha práctica debía primar sobre la solución otorgada por la Convención de Viena).

Por otro lado, también cubre este precepto las prácticas que hayan establecido entre las partes. Se refiere a aquellos usos que regularmente hayan seguido en sus relaciones las partes que sirven para determinar a la vez su intención y las obligaciones existentes entre ellas. (En este sentido puede citarse la Sentencia AG Duisburg, de 13 de abril de 2000 donde no se demostró la existencia de una práctica seguida por las partes, *ex art.* 9.1; o la Sentencia LG Bielefeld, de 24 de noviembre de 1998 donde, por el contrario, se acepta que el lugar del pago debía determinarse conforme a las prácticas establecidas entre las partes, *ex art.* 9.1, y no conforme a lo dispuesto en el art. 57 CV, que regula la determinación del lugar del pago sólo en defecto de pacto).

Los Incoterms prevalecen, al igual que cualquiera otra cláusula pactada por las partes, sobre las disposiciones de la Convención de Viena, dada su naturaleza dispositiva (art. 6 CV). En caso de incompatibilidad entre un uso convenido y la práctica hasta entonces seguida por las partes, cabe interpretar que deberá prevalecer el uso convenido

**34.** El art. 9.2 CV establece que, salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que en el comercio internacional sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos de mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate. Se trata de utilizar los Incoterms objetivamente aplicables cuya validez no han pactado ni expresa ni tácitamente las partes.

Así, *ad ex.*, el tribunal neoyorquino en la Sentencia U.S. District Court for the Southern District of New York, 26 marzo 2002, señaló que aunque el término comercial internacional CIF no había quedado

<sup>31</sup> A favor de esta postura, J-P. BERAUDO, «Le Règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale», *JDI*, n.4, 2001, p.1045; en contra de esta opinión A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Contratos internacionales I», en A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 12ª ed., Granada, Comares, 2011-2012, p. 595.

<sup>32</sup> A favor de esta postura *vid.* J-P. BERAUDO, «Le Règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale», *JDI*, n.4, 2001, p. 1044.

probado que las partes lo hubieran establecido entre ellas, en virtud del art. 9.1, sin embargo, estimó que se trataba de un uso ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos del mismo tipo, por lo que se consideró de aplicación, en virtud del art. 9.2.

Se refiere este precepto, en concreto, a la denominada *Lex Mercatoria* entendida como una serie de usos y prácticas frecuentes en el comercio internacional y que los particulares asumen en sus relaciones con la *opinio iuris* de su vinculación jurídica<sup>33</sup>. Estos usos y prácticas uniformes observados en la práctica comercial internacional son superiores a las disposiciones de la Convención, pero subordinados, llegado el caso, a un Derecho nacional que admita su validez (art. 4.a). La validez jurídica de estos usos proviene directamente de la Convención de Viena que, a través de lo dispuesto en el art. 9.2 CV, los eleva a rango de ley. Sólo por este motivo son directamente aplicables al margen de lo dispuesto por los contratantes. Fuera del ámbito de aplicación de la Convención de Viena la denominada *Lex mercatoria* sólo tiene efectos y validez jurídica inter partes. No puede considerarse, por tanto, como una fuente jurídica autónoma surgida al margen de los Estados; sino que, por el contrario, la *Lex mercatoria* tiene vigencia sólo en la medida en que el Derecho del Estado la consiente y la tolera siempre en las áreas del derecho dispositivo<sup>34</sup>.

En definitiva, los Incoterms o usos objetivamente aplicables deben reunir tres requisitos:

- a) «Carácter internacional». Debe ser aplicable en el comercio internacional y no sólo en el comercio interno. Pese a que de los trabajos preparatorios de la Convención de Viena se infiere la voluntad de excluir la obligatoriedad de los usos locales, se ha apuntado la posibilidad de que un uso local tenga también que ser cumplido por el contratante que carece de establecimiento en el lugar en que esté vigente, si lo conocía o tenía que conocerlo, y pertenece al sector de actividad en que dicho uso es regularmente observado, aun en el ámbito del comercio internacional. En este sentido puede citarse la Sentencia del Tribunal de Apelación de Graz, de 9 de noviembre de 1995, puesto que un vendedor que ha realizado actividades comerciales en un país durante muchos años y celebrado repetidamente el tipo de contrato que era habitual en el ámbito empresarial en cuestión, tiene la obligación de tomar en cuenta los usos nacionales o locales, aun cuando no se hubiera hecho mención en el propio contrato. La misma idea se señaló en la Sentencia OGH, 21 de marzo de 2000, en relación a unos usos domésticos bávaros relativos al transporte de madera entre Austria y Alemania, puesto que el vendedor era austriaco y el comprador alemán.
- b) «Conocido por las partes». El Incoterm o uso debe ser conocido por ambas partes o debieran conocerlo ambas partes. Así se puede comprobar en la Sentencia del OLG Frankfurt, 5 julio 1995 y Sentencia OLG Köln, 22 febrero 1994, en las que sólo una de las partes conocía el uso y, por tanto, no se pudo aplicar el art. 9.2 CV; o en la Sentencia del Tribunal civil de Basel-

<sup>33</sup> Vid., J. BASEDOW, «Lex Mercatoria and the Private International Law of Contracts in the Economic Perspective», *Rev. dr. unif.*, 2007, pp. 697-717; H. BOOYSEN, *International Transactions and the International Law Merchant*, Pretoria, 1995; F. DASSER, *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und lex mercatoria*, Zürich, 1989; P. DEUMIER, *Le droit spontané*, Paris, 2002; P. DUBOUCHET, *Le droit spontané au XXe siècle*, Paris, 2002; E. GAILLARD, «La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international», en *Etudes offertes à Pierre Bellet*, Paris, 1991, pp. 203-217; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, *Ius mercatorum: autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, Madrid, 2004; B. GOLDMAN, «La Lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: réalité et perspectives», *JDI Clunet*, 106, 1979, pp. 475-505; Id., «Frontières du droit et 'lex mercatoria'», *Archives de philosophie du droit*, IX, 1964, pp. 177-192; S. GRANDE, «La lex mercatoria en los laudos de la Cámara de Comercio Internacional», *Dikaion*, 22, 17, 2008, pp. 199-244; A. KASSIS, *Théorie générale des usages du commerce*, Paris, 1984; F.K. JUENGER, «The lex mercatoria and private international law», *Unif. L. Rev.*, 5, 2000, pp. 171-187; P. LAGARDE, «Approche critique de la lex mercatoria», en *Études Berthold Goldman*, Paris, 1982, pp. 125-150; E. MACKAAY, «Le droit spontané comme fondement du droit – Un survol des modèles de l'émergence des règles dans la société civile», *Rev.int.dr.écon.*, 1989, pp. 247-287; R. MEYER, *Bona fides und lex mercatoria in der europäischen Rechtstradition*, Göttingen, 1994; F. OSMAN, *Les principes généraux de la lex mercatoria – Contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Paris, 1992; U. STEIN, *Lex mercatoria. Realität und Theorie*, Frankfurt am Main, 1995; P.-F. WEISE, *Lex mercatoria. Materielles Recht vor der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit*, Frankfurt am Main, 1990.

<sup>34</sup> Vid. N.E. HATZIMIHAIL, «The many lives –and faces– of Lex Mercatoria: History as genealogy in International Business Law», *Law & Contemp. Prob.*, 71, Summer 2008, pp. 169-190, un estudio excelente, que pone de relieve las diversas acepciones del concepto actual de *Lex mercatoria*, y lo importante que fueron los autores CLIVE SCHMITTHOFF y BERTHOLD GOLDMAN para la creación de dicho concepto.

Stadt, 21 diciembre 1992, en las que ambas conocían el uso y, por tanto, se les aplicó por mandato del art. 9.2 CV.

- c) «Efectivamente seguido por las partes». No basta con que el Incoterm o uso sea conocido por las partes sino que efectivamente sea seguido por los contratantes. La parte que invoca un Incoterm o uso seguido en el comercio internacional tiene la obligación de probarlo. En este sentido, en la Sentencia OLG Dresden, 9 julio 1998, el comprador no pudo demostrar que existiera un uso en el comercio internacional en virtud del cual el silencio ante una carta comercial de confirmación supusiera consentimiento, *ex art. 9.2 CV*. Igualmente en la Sentencia OGH (Austria), 27 febrero 2003, el comprador alegó la existencia del uso comercial invocado según el cual existía una costumbre en el comercio internacional, ampliamente conocida y regularmente observada por los comerciantes de pescado, según la cual, a falta de toda especificación contractual en sentido contrario, el pescado debía ser de la pesca efectuada durante el mismo año. Para el juez de primera instancia quedaba suficientemente probado este uso internacional, por lo que el vendedor no podía entregar pescado del año anterior, por ir en contra de este uso. Sin embargo, cuando el asunto llegó a la Corte de Apelación revocó la petición del comprador porque estimó que la existencia del mencionado uso comercial no había sido debidamente probada. Es, por último, el Tribunal Supremo austriaco el que consideró que la Corte de Apelación no había investigado la cuestión suficientemente y le devolvió el caso para que estudiara en mayor profundidad si el uso comercial mencionado había sido o no debidamente probado en el caso concreto.

**35.** Aunque la aplicación de los Incoterms de forma objetiva se regula de forma muy restrictiva, si se dan las tres condiciones se podrían aplicar los Incoterms de forma tácita para determinar el lugar de entrega de la mercancía. Este lugar de entrega determinaría el tribunal competente para conocer de cualquier litigio derivado de un contrato de compraventa internacional regulado por la Convención de Viena de 1980. Sin embargo, el TJUE en el caso *Electrosteel Europe*, como tendremos ocasión de comprobar, cierra esta posibilidad al establecer que si no hay un pacto de entrega de la mercancía se entiende realizada en el de la «entrega material,» donde efectivamente comprador puede disponer o podría disponer de sus mercancías en el «destino final de operación de compraventa».

## 5. Valor jurídico de los Incoterms como *lex contractus*

### A) Por jueces y tribunales estatales

**36.** La naturaleza jurídica de los Incoterms, como parte de la *Nueva Lex Mercatoria*, ha sido siempre muy discutida. El dilema se encuentra entre los autores que consideran los Incoterms auténticas normas jurídicas y los autores que consideran que son meras cláusulas materiales que sólo pueden aplicarse, como manifestación de la autonomía material de las partes, al concreto contrato donde se incluye el Incoterm<sup>35</sup>. Como se ha visto anteriormente, esta segunda solución se ve excepcionada por lo previsto en el art. 9 CV, cuando se refiere a los usos y prácticas aplicables objetivamente. Ahora bien, se apliquen porque las partes los pacten o se apliquen objetivamente, *ex art. 9 CV*, los Incoterms no se pueden considerar como las normas materiales que rigen el contrato, en virtud de las normas de Derecho internacional aplicables, si quien está conociendo de su aplicación son tribunales estatales. Cuestión distinta es que los Incoterms sean la *Lex contractus*, cuando quien está conociendo es un Tribunal arbitral.

**37.** Por un lado, dado que los Incoterms no regulan todas y cada una de las cuestiones que se pueden suscitar en un contrato de compraventa internacional, el tribunal que está conociendo de un litigio derivado de una compraventa internacional, no puede considerar los Incoterms como la Ley que rige el contrato de compraventa internacional, en ejercicio de la autonomía conflictual de la

<sup>35</sup> *Vid.* sobre este dilema, *per omnia*, A.L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: Cuestiones escogidas», *Cuadernos de Derecho Transnacional*. CDT, vol. 1, nº 2, Octubre 2009, pp. 69-72.

partes. Los Incoterms pueden incluirse en un contrato de compraventa internacional, pero en manifestación de la autonomía material de las partes, pues cuando las partes incluyen un Incoterm están estableciendo cuándo el vendedor entrega la mercancía, además de cuál de las partes en el contrato de compraventa tiene la obligación de encargarse del transporte o del seguro, y qué costes asume cada una de las partes. Todas las demás cuestiones no reguladas por los Incoterms, como por ejemplo, las cuestiones relativas a la obligación del pago del precio, deben regularse en virtud de las cláusulas pactadas por las partes en el contrato. Ahora bien, las partes deben de ser conscientes de que los preceptos de Derecho material aplicables al contrato de compraventa internacional pueden invalidar cualquier cláusula contractual, manifestación de la libertad contractual de las partes, incluida la del Incoterm elegido. Por tanto, la validez de todas las cláusulas incluidas en el contrato de compraventa quedan sometidas a la *Lex contractus*.

**38.** La STJUE *Electrosteel Euroepe*, sin embargo, va en contra de esta posibilidad al considerar que el uso de los Incoterms para determinar el lugar de entrega y, por tanto, determinar el tribunal competente por este lugar, *ex art. 5.1 Reglamento 44/2001*, es siempre válida «sin posibilidad de recurrir al Derecho material aplicable». Pero sobre todo su solución es todavía más criticable para los casos en los que el Incoterm no se incluye en el contrato y las partes no fijan el lugar de entrega, porque, en esta caso, la entrega se entiende realizada en el lugar del «destino final de la operación de compraventa», sin posibilidad alguna de acudir a la Ley que rige el contrato de compraventa internacional. Esta solución va en contra del contenido literal y textual del art. 5.1 b) Reglamento 44/2001, donde ese establece la fijación directa del juez competente por el lugar de entrega cuando las partes hayan fijado dicho lugar. Si las partes no lo han fijado, no podemos acudir al lugar de entrega sino a la concreta obligación incumplida, que puede ser también el pago, y la validez de dicho pacto la debe otorgar la *lex contractus*, como había venido señalando el TJCE en relación al Convenio de Bruselas de 1968. La primera decisión fue la STJCE de 6 de octubre de 1976, as.12/76, *Industrie Tessili Italiana Como vs. Dunlop AG*. El TJCE dejó claro en el caso *Tessili* que el juez que conoce «debe determinar, según sus propias normas de conflicto, cuál es la Ley aplicable a la relación jurídica de que se trate y definir, conforme a dicha Ley, el lugar de cumplimiento de la obligación contractual controvertida». La solución del caso *Tessili* se ha mantenido a lo largo de la jurisprudencia del TJCE: STJCE de 28 de septiembre de 1999, as. C-440/97, *GIE Grupo Concorde y otros vs. Capitán del buque «Suhadiwano Panjan» y otros*; STJCE de 5 de octubre de 1999, as. C-420797, *Leathertex Divisione Sintetici SpA vs. Bodetex BVBA*; STJCE de 19 de febrero de 2002, as. C-256/00, *Besix SA vs. Wasserreinigungsbau Alfred Kretzschmar Gmb & Co. KG (WABAG), Planungs- und Forschungsgesellschaft Dial.Ing.W. Kretzschmar GMBH & Co. KG (Platog)* y STJCE de 29 de junio de 2004, as. C-288/92, *Custom Made Commercial Ltd vs. Stawa Metallbau GmbH*.

**39.** Cabe entender, por tanto, que cuando las partes hacen referencia en su contrato de compraventa a la utilización de Incoterms, tal referencia sólo excepciona la aplicabilidad del Derecho material que rige el contrato de compraventa —que se determina bien por el Reglamento Roma I o por la Convención de Viena de 1980- en aquellos puntos que hayan sido regulados por los Inconterms incompatibles con la aplicación de la Convención de Viena o la *lex contractus* aplicable, primando sobre lo previsto en la determinación del lugar de entrega de las mercancías y, por tanto, en la fijación de la transmisión de los riesgos del vendedor al comprador. En la sentencia dictada por el OLG de Karlsruhe, de 20 de noviembre de 1992, en relación a un contrato de venta entre un comprador alemán y un vendedor francés, en el que se pactó que la entrega de la mercancía debía realizarse «Frei Haus», se dictaminó que las partes, al incluir dicha cláusula, habían derogado implícitamente la disciplina contenida en los artículos 31 a 67 de la Convención de Viena, que ofrecían una solución parcialmente distinta, en virtud del poder que les confiere el artículo 6 CV.

## B) Por Tribunales arbitrales

**40.** Cuestión distinta es que sea un tribunal arbitral el que esté conociendo de la aplicación de los Incoterms como *lex contractus*. Con ocasión de los trabajos preparatorios anteriores a la publicación

de los Incoterms 2000 se examinaron 80 laudos arbitrales dictados entre 1988 y 1999, de los que la mitad contenían referencias a términos comerciales internacionales<sup>36</sup>. En el 70% de los laudos en los que se contenía un Incoterm, este era el Incoterm FOB. El 20% restante contenían otro tipo de Incoterms. Los resultados de este estudio fueron presentados oralmente durante la celebración del 70 aniversario de los Incoterms, en el año 2006. Dado que los Incoterms eran utilizados por las partes normalmente en aquellos contratos de compraventa internacional de mercaderías en los que existía un contrato de transporte marítimo internacional, los Incoterms 2000 se volvieron a modificar para adaptarlos a esta realidad.

**41.** Un estudio sistemático de laudos arbitrales dictados entre el año 2000 y el 2006 ha puesto de manifiesto que a menudo los Incoterms son usados indirectamente para determinar el Derecho aplicable al contrato de compraventa, bien por una referencia general en el contrato a la relevancia de los Incoterms de la Cámara de Comercio Internacional o bien por una referencia concreta a uno de los Incoterms<sup>37</sup>. En estos casos, los árbitros utilizan los Incoterms como un criterio para determinar el Derecho aplicable, por ejemplo, como elemento de conexión con el Derecho material que los árbitros deben aplicar para solucionar el litigio<sup>38</sup>. Sin embargo, hay casos en los que las partes no se refieren a los Incoterms y los árbitros igualmente determinan que son la ley aplicable al contrato de compraventa.

Hay que distinguir, por tanto, los casos en los que las partes determinan como *lex contractus* los Incoterms de los casos en los que no existe ninguna referencia a los Incoterms.

**42.** En cuanto al primer caso, en el contexto arbitral internacional, es usual encontrar cláusulas de determinación de ley aplicable a favor de los Incoterms. En este caso, los Incoterms se utilizan bien como normas sustantivas al mismo nivel que las de un Derecho nacional, o bien junto o en defecto del Derecho nacional aplicable. Incluso se puede prever que, en caso de conflicto, prime la aplicación de los Incoterms sobre la de las normas de Derecho material aplicable al contrato en virtud de las normas de Derecho internacional privado (Convención de Viena de 1980 y Reglamento Roma I). Sin embargo, lo más común, es que las partes incluyan en el contrato una cláusula de Derecho aplicable a favor de un Derecho nacional o de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías para colmar las lagunas de las cláusulas contractuales o de los propios Incoterms.

**43.** En este ámbito, los tribunales arbitrales también utilizan los Incoterms como un medio para determinar el Derecho aplicable. En este sentido, los árbitros interpretan que el deseo de las partes es someter todo su contrato o parte del contrato a unas reglas no-estatales en lugar de a un Derecho estatal.

Cuando el tribunal arbitral decide que la ley aplicable para dirimir el litigio es la del lugar de la entrega de la mercancía o la del lugar más estrechamente conectado con el contrato la referencia a los Incoterms se usa por los árbitros para identificar tácitamente el Derecho aplicable. Como la «entrega» es el concepto central alrededor del cual los Incoterms organizan sus soluciones, se puede establecer que la Ley del lugar de entrega es la Ley aplicable al contrato de compraventa internacional. En el Reglamento Roma I, en defecto de pacto, se establece que la Ley aplicable al contrato de compraventa es el de la residencia habitual del vendedor. Sin embargo, conforme al art. 4.3 Reglamento Roma I, se puede llegar a considerar que el lugar de la entrega está más estrechamente conectado con el contrato que el de la residencia habitual del vendedor, con lo cual la inclusión de un Incoterm ayudaría a establecer el lugar de la entrega y, por tanto, la Ley aplicable al contrato de compraventa internacional. Esta solución arbitral podría aplicarse por los jueces estatales. Sin embargo, los árbitros van más allá al considerar que no es necesario que se apliquen normas sustantivas de la ley del lugar de entrega sino que se pueden aplicar incluso usos y costumbres reconocidos en el lugar de entrega de la mercancía<sup>39</sup>. Esta solución, sin em-

<sup>36</sup> Vid., «Extracts from ICC Arbitral Awards», *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 21, n° 2, 2010, pp. 53 y ss.

<sup>37</sup> Vid., «Extracts from ICC Arbitral Awards», *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 21, n° 1, 2010, pp. 55 y ss.

<sup>38</sup> Vid. E. JOLIVET, «Incoterms in the Arbitral Awards of the International Chamber of Commerce» en, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 21, n° 1, 2010, pp. 53-54.

<sup>39</sup> Vid. E. JOLIVET, «Incoterms in the Arbitral Awards of the International Chamber of Commerce» en, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, vol. 21, n° 2, 2010, pp. 50-51.

bargo, no podría ser aplicable por tribunales estatales que deben aplicar siempre un Derecho estatal para determinar la validez de las cláusulas contractuales y colmar las lagunas de lo no pactado en el contrato.

44. En cuanto al segundo caso, si las partes no incluyen una cláusula de Ley aplicable a favor de un Derecho estatal o si la referencia no es clara, y ni siquiera se plantean la determinación de la Ley aplicable al contrato de compraventa durante el proceso, los árbitros pueden considerar que las partes no tienen ninguna intención de ver sometido su contrato a un Derecho nacional y que, implícitamente, quieren que quede sometido a los usos, costumbres y principios generales del comercio internacional<sup>40</sup>.

### III. Determinación del lugar de la entrega en defecto de una cláusula contractual

#### 1. Consideraciones introductorias

45. Según el art. 5.1.b) Reglamento 44/2001, si las partes realizan un «pacto en contrario» o no fijan el lugar de entrega o si lo fijan se encuentra fuera del territorio donde es aplicable el Reglamento 44/2001 hay que volver al criterio tradicional diseñado por el Convenio de Bruselas de 1968 en su art. 5.1, como señala su apartado c).

46. Según la redacción literal de este precepto, «la obligación que sirve de base a la demanda» será la obligación concreta litigiosa incumplida, por lo que puede ser tanto la entrega de la mercadería como el pago del precio. Por tanto, el lugar de cumplimiento de la obligación no es siempre el lugar de entrega.

47. En cuanto al «lugar de cumplimiento» de la obligación que sirve de base a la demanda habrá que acudir a las normas de Derecho internacional privado del país cuyos tribunales conocen del asunto para determinar la «Ley aplicable» al contrato. Nuevamente hay que acudir al Reglamento Roma I y a la Convención de Viena de 1980 (STJCE 29 de junio 1994, *Custom Made Comercial LTD vs. Stawa Metallbau GmbH*).

En cuanto a la Convención de Viena, siempre que la compraventa se incluya en su ámbito de aplicación, habrá que acudir a las soluciones en materia de entrega de las mercaderías, conforme al art. 31 CV, para fijar el lugar de ejecución de la entrega de las mercaderías cuando sea ésta la obligación que sirve de base a la demanda, respecto de los Estados parte de la Convención de Viena que son miembros del Reglamento 44/2001. Ahora bien, si la obligación incumplida es el pago habrá que estar a la solución material adoptada por el art. 57 CV. El comprador debe pagar el precio en la fecha fijada o que pueda determinarse con arreglo al contrato y a la Convención, sin necesidad de requerimiento ni de ninguna otra formalidad por parte del vendedor (art. 59 CV). En este sentido pueden citarse las siguientes sentencias: Sentencia LG Alsfeld, 12 mayo 1995; Sentencia LG Bochum, 24 enero 1996; Sentencia LG Kassel, 15 febrero 1999). El pago debe efectuarse en el lugar convenido (Sentencia LG Bielefeld, 24 noviembre 1998). En su defecto, si el pago ha sido previsto contra entrega de las mercaderías o los documentos, debe efectuarse en el lugar donde se produce tal entrega (determinada conforme a los arts.31 a 34 CV). En los demás casos, se debe efectuar en el establecimiento del vendedor (art. 57 CV). Así se establece en la Sentencia LG Alsfeld, 12 mayo 1995; Sentencia LG Trier, 7 diciembre 2000; Sentencia LG Flensburg, 19 enero 2001; Sentencia Corte de Casación francesa, 26 junio 2001; Sentencia OLG Rostock, 30 agosto 2001; Sentencia BGH, 7 noviembre 2001, en relación a los supuestos en los que es un tercero el que debe realizar el pago; o Sentencia Tribunal de Apelación Gent (Bélgica), 31 enero 2002, en relación a la determinación del lugar del pago del precio para determinar el tribunal competente, en virtud del art. 5.1 del Convenio de Bruselas de 1968: «lugar de ejecución de la obligación que sirve de base a la demanda»; o la Sentencia LG Göttingen, 30 septiembre 2002. Si el vendedor careciera de establecimiento o contara con una pluralidad de ellos, situados en diferentes países, será de aplicación lo dispuesto en el art. 10

<sup>40</sup> *IBID.*, p. 51.

de la Convención (Sentencia U.S. District Court, Northern District of California, San Jose División, 27 julio 2001).

**48.** Si no es de aplicación la Convención de Viena, y sobre todo para los Estados miembros del Reglamento 44/2001 que no son parte de la Convención de Viena, habrá que aplicar el Reglamento Roma I para determinar el lugar de ejecución de la concreta obligación litigiosa. Según el art. 3 Reglamento Roma I, las partes son libres de elegir la Ley de un Estado como *lex contractus*. Si la elección no fuera válida o las partes no hubieran hecho uso de su autonomía conflictual, se aplicará la Ley del país indicada por las presunciones del art. 4, apartados 2 a 4. El art.4.2 señala que es la Ley de la residencia habitual del vendedor la *lex causae*.

Sólo en este caso tiene sentido afirmar que el legislador comunitario con la solución directa de la determinación del tribunal competente buscaba procurar que la competencia judicial coincidiera con la competencia legislativa. Sin embargo, esta coincidencia sólo será posible cuando las partes no pacten la entrega de las mercancías, y por tanto la *lex contractus*, según el Reglamento Roma I sea la Ley de la residencia habitual del vendedor en los contratos de compraventa internacional de mercaderías<sup>41</sup>. Aunque esta coincidencia sólo se producirá si la Ley de la residencia habitual determina que el lugar de ejecución de la obligación incumplida debe cumplirse en el establecimiento del vendedor; de lo contrario no habría coincidencia entre la competencia judicial y la competencia legislativa.

**49.** Es necesario que la «Ley del contrato» concrete el lugar de ejecución de la obligación incumplida en un país participante en el Reglamento 44/2001; pues de lo contrario el foro especial en materia contractual no sería de aplicación. Esto no quiere decir que no sea de aplicación el Reglamento 44/2001, sino que el acreedor siempre podrá acudir al foro general del art. 2 del Reglamento 44/2001 que determina la competencia general del tribunal del lugar donde se encuentre domiciliada la parte demandada del contrato de compraventa.

Puede ocurrir que las partes no establezcan de forma expresa el lugar de la entrega a través de la inclusión de un Incoterm y haya que deducir de las circunstancias que rodean el contrato una *estipulación tácita* del lugar de ejecución de la entrega de las mercaderías. Ahora bien, de admitir una posible voluntad tácita de determinación de la ejecución de la entrega, hay algunos autores que piensan que es inevitable recurrir a las normas de Derecho internacional privado del juez del foro<sup>42</sup>. Esta actitud es, sin embargo, totalmente contraria a la jurisprudencia del TJCE.

## 2. Aplicación de las soluciones de la Convención de Viena de 1980 en defecto de un Incoterm

**50.** La solución conflictualista plantea muchos problemas a la hora de ponerla en práctica, por eso sería mucho mejor aplicar las soluciones de la Convención de Viena de 1980 en lo referente a la «entrega» de las mercaderías en defecto de pacto (art. 31 CV) y a lo referente a la aplicación de los usos y prácticas utilizados por las partes tanto objetiva como subjetivamente (art. 9 CV)<sup>43</sup>.

Cuando las partes no incluyen un Incoterm en su contrato, si es aplicable la Convención de Viena, sus soluciones son perfectamente aplicables por los jueces de los Estados miembros del Reglamento 44/2001 que son parte también de la Convención de Viena, dado que la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea son parte de la Convención de Viena. La Convención de Viena de 1980, a diferencia del Reglamento Roma I, es un texto de Derecho uniforme material, por lo que soluciona en la propia norma los problemas de determinación de lugar de ejecución de las obligaciones

<sup>41</sup> A. MOURRE, «Le Règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale», *JDI*, n.4, 2001, p. 782.

<sup>42</sup> L. De LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado*, vol.III, Almedina, Coimbra, 2002, p. 84; G. DROZ / H. GAUDEMET-TALLON, «La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale», *RCDIP*, n. 90, 2001, p. 635; J. KROPHOLLER, *Europäisches Zivilprozessrecht. Kommentar zum EuGV0 und Lugano-Übereinkommen*, 8ª ed., Heidelberg, 2005, art. 5 n. 41.

<sup>43</sup> A favor de esta postura *vid.* J-P. BERAUDO, «Le Règlement (CE) du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale», *JDI*, n. 4, 2001, p. 1044.

litigiosas. Así, el art. 31 CV establece dónde se entiende realizada la entrega de las mercaderías en defecto de pacto.

Se deduce del art. 31 CV que la obligación de entrega consiste en la entrega material de las mercaderías o su puesta a disposición del comprador. El tratamiento de esta obligación se regula en las reglas previstas para su ejecución (arts. 31 a 34 CV).

**51.** Las disposiciones de la Convención de Viena relativas al lugar y al momento de la entrega están llamadas a aplicarse como reglas subsidiarias, pues la inclusión en el contrato de estipulaciones expresas entre las partes sobre estos puntos, normalmente a través de la elección de un Incoterm, prima sobre la aplicación de la Convención de Viena (art. 9 CV), que tiene carácter dispositivo (art. 6 CV).

En la Sentencia OLG Karlsruhe, de 20 de noviembre de 1992 el tribunal señaló que la cláusula de «portes pagados» en cuanto a la entrega de las mercancías y la transmisión de los riesgos primaba sobre al aplicación del art. 31.a); por lo que a pesar de que el contrato implicaba el transporte de las mercancías, la transmisión del riesgo no se había producido cuando el vendedor puso las mercancías en manos del primer porteador (art.31.a) sino cuando las mercancías se hubieran entregado en el lugar del establecimiento del comprador. Como este hecho no pudo probarse no había producido la transmisión del riesgo del vendedor al comprador.

**52.** Las soluciones de la Convención de Viena, aplicables subsidiariamente en defecto de un Incoterm, relativas al lugar de la entrega de la mercancía están realmente copiadas de los Incoterms, de tal modo que la solución va a ser la misma tanto si se incluye un Incoterm como si se aplica la Convención de Viena, como la ley que rige el contrato, y a las que están sometidas todas las cláusulas del contrato, incluida la del Incoterm, si la hubiera. La Convención de Viena al igual que los Incoterms, también distingue entre compraventas indirectas o *con expedición* y compraventas directas, *a la llegada* o *en plaza*<sup>44</sup>.

1º *Venta con expedición*. Cuando el contrato implica el transporte de mercancías, se considera cumplida la obligación de entrega si son puestas en poder del primer porteador para que las traslade al comprador (art. 31.a CV); por lo que el vendedor no se hace responsable de los daños posteriores causados por el porteador. En este sentido pueden verse las siguientes sentencias: Sentencia OGH, 10 septiembre 1998, en relación a la determinación del lugar de entrega de las mercancías para determinar el tribunal competente, en virtud del art. 5.1 del Convenio de Lugano: «lugar de ejecución de la obligación que sirve de base a la demanda»; Sentencia HG des Kantons Zürich, 10 febrero 1999; Sentencia LG Flensburg, 24 marzo 1999; Sentencia AG Duisburg, 13 abril 2000; Sentencia HD (Dinamarca), 15 febrero 2001, en relación con la fijación del lugar de entrega para determinar si los tribunales daneses eran los competentes en virtud del art. 5.1 del Convenio de Bruselas de 1968. En este caso en cuestión, el tribunal danés se declaró incompetente, pues el lugar de entrega era Italia y el demandado estaba domiciliado también en Italia. Se trata de un supuesto cualificado de venta con entrega indirecta, como es la «venta con expedición», donde el vendedor no realiza la entrega directamente al comprador sino a un tercero independiente para que la traslade al comprador.

El vendedor puede, bien entregar las mercaderías a un transportista contratado por el comprador o bien asumir directamente la obligación de expedir las mercancías, concertando para ello el oportuno contrato de transporte<sup>45</sup>.

Como puede comprobarse, la primera solución está copiada de los Incoterms F y la segunda solución de los Incoterms C.

Ahora bien, no se entiende cumplida la obligación de entrega si las mercaderías en lugar de ponerse a disposición del primer porteador se ubican en un almacén portuario, por lo que salvo que sea propiedad del porteador, el vendedor sigue corriendo con los riesgos. No se puede equiparar, por tanto, la figura del

<sup>44</sup> G. ALCOVER GARAU, *La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil: derecho español e internacional*, Madrid, Civitas, 1991, p. 66-76, realiza esta clasificación en lo que a la tipología de la compraventa internacional se refiere.

<sup>45</sup> *Vid.* las diferencias entre los dos tipos de venta con expedición, en G. ALCOVER GARAU, *La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil: derecho español e internacional*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 70-73.



transitario (almacenista portuario) con la del porteador de cara a la transmisión de los riesgos (art. 31.a) en relación con el art. 67.1). Así lo ha señalado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 20 de octubre de 1999.

2º *Venta con entrega directa a la llegada*. Cuando las mercancías deben ser entregadas directamente al comprador, la entrega se entiende efectuada en el momento de la celebración del contrato cuando las partes sepan que las mercaderías se encuentran o deben ser manufacturadas o producidas en un lugar determinado, si se ponen a disposición del comprador en ese lugar (art. 31.b). Este segundo caso se refiere a las llamadas «ventas con entrega directa» en las que el vendedor entrega las mercancías directamente al mismo comprador, cumpliendo bien al ponerlas en poder y posesión de éste o bien, simplemente, al ponerlas a su disposición. En concreto se trata de una compraventa con entrega directa «a la llegada», puesto que la cosa debe ser entregada en un lugar distinto al establecimiento del vendedor —que puede ser el establecimiento del comprador u otro lugar— debiendo aquél transportar las mercancías hasta el lugar designado. Si por el contrario el objeto de la compraventa son bienes que al tiempo de la contratación no existen, pero que han de ser producidos o manufacturados en un lugar que ambas partes conocen al tiempo de convenir, el vendedor habrá de cumplir su obligación de entrega precisamente en ese lugar de producción o manufacturación. En este sentido, el Landgericht de Aquisgrán, en una sentencia de 14 de mayo de 1993, tuvo que conocer de una compra de prótesis auditivas aún no fabricadas, en virtud de un contrato que no preveía lugar alguno de entrega. El Landgericht entendió que la entrega debía realizarse en Aquisgrán, por ser la sede de la empresa del fabricante.

Esta solución está copiada de los Incoterms D.

3º *Venta con entrega directa en plaza*. En defecto del conocimiento de estos diferentes lugares se entiende efectuada la entrega en el lugar donde el vendedor tenga su establecimiento en el momento de la celebración del contrato (art. 31.c). Este tercer supuesto es otro caso de «venta con entrega directa», pero «en plaza» puesto que el lugar de la entrega es el establecimiento mercantil del vendedor —o, en su defecto, su domicilio, por lo que el vendedor sólo debe esperar a que el comprador se presente—<sup>46</sup>.

Esta solución está sacada del Incoterm *Ex Works*.

**53.** Como hemos visto en el estudio de los Incoterms, la entrega de la mercancía implica la transmisión de los riesgos del vendedor al comprador. Dicho de otro modo, la transmisión de los riesgos en la Convención de Viena, al igual que en los Incoterms, se regulan alrededor del cumplimiento de la «entrega» de las mercancías. Por eso, algunos autores consideran que la fijación de la entrega de las mercaderías, conforme al art. 31 CV, sobre todo cuando la compraventa es con expedición, no puede utilizarse para adoptar la competencia judicial internacional por el art. 5.1 Reglamento 44/2001, pues es un precepto que realmente tiene como finalidad determinar desde qué momento se produce la transmisión de los riesgos del vendedor al comprador<sup>47</sup>. Ahora bien, no se puede olvidar que los comentaristas más prestigiosos de la Convención de Viena han considerado que las normas autónomas de localización de las obligaciones de este texto realmente estaban destinadas para la aplicación práctica del Convenio de Bruselas, actual Reglamento 44/2001<sup>48</sup>.

La regulación de la transmisión de los riesgos, en defecto de la inclusión de un Incoterm, se regula en los arts. 66 a 70 CV, y, aunque está muy conectada con la obligación de entrega por su gran conexión con la misma, la determinación del lugar de entrega puede tener como objetivo la transmisión de los riesgos o cualquier otro dilema jurídico, como la determinación del juez competente, *ex art. 5.1.b) Reglamento 44/2001*.

<sup>46</sup> R. HERBER, «Art. 31» en CAEMMERER / SCHLECHTRIEM, *Kommentar zum Einheitlichen UN-Kaufrech. Das Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf - CISG - Kommentar*, 2ª ed., München, C.H. Beck, 1995, p. 270.

<sup>47</sup> A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Contratos internacionales I», en A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho internacional privado II, vol. II*, 12ª ed., Granada, Comares, 2011-2012, pp. 595-596; V. HEUZÉ, «De quelques infirmités congénitales du droit uniforme: l'exemple de l'article 5.1 de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968», *RCDIP*, 2000, p. 621.

<sup>48</sup> *Vid.* en este sentido U. HUBER, «Art. 31 y art. 45» en P. SCHLECHTRIEM, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 2ª ed., Oxford, Oxford University Press, 1998, art. 31 parágrafo 32 y art. 45 parágrafos 63 y ss.

**54.** Las soluciones previstas en la Convención de Viena relativas a la transmisión de los riesgos también se aplican de manera subsidiaria, en defecto de un Incoterm incluido en el contrato de compraventa. El art. 66 define indirectamente lo que debe entenderse por «transferencia de riesgos» al enunciar que la pérdida o el deterioro de las mercaderías sobrevenidos después de la transmisión del riesgo al comprador no liberarán a éste de su obligación de pagar el precio convenido, a menos que se deban a un acto u omisión del vendedor (Sentencia LG Regensburg, 24 septiembre 1998; Sentencia AG Duisburg, 13 abril 2000). La Convención no ha optado por la solución que une la transferencia de los riesgos a la transferencia de la propiedad. De manera general, según la Convención, los riesgos se transmiten del vendedor al comprador cuando el vendedor ha cumplido con su obligación de entrega. Esta solución sobre la transmisión de los riesgos, de forma mucho más razonable, se apoya en los contratantes y no en las mercaderías. En este sentido, la Convención establece unas reglas generales en materia de riesgos (arts. 67 y 69 CV) y unas reglas particulares para casos concretos (arts. 68 y 70 CV).

Al igual que los Incoterms la Convención de Viena distingue distintas soluciones relativas a la transmisión de los riesgos dependiendo de que la venta sea indirecta, o directa, bien a la llegada o en plaza y también se han copiado de las soluciones recogidas en los Incoterms.

1º *Ventas indirectas*. Dentro de las reglas generales en materia de transmisión de riesgos, el art. 67 CV se refiere a las ventas indirectas, con expedición o a la salida. La mayoría de las compraventas internacionales implican la celebración de un contrato de transporte de las mercancías, de forma que el vendedor no realiza la entrega directamente al comprador sino a un transportista. De esta forma, la obligación de entrega del vendedor se convierte en una obligación de expedición de las mercancías, y la transmisión de los riesgos se produce desde el momento en el que las mercancías se ponen a disposición del primer porteador, con independencia de que el transporte lo concluya el vendedor o el comprador<sup>49</sup>.

El art. 67.1 distingue, en este sentido, dos situaciones. Cuando el contrato de compraventa implique el transporte de las mercancías y el vendedor no esté obligado a entregarlas en un lugar determinado, el riesgo se transmitirá al comprador en el momento en que las mercancías se pongan en poder del primer porteador para que las traslade al comprador conforme al contrato de compraventa. En el caso en el que las mercancías deben ser entregadas a un transportista en un lugar determinado (que no sea ni el establecimiento del vendedor ni el lugar de destino de las mercancías) el riesgo no se transmitirá al comprador hasta que las mercaderías se pongan en poder del porteador en ese lugar. Esta solución no es aplicable si se trata de una compraventa *con expedición* en la que se pacta un término F o C. En ambos casos, la transmisión de los riesgos se produce a partir del momento en que pone la mercancías a manos del primer porteador, momento en el que se entiende satisfecha la entrega y no cuando llega a su punto de destino. En este sentido, puede citarse la Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 31 de octubre de 1997, donde se señaló de forma expresa que la responsabilidad del vendedor cesaba en el instante en que las mercaderías traspasaban la borda del buque en el lugar en que se había pactado (puerto italiano de Chioggia), momento a partir del cual, los riesgos son asumidos por el comprador, y ello, con total independencia del hecho de que este último concertara o no el aseguramiento de dichas mercaderías. Piénsese, por ejemplo, en el supuesto de una compraventa entre un comprador establecido en Valencia y un vendedor establecido en Berlín. Pactada la entrega en Valencia, se concierta que el vendedor alemán debía poner las mercaderías en poder de un porteador de la capital francesa. Si durante el transporte Berlín-París las mercancías se deterioran, el art. 67.1 *in fine* hace responsable de este deterioro al vendedor, porque las mercancías debían ser entregadas a un transportista en un lugar determinado. Ahora bien, desde París hasta Valencia el riesgo lo corre el comprador.

En cualquier caso, la transferencia de los riesgos supone que las mercaderías deben estar identificadas en los términos del contrato. En su defecto, el riesgo lo asume el vendedor. La identificación de las mercaderías debe realizarse mediante señales en ellas, mediante los documentos de expedición, mediante comunicación enviada al comprador o de cualquier otro modo (art. 67.2). La transferencia de los riesgos no se efectúa por el hecho de que el vendedor esté autorizado a conservar los documentos representativos de las mercaderías, como garantía (Sentencia de la Cámara Nacional Argentina de Apelaciones de lo Comercial, 31 octubre 1995).

<sup>49</sup> M. MEDINA DE LEMUS, *La venta internacional de mercaderías*, Madrid, Tecnos, 1992, p. 137.

*Ventas directas.* La segunda regla general en la transferencia de los riesgos contenida en el art. 69 se refiere a las compraventas directas, englobando dos categorías diferentes: las *compraventas en plaza* y las *compraventas a la llegada*. Cuando las mercancías, en lugar de ser enviadas por el vendedor a un transportista, le son entregadas directamente al comprador o a sus representantes los riesgos se transfieren al comprador en el momento en el que éste se haga cargo de las mercaderías o, si no lo hace a su debido tiempo, desde el momento en que las mercaderías se pongan a su disposición.

2º *Ventas en plaza.* Cuando el comprador deba hacerse cargo de las mercancías en el establecimiento del vendedor o en cualquier otro sitio previsto por el art. 31 CV y el contrato no implique el transporte de las mercaderías, los riesgos se transfieren al comprador en el momento de su retirada efectiva (art. 69.1). El problema se plantea cuando se pacta un plazo de tiempo para retirar las mercancías (*freetime*). Si, *ad ex.*, las mercaderías deben ser retiradas en el transcurso del mes de mayo y, puestas a disposición del comprador el día 5 de mayo, son retiradas el 20 de mayo, la transferencia de los riesgos al comprador se produce el 20 de mayo, fecha en que éste se hace cargo de las mercaderías. Si el comprador no retira a tiempo las mercaderías la transferencia de los riesgos se produce a partir del momento en el que vence el tiempo estipulado para retirar las mercancías. En cualquier caso, le corresponde al vendedor asumir la obligación de conservar las mercancías pues es el que ostenta el control material de las mismas, *ex art.* 85. En cualquier caso, esta solución no es aplicable si las partes incluyen un término *Ex Works* en el contrato, en virtud del cual todos los riesgos le corresponden al comprador desde el momento en que la mercancía se sitúa en el establecimiento del vendedor. Es el INCOTERM que más beneficia al vendedor.

3º *Ventas a la llegada.* Cuando el comprador debe hacerse cargo de las mercancías en un lugar determinado distinto al lugar del establecimiento del vendedor, la regla anterior no puede aplicarse. Así, los riesgos se transfieren, en este caso, cuando deba efectuarse la entrega y el comprador tenga conocimiento de que las mercaderías están a su disposición en ese lugar (art. 69.2). Esta regla se aplica, *ad ex.*, en caso de entrega en almacenes generales. En la Sentencia OLG Hamm, de 23 de junio de 1998, el tribunal alemán señaló que no se había producido la transmisión del riesgo, en virtud del art. 69.2, puesto que según lo acordado por las partes, la entrega debía realizarse a petición del comprador, en virtud del art. 33.a), lo que no se había hecho, y el vendedor no había puesto los muebles a disposición del comprador, en virtud del art.31.b). Igualmente, en la Sentencia OLG Oldenburg, de 22 de septiembre de 1998, en donde se concluyó que el vendedor había cumplido sus obligaciones y que el riesgo se había transmitido al comprador, en virtud del art. 69.2; por lo que el comprador estaba obligado a pagar el precio de compra, en virtud del art. 66.1, aunque no hubiera recibido el salmón crudo.

Igualmente, se aplica cuando las mercaderías son puestas a disposición del comprador por un transportista al final de un viaje (cláusulas *ex ship*). En este caso, en el *freetime* es el comprador también el que responde, pues el vendedor no tiene el control material de las mercaderías. En cualquier caso, las mercancías no individualizadas no pueden considerarse como puestas a disposición del comprador más que cuando estén claramente identificadas en los términos del contrato.

En todo caso, si el contrato versa sobre mercaderías aún sin identificar, la transmisión de los riesgos no se produce hasta que están claramente identificadas a los efectos del contrato (art. 69.3).

Esta solución no es aplicable si las partes incluyen un término D, en virtud del cual el vendedor es que soporta los riesgos y los costes inherentes al transporte de la mercancía hasta el lugar designado. Es, por tanto, el Incoterm que más beneficia al comprador.

4º *Ventas en tránsito.* La Convención también regula dos supuestos particulares de transmisión de riesgos: cuando las mercancías son vendidas en el transcurso de un viaje (art. 68) y cuando se produce un incumplimiento esencial del contrato por parte del vendedor (art. 70).

En la situación frecuente en la que las mercancías son vendidas en tránsito la regla general de que los riesgos se transfieren al comprador en el momento de la entrega al transportista (art. 67) choca con el hecho de que las mercancías no pueden ser enviadas a éste para su transmisión al comprador. La Convención une, en este caso, la transferencia de los riesgos al momento de la celebración del contrato, pero se reserva la regla precedente si las circunstancias lo exigen (art. 68). Estas diferentes reglas son descartadas, y los riesgos serán de cuenta del vendedor si, en el momento de la celebración del contrato de compraventa, el vendedor tiene o debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías han sufrido pérdida o deterioro y no lo ha revelado al comprador (art. 68 *in fine*).

Según el art. 70, las disposiciones relativas a la transferencia de riesgos (arts.67, 68 y 69) no afectarán a los derechos y acciones de que disponga el comprador como consecuencia de una incumplimiento esencial del contrato (tal y como se define por el art. 25). Si, *ad ex.*, las mercaderías por una falta de conformidad sufren un deterioro de un tercio aunque los riesgos se trasladan al comprador, éste puede exigir, sin embargo: la sustitución de las mercancías no conformes (art. 46.2), la reducción del precio (art. 50), o la resolución del contrato (art. 49), sin que el vendedor pueda escudarse en la transferencia de los riesgos en lo que respecta a la parte dañada. Dicho de otro modo, aunque la consecuencia jurídica más importante de la transmisión del riesgo al comprador es que debe pagar el precio, aunque la mercancía se pierda o deteriore, si se debe a un acto u omisión del vendedor el comprador puede reclamar contra el vendedor, aunque haya traspaso del riesgo, pues en realidad al haber habido negligencia del vendedor no hay cumplimiento (arts. 66 y 70).

#### IV. El asunto *Electrosteel Europe SA contra Edil Centro SpA*

##### 1. Determinación del lugar de entrega por inclusión de un Incoterm

**55.** ¿Qué ha cambiado el TJUE con el asunto *Electrosteel Europe* a la hora de determinar el «lugar de entrega» a través de la inclusión de un Incoterm, *ex art. 5.1.b) Reglamento 44/2001*?

Veamos los hechos que dieron lugar a la STJUE de 9 de junio de 2011, para después pasar a estudiar los fundamentos jurídicos utilizados por el TJUE y valorar si su fallo es encuadrable en la interpretación del concepto de «lugar de entrega», *ex art. 5.1.b)*, que se venía haciendo por la doctrina y jurisprudencia. Para ello se diferenciará la solución dada por el TJUE en esta sentencia en los casos en los que se incluye un Incoterm de los casos en los que no existe acuerdo alguno sobre el lugar de entrega de las mercancías.

**56.** La sociedad italiana vendedora *Edil Centro* celebró un contrato de compraventa internacional con la sociedad francesa *Electrosteel*, en el que se contenía una cláusula «*Resa: franco ns. Nostra Sede*» (*delivered free Ex our business premises*). El litigio nació de una acción de pago reclamada por la parte vendedora italiana interpuesta ante los Tribunales de Vicenza, donde se encontraba su establecimiento, contra la parte compradora francesa. Las mercaderías debían entregarse en Italia según una cláusula contractual que preveía la entrega al vendedor «franco sede» de la vendedora, circunstancia que según el vendedor, justificaba la competencia judicial del juez italiano, según el art. 5.1.b) Reglamento 44/2001. Sobre esta cuestión le surge al juez italiano la duda sobre su competencia y plantea una cuestión prejudicial al TJUE el 15 de febrero de 2010. El Tribunal italiano se pregunta si el lugar de la entrega, pertinente a efectos de determinar el juez competente es:

- 1º el lugar de destino final de las mercaderías objeto del contrato; o
- 2º el lugar en el que el vendedor se libera de la obligación de entrega, con arreglo a la normativa sustantiva aplicable al caso concreto; o
- 3º si se puede buscar otro lugar con una interpretación distinta del art. 5.1.b) Reglamento 44/2001.

**57.** El TJUE en su sentencia de 9 de junio de 2011, ha interpretado esta cláusula contractual como una referencia al Incoterm 2000 *Ex Works (En fábrica)*, en virtud del cual el vendedor cumple con la entrega de la mercancía y su puesta a disposición en el propio establecimiento del vendedor, según se establece en la obligación A4 del vendedor de este Incoterm<sup>50</sup>.

<sup>50</sup> *Vid.*, las notas doctrinales relacionadas con la STJUE de 9 de junio de 2011, G. CARADONNA, «Competenza giurisdizionale e individuazione del luogo di consegna dei beni», *Giurisprudenza italiana*, 2011, p. 1506; M. COMBET, «Les Incoterms au secours du règlement «Bruxelles I»», *Revue Lamy droit des affaires*, 2011, n° 65, pp. 63-65; X. DELPECH, «Compétence européenne: lieu de livraison dans les ventes à distance», *Recueil Le Dalloz*, 2011, p.1694; L. IDOT, «Compétence en matière contractuelle. Quand la Cour de justice fait référence aux Incoterms pour déterminer le lieu de livraison de la marchandise», *Europe 2011*, Août-Sept. Comm., n° 8-9, p. 47; A. LEANDRO, «Vendite a distanza: individuabile il Foro competente nel luogo dove c'è la consegna materiale del bene», *Guida al diritto*, 2011, n° 29, pp. 92-94; S. LEIBLE, «Bestimmung des Lieferorts beim

El TJUE entendió que la expresión recogida por el art. 5.1.b) Reglamento 44/2001 «según el contrato», a efectos de determinar el lugar en el que hubieren sido o debieran ser entregadas las mercancías de cara a fijar el tribunal competente, significa que el juez que está conociendo debe tener en cuenta los usos, particularmente si se han recopilado, precisado y publicado por las organizaciones profesionales reconocidas y que se siguen ampliamente en la práctica por los operadores económicos. El TJUE considera que desempeñan un papel importante en la normativa no estatal del comercio internacional, facilitando las actividades de dichos operadores económicos en la redacción del contrato, dado que mediante el uso de términos breves y sencillos, se puede determinar gran parte de sus relaciones mercantiles. Así, los Incoterms elaborados por la Cámara de Comercio Internacional, que definen y codifican el contenido de determinados términos y cláusulas utilizados habitualmente en el comercio internacional, tienen un reconocimiento y un uso práctico elevado (apartado 21 de la STJUE de 9 de junio de 2011).

El TJUE, además, recuerda que el art. 23 Reglamento 44/2001, que regula la validez de los pactos de sumisión expresa a tribunales de Estados miembros de la Unión Europea, señala que los acuerdos atributivos de competencia pueden celebrarse: a) por escrito o verbalmente con confirmación escrita; b) o en una forma que se ajuste a los hábitos que las partes tuvieran establecido entre ellas; o c) en el comercio internacional, en una forma conforme a los usos que las partes conocieran o debieran conocer y que, en dicho comercio, fueran ampliamente conocidos y regularmente observados por las partes en los contratos del mismo tipo en el sector comercial considerado<sup>51</sup>. Y dentro de estos usos del comercio internacional se encuentran los Incoterms, por lo que no tendría sentido que el legislador comunitario quisiera incluirlos en la interpretación de la voluntad de las partes, *ex art. 23* del Reglamento 44/2001, y quisiera excluirlos en la interpretación de la voluntad de las partes, «según el contrato», art. 5.1.b) Reglamento 44/2001, cuando se trata de disposiciones del mismo Reglamento comunitario (apartados 19 y 20). Lo importante es asegurar una interpretación de la voluntad de las partes conforme a la práctica comercial internacional<sup>52</sup>.

Sin embargo, esta analogía introduce una gran confusión entre la validez de las cláusulas atributivas de competencia, que priman sobre el resto de los foros, y la simple indicación del lugar de entrega de las mercancías, que ofrece una opción más al demandante junto con el foro del domicilio del demandado (art. 2 Reglamento 44/2001). No se puede confundir la existencia de un acuerdo atributivo de competencia con la interpretación de una cláusula contractual. Hubiera sido mucho más correcto que el TJUE se hubiera inspirado en el art. 9.2 CV —ya estudiado— que prevé «salvo pacto en contrario, se considerará que las partes han hecho tácitamente aplicable al contrato o a su formación un uso del que tenían o debían haber tenido conocimiento y que en el comercio internacional sea ampliamente conocido y regularmente observado por las partes en contratos de mismo tipo en el tráfico mercantil de que se trate». Sin embargo, esta inspiración no es posible para el TJUE desde el momento en que niega públicamente toda posibilidad de acudir al Derecho aplicable al contrato para fijar el lugar de entrega de las mercancías, basando su fallo judicial, precisamente, en la prohibición de acudir al Derecho material aplicable al contrato en la interpretación jurisprudencial del art. 5.1.b) Reglamento 44/2001<sup>53</sup>.

El TJUE consideró, por tanto, que para determinar el lugar de entrega en el sentido del art. 5.1.b) Reglamento 44/2011, el tribunal que esté conociendo de su posible competencia debe tener en cuenta «*todos los términos y todas las cláusulas pertinentes de dicho contrato, incluidos, en su caso, los tér-*

---

Versendungskauf», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2011, pp. 604-606; P. MANKOWSKI, «Zum Erfüllungsortsgerichtsstand beim Versendungskauf («Electrosteel»)», *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 2011, pp. 497-498; D. MARTEL, «Le rôle des usages commerciaux internationaux dans la détermination du lieu de livraison des marchandises», *La Semaine Juridique - édition générale*, 2011, n° 38, pp. 1659-1662; Ch. M. RADTKE, «Le juge du lieu de livraison», *Revue Lamy droit des affaires*, 2011, n° 64, pp.63-65; C. SILVESTRI, «Ancora sul forum contractus nel Reg. n.44/2001: il valore delle previsioni contrattuali e delle clausole d'uso del commercio internazionale nell'individuazione del «luogo di consegna» ai sensi dell'art. 5, n. 1, lett.b)», *Int'l Lis*, 2011, p. 127-130; A. WITTEW, «Abstrakte Erfüllungsortsvereinbarungen - Zur Vereinbarung des Erfüllungsorts nach Art. 5 Nr. 1 lit. b EuGVVO», *European Law Reporter*, 2011, pp. 287-288.

<sup>51</sup> G. KAUFMANN-KOHLER, *La clause d'élection de for dans les contrats internationaux*, Bâle, 1980; U. MAGNUS, «Art. 23 Brussels I» en U. MAGNUS / P. MANKOWSKI (eds.), *European Commentaries on Private International Law. Brussels I Regulation*, 2ª ed., European Law Publishers, Alemania, 2012, pp. 436-514.

<sup>52</sup> *Vid.* C.M. RADTKE, «Le juge du lieu de livraison», *Revue Lamy droit des affaires*, n° 64, 2011, p. 63.

<sup>53</sup> *Vid.*, las críticas realizadas al respecto, D. MARTEL, «Le rôle des usages commerciaux internationaux dans la détermination du lieu de livraison des marchandises», *La Semaine Juridique - édition générale*, 2011, n° 38, p. 1661.

*minos y cláusulas generalmente reconocidos y consagrados por los usos mercantiles internacionales, como los Incoterms, dado que permiten identificar dicho lugar de manera clara»* (apartado 22).

En concreto, el Incoterm al que se hacía referencia era el Incoterm *Ex Works* que no regula solo la transmisión de los riesgos y el reparto de los gastos sino también establece claramente cuál es el lugar de la entrega de las mercancías, según se establece en la rúbrica A4 de cada uno de los Incoterms. Así lo establece claramente la Abogado General J. KOKOTT en el punto 40 de sus conclusiones que presentó el 3 de marzo de 2011 al asunto C-87/10, cuyas conclusiones están articuladas sobre la base de determinar el significado de la cláusula «franco fábrica». Según la Abogado General, la cláusula «franco fábrica» no sólo sirve para regular la transmisión de los riesgos del vendedor al comprador y hacer un reparto de los costes del transporte, sino que también determina el lugar de entrega de las mercancías, relevante, en este caso, para determina el juez competente<sup>54</sup>.

En el Incoterm *Ex Works*, como se ha visto ya, la entrega se entiende realizada en el establecimiento del vendedor, por eso el tribunal competente, según el art. 5.1.b) Reglamento 44/2001, para conocer de todos los litigios relativos al contrato de compraventa internacional celebrado entre la sociedad vendedora italiana *Edil Centro* y la sociedad compradora francesa *Electrosteel* es el de Vicenza, lugar donde tenía su establecimiento la sociedad vendedora.

**58.** Hay que tener en cuenta que el TJUE hace una afirmación muy importante y muy grave cuando señala que las partes pueden pactar libremente el lugar de entrega, siempre que este lugar de entrega se pueda inferir del contrato «sin remitirse al Derecho material aplicable al contrato» (apartado 55 de la STJUE de 25 de febrero de 2010, *Car Trim* al que se refiere el apartado 16 de la sentencia *Electrosteel*). Esta misma afirmación ya la había realizado en la Sentencia *Car Trim*. Por ello, sobre la base de las consideraciones de la Sentencia *Car Trim*, la Abogado General puso de manifiesto en sus conclusiones al caso *Electrosteel*, que la cláusula *Ex Works* —«franco fábrica»— de los Incoterms 2000 no hace referencia al Derecho aplicable al contrato y puede servir sin más para determinar el lugar de entrega, pues no sólo describe la transmisión del riesgo sino también el lugar de entrega en el sentido de una estricta cláusula de recogida (apartado 40). Sólo en ausencia de pacto a cerca del lugar de entrega se puede ir al criterio de la entrega material, unida a la mera posesión de las mercaderías (apartados 47 y 48). Pero, los Incoterms no pueden considerarse jamás la ley aplicable al contrato de compraventa internacional. Se trata de unas meras cláusulas contractuales que pueden ser incorporadas al contrato en virtud de la autonomía material de las partes. Por tanto, con la inclusión de un Incoterm se determina «según el contrato» el lugar de entrega y se cumple la condición que exige el TJUE de la prohibición de recurrir al Derecho sustantivo aplicable al contrato según las normas de Derecho internacional privado recogidas en el Reglamento Roma I o en la Convención de Viena.

Esta prohibición del TJUE de no poder acudir el juez nacional, en ningún caso, al Derecho material aplicable para determinar el lugar de entrega de las mercancías es el error más grave que comete en esta sentencia, que copia su fallo de la STJUE de 25 de febrero de 2010, en el caso *Car Trim* —la llamada «fórmula *Car Trim*»—. Esta solución del TJUE es muy criticable, porque si lo relevante es el lugar de entrega «fijado en el contrato» para determinar el tribunal competente, sin acudir al Derecho material aplicable al contrato de compraventa internacional, podría ocurrir que la Ley aplicable al contrato internacional invalidara esa cláusula contractual y, sin embargo, sería perfectamente válida para determinar el tribunal competente. Ello es debido a que el contenido de la Ley aplicable al contrato es irrelevante para el TJUE a la hora de determinar el tribunal competente por el lugar de entrega fijado, *ex art. 5.1.b) Reglamento 44/2001*<sup>55</sup>. Dicho de otro modo, la Convención de Viena de 1980 o el Reglamento Roma I no pueden aplicarse jamás para otorgarle validez al pacto de determinación de entrega de la mercancía a través de un Incoterm.

<sup>54</sup> *Vid.* C. SILVESTRI, «Ancora sul forum contractus nel Reg. n.44/2001: il valore delle previsioni contrattuali e delle clausole d'uso del commercio internazionale nell'individuazione del «luogo di consegna» ai sensi dell'art. 5, n. 1, lett.b)», *Int'l Lis*, 2011, p. 127.

<sup>55</sup> A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Contratos internacionales I», en A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 12ª ed., Granada, Comares, 2011-2012, p. 596.

## 2. Determinación del lugar de entrega por los Incoterms 2010 en ausencia de una estipulación contractual que determine el lugar de entrega

**59.** Ya en la STJUE de 25 de febrero de 2010, asunto C-381/08, *Car Trim GmbH*, el TJUE había precisado que el lugar de entrega era el previsto en el contrato de compraventa internacional. En ausencia de pacto relativo al lugar de la entrega, según el TJUE, dicho lugar será el de la entrega material de las mercancías, en virtud del cual el comprador adquirió o hubiera debido adquirir la facultad de disponer efectivamente de dichas mercancías en el destino final de la operación de compraventa (apartado 16).

Sin embargo, esta solución es contraria tanto a los Incoterms 2010 como a las soluciones contempladas por la Convención de Viena en su art. 31, en defecto de pacto.

El TJUE realiza varias precisiones que pueden ser útiles para entender la solución a la que llega:

- 1º El órgano jurisdiccional nacional que está conociendo del litigio deberá comprobar si el lugar de entrega está determinado «según el contrato».
- 2º Si existe tal pacto de fijación del lugar de entrega, ese lugar es el que debe tenerse en cuenta para determinar el juez competente en materia de contratos de compraventa internacional, *ex art. 5.1.b) Reglamento 44/2001*.
- 3º Si el contrato no contiene ninguna estipulación sobre el lugar de entrega, la entrega debe considerarse como un concepto autónomo del Reglamento 44/2001, sin posibilidad de remisión alguna al Derecho aplicable al contrato de compraventa internacional, como *ad ex.*, a las soluciones recogidas por el art. 31 CV, en defecto de pacto, si fuera aplicable al contrato de compraventa internacional. Se sigue la fórmula *Car Trim*.
- 4º El TJUE consideró que el lugar de la «entrega material» de las mercancías al vendedor, como lugar del «destino final», se adapta mejor a los objetivos del Reglamento 44/2001, de otorgar la competencia judicial internacional a un tribunal próximo y que sea previsible para las partes.

Sin embargo, estos dos últimos argumentos sorprenden bastante si se tiene en cuenta que se trata de un contrato de compraventa a distancia, que implica un transporte, la mayoría de las veces internacional, de mercancías.

**60.** Ahora bien, la Abogado General señala en sus conclusiones que las soluciones a las que llega el TJUE en el caso *Car Trim* deben aplicarse con carácter general a todos los contratos de compraventa internacional y no sólo a la venta por correspondencia, aunque reconoce que la determinación del lugar de entrega suscita problemas particulares precisamente en el caso de la venta por correspondencia (apartado 45 de las conclusiones). Según la fórmula *Car Trim*, en defecto de una estipulación contractual sobre el lugar de entrega, ha de tomarse como referencia el destino final de las mercancías, puesto que el objetivo fundamental de un contrato de compraventa de mercancías es el traspaso de las mismas del vendedor al comprador, operación que no está del todo cerrada hasta que las mercancías no llegan a su destino final. Según el TJUE, el hecho de que haga la entrega de las mercancías al transportista, cuya identidad no coincida con el comprador, no fundamenta en ningún caso un lugar de entrega concreto, puesto que la operación de compraventa no se cierra hasta la entrega material al comprador (apartados 60 y 61 de la STJUE *Car Trim*). Ahora bien, si el comprador va a recoger la mercancía al establecimiento del vendedor, ya no estaríamos ante un contrato de compraventa a distancia, por lo que el destino final de la operación de compraventa se alcanzaría precisamente en el establecimiento del vendedor y la operación de compraventa finalizaría con la entrega de la mercancía al comprador, que recogería la misma. Así lo establece en el apartado 53 de sus conclusiones la Abogado General al asunto *Electrosteel Europe*, criticando las soluciones del caso *Car Trim*.

**61.** Esta solución es totalmente contraria a la práctica comercial internacional cuando la compraventa internacional implica un transporte de mercancías. Las partes, normalmente, contratan el transporte con un tercero, el transportista. Si el contrato de transporte lo concluye el comprador, el vendedor no tiene ningún control sobre el transporte de las mercancías al lugar de su destino final. Es muy difícil considerar, en este caso, la obligación de entrega no se cumple por parte del vendedor hasta que la mercancía llega su destino final.

**62.** Además, lo que es más grave, se quiebra todo el sistema de interpretación del art. 5.1.b) Reglamento 44/2001 que establece que cuando hay un pacto de entrega dentro del territorio 44 se fija directamente el tribunal competente por el lugar de entrega pactado en el contrato. Ahora bien, si las partes no pactan el lugar de entrega, habría que ir a la concreta obligación incumplida, que puede ser la entrega o el pago, y, en este caso, para determinar el tribunal competente hay que acudir a la ley aplicable al contrato de compraventa internacional —la Convención de Viena, en la mayoría de los casos— que será la que determine dónde se entiende realizada la obligación que sirve de base a la demanda —la entrega o el pago—, en defecto de pacto. Sin embargo, este sistema se rompe completamente cuando el TJUE establece la fórmula *Car Trim*, según la cual, en defecto de pacto de lugar de entrega se debe acudir al lugar de entrega material, considerado como el lugar del destino final de la operación de compraventa. Teniendo en cuenta además, que este lugar de entrega material puede ser distinto al lugar de entrega fijado según la ley que rija el contrato, con lo cual, habrá dos lugares de entrega distintos: uno para determinar el tribunal competente y otro para precisar si realmente se ha producido la ejecución de la obligación de entrega por parte del vendedor. Así, por ejemplo, puede ocurrir que la entrega material se produzca en un lugar distinto del lugar en el que se transmiten los riesgos, si la ley que regula la transmisión de los riesgos del vendedor al comprador establece una solución distinta a la del TJUE recogida en su fórmula *Car Trim*. La seguridad jurídica en estos casos brillará por su ausencia<sup>56</sup>.

**63.** A mi entender, si era necesario determinar el lugar de entrega a través de una estipulación tácita, los Incoterms podrían haber sido una buena solución para determinar el lugar de entrega en defecto de pacto, puesto que reflejan las diferentes prácticas del comercio internacional; y si algo ha dejado claro el TJUE en el caso *Electrosteel Europe* es que es perfectamente válido que, en un contrato de compraventa internacional, las partes pueden definir claramente el lugar de entrega por remisión a un Incoterm. Este es el elemento que se tiene en cuenta para determinar la competencia del juez en materia de contratos de compraventa internacional, *ex art. 5.1.b) Reglamento 44/2001*.

**64.** Por otro lado, si se parte de las consideraciones realizadas tanto por el TJUE como por la Abogado General, es relevante distinguir entre compraventas a distancia y compraventas en plaza, cuando las partes no estipulan el lugar de entrega de la mercancía, para comprobar la incongruencia de sus soluciones. En las compraventas a distancia, dado que hay un transportista, hasta que las mercancías no llegan a su destino final no se considera realizada la entrega de la mercancía. Sin embargo, en las compraventas en plaza, donde el comprador va directamente al establecimiento del vendedor a recoger las mercancías se considera realizada la entrega en el momento en el que las recoge, con independencia de que después exista un contrato de transporte. Este último caso se correspondería con la cláusula *Ex Work* (A4: «El vendedor debe entregar la mercancía poniéndola a disposición del comprador en el punto acordado, si lo hay, en el lugar de entrega designado, y no cargada en ningún vehículo de recogida. Si no se ha acordado un punto específico en el lugar de entrega designado, y si hay varios puntos disponibles, el vendedor puede elegir el punto que más le convenga»).

También se podrían plantear problemas si la compraventa es a la llegada, es decir, si la primera entrega efectiva se hace en un almacén del comprador pero, en realidad, el destino definitivo es otro centro de explotación. En este caso ¿cuál sería el lugar de entrega de la mercancía, si no hay un pacto en el contrato? Teniendo en cuenta las consideraciones del TJUE dependería de que el vendedor supiera de antemano el destino final de las mismas. Dicho de otro modo, si el vendedor supiera que el destino final es otro centro de explotación, no habría satisfecho su entrega y, por tanto, no habría cumplido con su obligación de entrega, cuando entrega la mercancía en el almacén del comprador, sino cuando llegara al otro centro de explotación. Definitivamente, este razonamiento es completamente ilógico e irrazonable, puesto que el vendedor ya no tiene ningún control sobre la mercancía, por lo que no puede tener la obligación de correr con los riesgos de lo que le pueda pasar a la mercancía.

Además, en el caso de las compraventas a distancia, las soluciones del TJUE y la conclusiones de la Abogado General son totalmente contradictorias con las soluciones recogidas en los Incoterms

<sup>56</sup> A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Contratos internacionales I», en A.L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho internacional privado*, vol. II, 12ª ed., Granada, Comares, 2011-2012, p. 596.



referidos a este tipo de contratos; en concreto los Incoterms F y C, en virtud de los cuales se entiende hecha la entrega cuando las mercancías están en manos del primer porteador. En ese momento, se considera hecha la entrega, aunque la mercancía no haya llegado a su destino final.

Esta circunstancia es muy importante, no sólo en la determinación del lugar que ha de tenerse en cuenta para fijar el tribunal competente por el lugar de entrega sino también en la transmisión de los riesgos, pues para los Incoterms F y C, una vez que las mercancías están en posesión del primer porteador o transportista se considera que hay transmisión de los riesgos por parte del vendedor al comprador.

**65.** En definitiva, tanto en los contratos en plaza o a la llegada como en los contratos a distancia existe normalmente un contrato de transporte internacional. La diferencia estriba en que en los contratos de compraventa en plaza o a la llegada la entrega y, por tanto, la transmisión de los riesgos, es independiente al transporte de las mercancías, y, sin embargo, en los contratos a distancia el lugar de entrega se identifica con la entrega de la mercancía al primer transportista, momento a partir del cual se considera que hay una transmisión de los riesgos del vendedor al comprador, por lo que si las mercancías no llegan en buen estado a su destino final ya no es obligación del vendedor sino del comprador, al haberse transmitido los riesgos. El TJUE tendría que haber tenido en cuenta todas estas observaciones para dar una solución más completa y más adaptada al comercio internacional, partiendo de las soluciones adoptadas por los Incoterms, como hizo la Convención de Viena de 1980.

## V. A modo de conclusión

**66.** Con el asunto *Electrosteel Europe* se pone de manifiesto la importancia y la superioridad de los Incoterms en la individualización del lugar de entrega respecto al criterio de la entrega material, destinado a una aplicación subsidiaria. La voluntad de las partes sale reforzada con esta sentencia, con el único límite de que el lugar designado para la entrega de las mercancías permita identificar dicho lugar «de manera clara». Y para ello, el tribunal nacional tiene que tener en cuenta «todos los términos y todas las cláusulas pertinentes» del contrato.

Esta decisión corrige o complementa la Sentencia *Car Trim* sobre el problema de la individualización del lugar de entrega en los contratos de compraventa. En la Sentencia *Car Trim*, el TJUE está más preocupado por remarcar la imposibilidad de acudir al Derecho material aplicable para fijar el lugar de entrega que por clarificar la regla de competencia judicial establecida en el art. 5.1.b) Reglamento 44/2001. Además el TJUE, en el caso *Car Trim* no entra en la definición del lugar de entrega realizado por los Incoterms sino que parte de que sólo sirven para determinar la transmisión de los riesgos del vendedor al comprador. Al menos con el asunto *Electrosteel* el TJUE da marcha atrás y considera que además de la transmisión de los riesgos los Incoterms sirven para fijar con claridad el lugar de entrega de las mercancías, a los efectos de determinar el juez del lugar de entrega, ex art. 5.1.b) Reglamento 44/2001.

**67.** Sin embargo, el TJUE con las sentencias *Car Trim* y *Electrosteel Europe* vuelve a dar un paso atrás al comercio internacional, en los casos en los que las partes no pactan el lugar de entrega de las mercancías en el contrato. En mi opinión, en ausencia de pacto, debe primar la aplicación de los usos y prácticas comerciales internacionales, incluso las soluciones materiales aplicables al contrato de compraventa internacional, ex art. 31 CV, puesto que son soluciones mucho más armónicas con el comercio internacional. El TJUE, sin embargo, deja muy claro que no se pueden aplicar los Incoterms si no se incluyen en el contrato y que, en ningún caso, podrá remitirse el juez nacional a las soluciones de Derecho material aplicable al contrato internacional, es decir, en muchos casos al art. 31 CV. En este caso, la única solución aplicable es acudir al lugar de la entrega material de las mercancías, entendido como el lugar del «*destino final de la operación de compraventa*». Esta última expresión ha sido criticada incluso por la Abogado General en sus conclusiones a la Sentencia *Electrosteel* porque considera que plantea más confusión que provecho. De hecho, en el apartado 57 de sus conclusiones señala que «...me parece preferible renunciar a la expresión *destino final de la operación de compraventa*. Con el lugar de entrega material al comprador se dispone de un criterio suficientemente claro y previsible para ambas partes, que no requiere modificación posterior alguna».

**68.** Hay que tener una cosa muy clara: para evitar soluciones contradictorias sobre la determinación del tribunal competente en los litigios derivados de una compraventa internacional es obligatorio incluir una cláusula atributiva de competencia judicial internacional, *ex art. 23 Reglamento 44/2001*—o, lo que es más difícil en caso de litigio, acordar tácitamente el tribunal competente, *ex art. 24 Reglamento 44/2001*—, o una cláusula que permita identificar «claramente» el lugar de entrega de las mercancías, como, por ejemplo, a través de la inclusión de un Incoterm No en vano, la Abogado General J. KOKOTT en sus conclusiones al caso *Electrosteel Europe* consideró como un «avispero jurídico» el problema de la ubicación del lugar de entrega» (apartado 14).

# EL TRATAMIENTO LEGAL DEL CONTRATO DE VIAJE COMBINADO EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO\*

SILVIA FELIU ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado  
Universidad de las Islas Baleares*

Recibido: 15.07.2012 / Aceptado: 20.07.2012

**Resumen:** El tradicional contrato de viaje combinado se enfrenta actualmente a la aparición de nuevas fórmulas de contratación, especialmente las ofrecidas a través de prestadores de servicios turísticos online, tales como los viajes a forfait, los paquetes turísticos o nuevas fórmulas de alojamiento y transporte, como los paquetes dinámicos, que obligan a replantear una revisión del supuesto de hecho legislativo de la normativa que lo regula. En este estudio se examina la interacción entre las diferentes normativas europeas que regulan el contrato de viaje combinado, tanto desde la perspectiva de la competencia judicial internacional como de la ley aplicable, con especial atención al tratamiento de *excepción de la excepción* contemplado en el Reglamento Bruselas I y Reglamento Roma I; y la relación entre éste último y la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados y su transposición al ordenamiento jurídico español. Todo ello confiere un resultado complejo, un tanto obsoleto y difícil de prever tanto por el turista como por el prestador de servicios turísticos, lo cual acaba repercutiendo en perjuicio del consumidor.

**Palabras clave:** Reglamento Bruselas I; Reglamento Roma I; Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados; Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; STJUE 7 diciembre 2010, as. C-585/08 y C-144/09, *Pammer y Hotel Alpenhof*.

**Abstract:** The traditional package travel contract is currently facing the emergence of new forms of engagement, particularly those offered through online tourism service providers, such as forfait travel, packages tour or new forms of accommodation and transport, as dynamic packages, which require stake out a review of the premise of legislative rules governing it. This study examines the interaction between different European regulations governing the package travel contract, both from the perspective of international jurisdiction and the applicable law, with particular attention to the treatment of *exception to the exception* provided for in Brussels I Regulation and Rome I Regulation; and the relationship between Rome I Regulation and the Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours and their transposition into Spanish law. All this gives a complex result, outdated and difficult to predict both the tourist and the tourist service provider, which ends up affecting the detriment of consumers.

**Key words:** Brussels I Regulation; Rome I Regulation; Council Directive 90/314/EEC of 13 June 1990 on package travel, package holidays and package tours; Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias; Judgment of the Court of 7 December 2010; Joined cases C-585/08 y C-144/09, *Pammer and Alpenhof Hotel*.

---

\*Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación I+D+I: «Nuevas fórmulas de comercialización online de servicios turísticos. Subsunción en los tipos legales y distribución de responsabilidad». Ministerio de Ciencia e Innovación (ahora, Ministerio de Economía y Competitividad). DER2009-10073.

**Sumario:** I. Consideraciones previas. 1. Definición de «viaje combinado» de la Directiva 90/314/CEE. 2. Pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión europea en relación con la definición de «viaje combinado». 3. El contrato de «viaje combinado» como un contrato de consumo. II. Determinación de los tribunales competentes en materia de contrato de viaje combinado. 1. Reclamación contractual: artículos 15 a 17 del Reglamento Bruselas I. 2. Reclamación extracontractual: art. 5.3 del Reglamento Bruselas I. III. Determinación de la ley aplicable al contrato de viaje combinado. 1. Inexistencia de normas de conflicto bilaterales en la Directiva 90/314/CEE y en el TRLGDCU en materia de viajes combinados. 2. Determinación de la ley aplicable al contrato de viaje combinado a través del RRI: el art. 6 RRI. IV. Derecho comunitario armonizado y transposiciones.

## I. Consideraciones previas

1. No hay duda de que los llamados «viajes combinados» constituyen una parte fundamental de la actividad turística<sup>1</sup>, lo que ha contribuido a que el turismo desempeñe un papel cada día más importante en la economía mundial y de un modo muy especial en España, donde la actividad turística representa alrededor del 10 por 100 del PIB<sup>2</sup>. Conforme a los datos estadísticos, la demanda turística en España experimentó a lo largo de 2011 una evolución positiva, lo cual en los tiempos que corren es una gran noticia. En este periodo, la entrada de turistas en nuestro país alcanzó el nivel de los 56,7 millones, lo que supuso un crecimiento del 7,6 por 100 respecto al año 2010 (4 millones de turistas más).

2. Existen dos factores fundamentales que sin duda alguna contribuyen al incremento del turismo. En primer lugar, las nuevas formas de comercio *online* que invitan a contratar con facilidad, entre las que se incluye el *m-commerce*, o «generación *smartphone/tablet*», esto es, la compra a través de un dispositivo móvil, así como las nuevas formas de empresas turísticas como metabuscadores, portales, centrales de reserva al alcance del consumidor y agencias de viajes *online*, entre otros<sup>3</sup>. Como viene siendo habitual, las actividades relacionadas con el turismo y los viajes (agencias de viajes y operadores turísticos, transporte aéreo, transporte terrestre de viajeros, hoteles y alojamientos similares) encabezan la clasificación de las ramas de actividad con más facturación en Internet. No en vano, en el año 2011 reunieron casi el 34 por 100 del total de facturación *online* e ingresaron 787 millones de euros<sup>4</sup>. La contratación *online* de servicios turísticos constituye el primero de los sectores en volumen de ventas en Internet. El segundo factor que contribuye al aumento de las ventas en el sector de los servicios turísticos es la potenciación de productos turísticos que pretenden hacer más económico y atractivo el viajar, como es el caso de los paquetes turísticos o los denominados comúnmente «viajes combinados». Así se constató, como rasgo distintivo del año 2011, un intenso crecimiento en la utilización del paquete turístico por parte de los turistas internacionales, con una tasa de variación interanual del 12,2 por 100, lo que supuso para España recibir 1,9 millones de turistas más<sup>5</sup>.

3. Sin duda alguna, el sector de los servicios combinados en los Estados miembros se ha visto estimulado gracias a la adopción que, en su día, se realizó sobre un mínimo de normas comunes para estructurar dicho contrato en una dimensión europea. Sin embargo, dicho contrato se enfrenta hoy a las fórmulas de comercialización *online* de servicios turísticos, lo que obliga, sin duda alguna a replantear

<sup>1</sup> Informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sobre comercio electrónico en España en el 2011. Disponible en la página web oficial del CMT: [www.cmt.es](http://www.cmt.es). El informe constata que los extranjeros adquieren, a través del comercio electrónico, paquetes turísticos (32,9%) sobre todo lo demás y con mucha diferencia.

<sup>2</sup> Datos del Instituto de Estudios Turísticos sobre el turismo en España en el año 2011 (Balance del turismo en España en el año 2011). Disponible en la página web oficial del IET: [www.iet.tourspain.es](http://www.iet.tourspain.es).

<sup>3</sup> Vid. S. CAVANILLAS MÚGICA, «Introducción» en S. CAVANILLAS MÚGICA, y otros; *Turismo y comercio electrónico. La promoción y contratación on line de servicios turísticos*. Granada, 2001, p. 15.

<sup>4</sup> Informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sobre comercio electrónico en España en el 2011. *cit.*

<sup>5</sup> Datos del Instituto de Estudios Turísticos sobre el turismo en España en el año 2011 (Balance del turismo en España en el año 2011). Disponible en la página web oficial del IET: [www.iet.tourspain.es](http://www.iet.tourspain.es). Las comunidades autónomas que mas expansión obtuvieron con esta opción fueron la Comunidad Valenciana (con un 33,6 por cien), Canarias (24,1 por cien), Andalucía (12,5 por cien) y Baleares (12 por cien).

su tratamiento legal. Como se verá a continuación, el marco legal del contrato de viaje combinado es complejo, resultado de la «diversificación de las fuentes de Derecho internacional privado», que define el Derecho internacional privado en el momento actual<sup>6</sup>, y de un derecho armonizado en el ámbito de la Unión Europea que necesita adaptarse a las circunstancias del momento.

### 1. Definición de «viaje combinado» de la Directiva 90/314/CEE

4. La Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados<sup>7</sup> (en adelante Directiva 90/314/CEE) supuso la armonización en el ámbito europeo del concepto del contrato de viaje combinado, lo que sin duda alguna supuso un claro avance en el ámbito de la Unión Europea. Siendo así, se entenderá por viaje combinado la combinación previa de, por lo menos, dos de los siguientes elementos: a) transporte; b) alojamiento; c) otros servicios turísticos no accesorios del transporte o del alojamiento y que constituyan una parte significativa del viaje combinado, vendidos u ofrecidos a la venta con arreglo a un precio global, cuando dicha prestación sobrepase las veinticuatro horas o incluya una noche de estancia (art. 2.1 Directiva). La Directiva es aplicable a las «combinaciones a medida», esto es, viajes organizados no anunciados como tales pero que cumplen con las condiciones antes mencionadas<sup>8</sup>. Se armoniza, por tanto, el concepto bajo un mínimo de dos condiciones: la prestación debe sobrepasar las 24 horas y venderse con arreglo a un precio global<sup>9</sup>. La revisión de la Directiva 90/314/CEE está en la agenda de la Comisión europea, la cual, sin duda alguna, deberá replantear la definición de viaje combinado, vacaciones combinadas y los circuitos combinados para adaptarla a las nuevas circunstancias del momento.

5. En España, la norma en la que se ha transpuesto la Directiva es, tras diversas modificaciones, el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante TRLGDCU)<sup>10</sup>. Dicha norma define en el art. 151 los viajes combinados como «la combinación previa de, por lo menos, dos de los siguientes elementos: transporte, alojamiento u otros servicios turísticos no accesorios del transporte o del alojamiento y que constituyan una parte significativa del viaje combinado, vendidos u ofrecidos en venta con arreglo a un precio global, cuando dicha prestación sobrepase las 24 horas o incluya una noche de estancia»<sup>11</sup>. Como se ha mencionado, este concepto de viaje combinado

<sup>6</sup> Vid. J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Diversification, spécialisation, flexibilisation et matérialisation des règles de Droit international privé. Cours général», *Recueil des Cours*, 2000, t. 287, pp.67 y ss. A. BORRÁS, «La diversificación de las fuentes y su interrelación en el Derecho Internacional Privado de la Unión Europea y de sus miembros» en A. BORRÁS/ G. GARRIGA (Eds.), *Adaptación de la legislación interna a la normativa de la Unión Europea en materia de cooperación civil*, Barcelona, 2012. pp. 51-78.

<sup>7</sup> DOCE L 158 de 23 de junio de 1990

<sup>8</sup> Así se desprende del Informe de la Comisión Europea sobre la transposición de la Directiva 90/314/CEE relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados a la legislación nacional de Estados miembros de la CE. SEC(1999) 1800 final.

<sup>9</sup> Sobre el contrato de viaje combinado, *vid., per omnia*, P. DE LA HAZA DIAZ, *El contrato de viaje combinado*, Madrid 1997; E. GÓMEZ CALLE, *El contrato de viaje combinado*, Madrid 1998; M.N. TUR FAÜNDEZ: «El contrato de viaje combinado: Notas sobre la Ley 21/1995, de 6 de julio, de regulación de los viajes combinados», *Aranzadi Civil*, Julio 1996; «La protección del turista en el contrato de viaje combinado» en *La protección del turista como consumidor* (AAVV), Valencia 2003; «El contrato de viaje combinado en la Unión Europea» en *Derecho del Turismo Iberoamericano*, Libros en Red 2010.

<sup>10</sup> La Directiva de 1990 fue transpuesta por la Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados. Posteriormente, en cumplimiento de lo previsto en la disposición final quinta de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, se refunde, en un único texto la antigua Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las directivas comunitarias en materia de protección de los consumidores y usuarios que inciden en aspectos regulados en aquella, entre las que se encuentra la Ley 21/1995, sobre viajes combinados. La norma resultante es el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, BOE nº 287 de 30 de noviembre de 2007.

<sup>11</sup> El art. 15 contempla además las siguientes definiciones: b) «Organizador»: la persona física o jurídica que organice de forma no ocasional viajes combinados y los venda u ofrezca en venta, directamente o por medio de un detallista. c) «Detallista»: la persona física o jurídica que venda u ofrezca en venta el viaje combinado propuesto por un organizador. d) «Contratante principal»: la persona física o jurídica que compre o se comprometa a comprar el viaje combinado. e) «Beneficiario»: la persona

se enfrenta actualmente a la aparición de nuevas fórmulas de contratación, especialmente las ofrecidas a través de prestadores de servicios turísticos *online*, tales como los viajes *a forfait* (cuando el consumidor se organiza su viaje combinado, utilizando la agencia de viajes como mero intermediario con los prestadores de los distintos servicios sueltos), los paquetes turísticos o nuevas fórmulas de alojamiento y transporte, como los paquetes dinámicos (en los que se ofrece vía Internet la combinación de un vuelo y hotel, sin precios previos cerrados en catálogos). En este sentido, se aboga por plantear una revisión del supuesto de hecho legislativo para evitar que el extremado formalismo de la normativa que lo regula pueda causar imprevistas complejidades en el ámbito del comercio electrónico<sup>12</sup>.

## 2. Pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión europea en relación con la definición de «viaje combinado»

6. La definición armonizada de viaje combinado viene matizada por los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión europea en dicha materia. Así, ha tenido ocasión de pronunciarse en relación al concepto de «viaje combinado» determinando que para que una prestación pueda ser calificado como tal en el sentido del art. 2. 1 de la Directiva 90/314, es suficiente, por un lado, que la combinación de servicios turísticos vendidos por una agencia de viajes a un precio global comprenda dos de los tres servicios contemplados en la misma disposición, a saber, el transporte, el alojamiento y los demás servicios turísticos no accesorios del transporte o del alojamiento y que constituyan una parte significativa del viaje combinado; y, por otro, que dicha prestación sobrepase las veinticuatro horas o incluya una noche de estancia<sup>13</sup>.

## 3. El contrato de «viaje combinado» como un contrato de consumo

7. La oferta de servicios turísticos es muy amplia, abarcando desde contratos de alojamiento turístico, contratos de transporte aéreo, contratos que ofrecen transporte y alojamiento, entre otros. La consideración de contrato de consumo o contrato entre partes iguales en el ámbito de los servicios turísticos bordea una frontera peligrosa por las diferentes consecuencias jurídicas que llevan aparejadas. A modo de ejemplo, la validez de las cláusulas de sometimiento a determinados tribunales y de ley aplicable incluidas en las condiciones generales del contrato o bien en la negociación individual (poco probable) vendrá determinada en función de que se trate de un contrato de consumo o de un contrato entre partes jurídicamente iguales. Sin embargo, como norma general, el turista da por sentado que el contrato que suscribe es un contrato de consumo, por lo que se presupone amparado por las normas de protección aplicables a este tipo de contratos y que, en caso de controversia, serían competentes los tribunales del país donde tiene su domicilio, cualquiera que sea el contrato suscrito. Por su parte, el detallista o el organizador ofrece sus servicios normalmente conforme a unas condiciones generales, resultado de una contratación en masa, en las que se incluyen cláusulas de sometimiento a los tribunales y al ordenamiento jurídico del país del domicilio de la sede empresarial, sin considerar si se trata de un contrato de consumo o no. Basta con observar las condiciones de venta presentes en los portales de Internet

---

física en nombre de la cual el contratante principal se comprometa a comprar el viaje combinado. f) «Cesionario»: la persona física a la cual el contratante principal u otro beneficiario ceda el viaje combinado. g) «Consumidor o usuario»: cualquier persona en la que concurra la condición de contratante principal, beneficiario o cesionario. h) «Contrato»: el acuerdo que vincula al consumidor con el organizador o el detallista. 2. A los efectos de lo previsto en este Libro, el organizador y el detallista deberán tener la consideración de agencia de viajes de acuerdo con la normativa administrativa.

<sup>12</sup> Vid. S. CAVANILLAS MÚGICA, «Contratación *on line* de viajes combinados» en AA.VV., *Turismo y comercio electrónico. La promoción y contratación on line de servicios turísticos*, Granada, 2001, pp. 153-163. Este autor entiende que uno de los posibles efectos de la expansión del comercio electrónico turístico es la difuminación formal y material de la diferencia existente entre las categorías del viaje *a forfait* y el paquete turístico con variantes. Este último modelo se flexibiliza en el contexto del comercio electrónico debido al sincronismo, reducción de costes de transacción, etc., lo que hace que hace que el consumidor pueda introducir más variantes relativas a sus deseos y conveniencia. Dicha situación obliga a un problema de definición legal cuya solución radica en plantear una revisión del supuesto de hecho legislativo.

<sup>13</sup> STJUE 30 abril 2002, as. C-400/00, *Club-Tour*. Rec. 01 p. I-4051, apartado 13. STJUE 7 diciembre 2010, as. C-585/08 y C-144/09, *Pammer y Hotel Alpenhof*, en relación a un contrato de «viaje en carguero», que cumplía con la definición de viaje combinado por comprender dos de los tres servicios contemplados en la Directiva 90/314.

que se dedican a la comercialización de servicios turísticos<sup>14</sup>. Dichos servidores ofrecen al consumidor variados servicios, todos ellos sometidos a las mismas condiciones de contratación, con independencia de que se trate de contratos de alojamiento, contratos de transporte aéreo, o bien contratos que, por un precio global, ofrecen una combinación de viaje y alojamiento, entre otros.

8. Ahora bien, la amplia gama de servicios turísticos no atiende a un único tratamiento legal de contrato sino que dependerá de los criterios establecidos en la propia normativa que los regula. En este sentido, el Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil<sup>15</sup> (en adelante Reglamento Bruselas I) clarificó el tratamiento legal de los viajes combinados al incluirlos expresamente en la sección dedicada a los contratos de consumo. Téngase en cuenta que el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 relativo a la competencia judicial internacional, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en materia civil y mercantil<sup>16</sup>, si bien excluía expresamente de dicha sección a los contratos de transporte, no se pronunciaba sobre los contratos de prestaciones combinadas de transporte y alojamiento, lo cual invitaba a debatir sobre su tratamiento<sup>17</sup>. Así, el Reglamento Bruselas I mantiene la exclusión del contrato de transporte de la sección dedicada a la competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores si bien contempla una *excepción a la excepción*, en virtud de la cual se incluye en el régimen específico del art. 15, apartado 3 del Reglamento a aquellos contratos que por un precio global ofrecen una combinación de viaje y alojamiento. Ello supone, por tanto, incluir los denominados comúnmente «viajes combinados» en la categoría de *contratos celebrados por consumidores*, con la consecuencia de poder acudir a los foros de protección previstos en el art. 16, así como aplicarles las limitaciones a los posibles acuerdos atributivos de competencia contempladas en el artículo 17, que más adelante serán objeto de análisis<sup>18</sup>.

9. Por su parte, el Reglamento (CE) 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales<sup>19</sup> (en adelante Reglamento Roma I) incluye también los contratos de viajes combinados en la categoría de *contratos de consumo* atendiendo al criterio de la *excepción de la excepción*; esto es, se entiende que es una excepción del contrato de transporte que, a los efectos de dicho Reglamento, no es considerado como un contrato de consumo [art 6.4, apartado b) del Reglamento Roma I]. Ello supone que al contrato de viaje combinado le serán de aplicación normas de conflicto más favorables a los intereses del consumidor que las normas generales del Reglamento Roma I, que en términos generales se traduce en la aplicación de las disposiciones del país de su residencia habitual, las cuales no pueden excluirse mediante acuerdo.

10. Como acabamos de ver, la normativa europea es clara al entender que un contrato de viaje combinado es un contrato de consumo, la reciente jurisprudencia del TJUE refleja la dificultad que

<sup>14</sup> Ejemplo de ello en Europa son «easyjet.com»; «lastminute.com»; «solmelia.com», «amadeus.net»; «viajesiberia.com».

<sup>15</sup> DOCE L 012, de 16 de enero de 2001. Téngase en cuenta la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (versión reuñida) [SEC(2010) 1547] [SEC(2010) 1548], COM(2010) 748. Véase B.AÑOVEROS TERRADAS, «El impacto de la propuesta de revisión del Reglamento 44/2001 en el régimen autónomo español de competencia judicial internacional en materia de contratos de consumo» en A. BORRÁS/ G. GARRIGA (Eds.), *Adaptación de la legislación interna a la normativa de la Unión Europea...*, cit., pp.265-288.

<sup>16</sup> DOCE L 27, de 26 de enero de 1998, p. 1/27

<sup>17</sup> L. F. CARRILLO POZO defendió el fraccionamiento del contrato, de tal manera que tan sólo se sometía a las normas de consumo los aspectos del contrato consistentes en la prestación de servicios, quedando excluidas las cuestiones atinentes sólo al transporte. En el caso de que el fraccionamiento fuera inviable se remitiría a las normas generales en materia de contratos. Vid. L. F. CARRILLO POZO, «Competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores», en A.-L. CALVO CARAVACA (Edit.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1995, p. 273. En sentido contrario, M. DESANTES REAL en contra del fraccionamiento defendía la inclusión de los contratos de viaje combinado como contratos de consumo. Vid. M. DESANTES REAL, *La competencia judicial en la Comunidad Europea*, Barcelona, 1986, p. 349.

<sup>18</sup> Vid. *Infra* NM 12.

<sup>19</sup> DOCE L 177, de 4 de julio de 2008.

plantean las nuevas fórmulas de comercialización de servicios turísticos para subsumir dichos contratos como contratos de consumo, tal y como se definen en el artículo 15 del Reglamento Bruselas I, especialmente en el caso de los contratos de viajes combinados. La sentencia del TJUE de 7 de diciembre de 2010, en relación con las cuestiones prejudiciales planteadas por el *Oberster Gerichtshof* de Austria, en los asuntos acumulados C-585/08 y C-144/09, *Pammer y Hotel Alpenhof*, es clarificante en este sentido, puesto que ayuda a esclarecer determinadas cuestiones relativas al concepto de viaje combinado en los casos en los que se sirven de nuevas tecnologías para comercializar el producto<sup>20</sup>.

## II. Determinación de los tribunales competentes en materia de contrato de viaje combinado

11. En el contrato de viaje combinado, el consumidor contrata con el detallista o con el organizador la prestación de unos servicios que le van a ser proporcionados por otras empresas. De esta peculiar característica se deriva una relación contractual entre el consumidor y la agencia de viajes y el organizador del viaje. Sin embargo, el consumidor puede reclamar directamente a los prestadores directos de servicios (transportistas, alojadores, prestadores de otros servicios complementarios, etc.) con los que trata directamente una vez iniciado el viaje y entre los que no existe una relación contractual sino extracontractual<sup>21</sup>. En consecuencia, la competencia judicial internacional vendrá determinada en función de que nos hallemos ante una reclamación de naturaleza *contractual* o bien *extracontractual*. En este sentido la determinación de la competencia judicial internacional a través Reglamento Bruselas I no está exenta de problemas. En la mayoría de las ocasiones, los problemas se derivan de las nuevas fórmulas de comercialización *online* de servicios turísticos, que en ocasiones dificultan la subsunción de tales contratos en los tipos legales.

### 1. Reclamación contractual: artículos 15 a 17 del Reglamento Bruselas I

12. El art. 5 de la Directiva sobre viajes combinados permite al consumidor exigir responsabilidades por el incumplimiento y por los daños al organizador y/o al detallista<sup>22</sup>. Dicha Directiva, no obstante, dejó en manos del legislador nacional determinar la forma en que aquéllos debían responder. Siendo así, el art. 162.1 del TRLGDCU recoge la solución más favorable al consumidor, pues establece que la responsabilidad de cuantos empresarios, sean organizadores o detallistas, concurren conjuntamente en el contrato, cualquiera que sea su clase y las relaciones que existan entre ellos, será solidaria. Dicho precepto reconoce asimismo el derecho de repetición de quien responda ante el consumidor y usuario frente a quien le sea imputable el incumplimiento o el cumplimiento defectuoso del contrato, en función de su respectivo ámbito de gestión del viaje combinado<sup>23</sup>.

El art. 164 del TRLGDCU establece un plazo de prescripción de dos años para las acciones derivadas de los derechos reconocidos en el libro IV (en el que se regula el contrato de viaje combinado), lo que incluye no sólo las acciones del consumidor contra el organizador o detallista, sino también las que éstos pudieran tener contra aquél.

13. Comoquiera que el contrato de viaje combinado cae bajo el ámbito de aplicación de la sección 4 relativa a la competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores del Reglamento Bruselas I, se entiende que debe cumplir con las condiciones subjetivas y objetivas del contrato de consumo, contempladas en el art. 15.

<sup>20</sup> Sobre esta resolución volveremos más adelante (*Vid. Infra* NM 21).

<sup>21</sup> Así lo entiende la doctrina mayoritaria. Véase, por todos, M.N. TUR FAÚNDEZ: «La protección del turista en el contrato de viaje combinado» en *La protección del turista como consumidor (AAVV)*, Valencia, 2003; «El contrato de viaje combinado en la Unión Europea» en *Derecho del Turismo Iberoamericano*, Libros en Red 2010.

<sup>22</sup> M. P. GARCIA RUBIO, *La responsabilidad contractual de las agencias de viaje*, Madrid 1999. P. BECH SERRAT, «Responsabilidad contractual del organizador de viajes combinados por accidentes en excursiones facultativas», *La Ley*, núm 5487, febrero 2002.

<sup>23</sup> Véase M.N. TUR FAÚNDEZ, «El contrato de viaje combinado en la Unión Europea» *cit.*, p. 264.



## A) Condiciones subjetivas

14. El Reglamento Bruselas I hace expresa mención al «viaje combinado» en su art. 15, apartado 3, sin embargo ni define el concepto ni tampoco remite a la Directiva 90/314/CEE, a pesar de ser posterior a esta última<sup>24</sup>. Se tuvo que esperar al Reglamento Roma I, que en su artículo 6, apartado 4, letra b), se refiere expresamente al concepto de «viaje combinado» en el sentido de la Directiva 90/314/CEE. Teniendo en cuenta la interconexión de las disposiciones del Reglamento Bruselas I y Reglamento Roma I en materia de contratos relativos a un viaje combinado<sup>25</sup>, la remisión hecha por el Reglamento Roma I a la Directiva 90/314/CEE debe hacerse extensible también al Reglamento Bruselas I, lo que garantiza la armonización en el ámbito europeo del concepto del contrato de viaje combinado.

15. La remisión que, por analogía, realiza el Reglamento Bruselas I al concepto de viaje combinado de la Directiva 90/314/CEE, implica una combinación de definiciones de tal forma que, para que un consumidor obtenga el amparo de los foros de protección en materia de contratos de consumo, debe cumplir con la definición de consumidor contenida tanto en el art. 15.1 Reglamento Bruselas I como en el art. 2.4 de la Directiva 90/314/CEE. Siendo así, se define al consumidor de un viaje combinado como «la persona que compra o se compromete a comprar el viaje combinado («el contratante principal»), la persona en nombre de la cual el contratante principal se compromete a comprar el viaje combinado («los demás beneficiarios») o la persona a la cual el contratante principal u otro beneficiario cede el viaje combinado («cesionario») [art. 2.4 Directiva 90/314/CEE; art. 151, g) TRLGDCU], siempre que dicha persona contrate «para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional» (art. 15.1 Reglamento Bruselas I). Se mantiene así una definición de consumidor restrictiva, que combina el criterio del uso con el de la actividad profesional<sup>26</sup>.

16. Se excluye la posibilidad de que el consumidor pueda valerse de los foros de protección cuando se ejercen *acciones colectivas*, entendidas como aquellas acciones destinadas a ofrecer una protección general de los derechos o intereses supraindividuales o pluriindividuales de los consumidores. En estos casos se entiende que la protección del consumidor no está justificada por no ocupar una posición de inferioridad<sup>27</sup>. Por tanto, para que un sujeto pueda quedar sometido a la Sección 4º del Título II del Reglamento Bruselas I, debe ser el consumidor personalmente el demandante o demandado en el litigio<sup>28</sup>, por lo que se exige que coincida la figura del consumidor con la persona que interviene en el proceso como parte procesal. La Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores<sup>29</sup>, señala que, para determinar la jurisdicción competente, se aplicarán «las normas de

<sup>24</sup> Si bien en la exposición de motivos de la Propuesta de Reglamento Bruselas I [COM (1999) 348 final], la Comisión de las Comunidades Europeas remitió expresamente a la Directiva 90/314 para explicar su proyecto de artículo 15, apartado 3.

<sup>25</sup> Véase séptimo considerando del Reglamento Roma I, que determina que el ámbito de aplicación material y las disposiciones de dicho Reglamento deben garantizar la coherencia con el Reglamento Bruselas I.

<sup>26</sup> E. ZABALO ESCUDERO, Aspectos jurídicos de la protección al consumidor contratante en el Derecho Internacional Privado, *Revista Española de Derecho Internacional*, 1985-1, pp. 116-117. L. F. CARRILLO POZO, «Competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores», en A.-L. CALVO CARAVACA (Edit.), *Comentario al Convenio de Bruselas*, cit., p. 273. C.A. ESPLUGUES MOTA/G. PALAO MORENO, Las Comunidades Europeas y la protección de los consumidores, *Revista General del Derecho*, núms. 586-587, julio-agosto 1993, pp. 6771-6772. Por lo que respecta a la noción de consumidor, el Reglamento Bruselas I no modificó la definición contemplada en el CB, por lo que las consideraciones realizadas al CB por los mencionados autores son extensibles al mismo; S. CÁMARA LAPUENTE, «El concepto legal de «consumidor» en el Derecho Privado Europeo y en el Derecho Español: aspectos controvertidos o no resueltos» en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2011), Vol. 3, Nº1, pp. 84-117.

<sup>27</sup> Así se desprende de la jurisprudencia del TJCE. Véanse por todas, STJCE 21 junio 1978, as. 150/77, *Bertrand c. Ott*, Rec. 1978, p. 1431 y ss.; STJCE 3 julio 1997, as. 269/95, *Benincasa c. Dentalkit*, Rec., 1997, p. 1-3767.

<sup>28</sup> Así se desprende de la sentencia del TJCE 19 enero 1993, as. 88/91, *Hutton c. TVB*, Rec. 1993, p. I-139. Vid. considerando nº 23, en relación con el CB: «En efecto, como ha señalado el Abogado General en el punto 26 de sus conclusiones, el Convenio sólo protege al consumidor cuando es personalmente demandante o demandado en un procedimiento». Dicha interpretación es extensible al Reglamento Bruselas I.

<sup>29</sup> DOCE L 110, de 1 de mayo de 2009.

*Derecho Internacional Privado y los convenios en vigor entre los Estados miembros*»<sup>30</sup>, por lo que la competencia de los tribunales para conocer de una acción de cesación planteada a raíz de una infracción en el ámbito de la Unión Europea viene determinada por el Reglamento Bruselas I, si bien no se aplican los foros en materia de contratos de consumo cuando el consumidor está representado en juicio por una asociación de consumidores. Por su parte, el TJUE interpretó que las acciones de cesación entabladas por las entidades habilitadas para la protección de los intereses colectivos de los consumidores con el objeto de obtener la cesación de prácticas que sean ilícitas son de carácter *delictual o cuasidelictual* en el sentido del art. 5. 3 del CB (actual 5.3 del Reglamento Bruselas I)<sup>31</sup>.

## B) Condiciones objetivas

17. Una vez definido el consumidor, el contrato de viaje combinado deberá cumplir con las condiciones objetivas del art. 15, apartado 1, letra c) del Reglamento Bruselas I («*en todos los demás casos, cuando la parte contratante ejerciere actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o, por cualquier medio, dirigiere tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades*»), de tal forma que para invocar los foros del art. 16 es necesario que el organizador o la agencia detallista haya creado un vínculo hacia el país en el que el consumidor tiene su domicilio, bien ejerciendo actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor o bien dirigiendo tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros. Siendo así, se otorga un gran protagonismo a la actitud del organizador o detallista del viaje combinado, por lo que la delimitación de los conceptos de *ejercer* y *dirigir* las actividades comerciales hacia el Estado miembro en el cual el consumidor tiene el domicilio resulta del todo necesaria, pues de ellos depende la sujeción al régimen de protección del consumidor contemplado en el Reglamento.

18. El Reglamento Bruselas I no contiene definición del concepto de actividad «dirigida» al Estado miembro del domicilio del consumidor, si bien se ha mantenido fiel a la idea que inspiraba el mismo apartado c) del artículo 13. 1 CB, según el cual se reservaba la aplicación del régimen especial de protección al consumidor *pasivo*, es decir, aquel que era invitado a la celebración del contrato. Tal y como afirma el TJUE, el tenor del art. 15, apartado 1, letra c), engloba y sustituye los conceptos precedentes de oferta «especialmente hecha» y de «publicidad» al incluir una gama más amplia de actividades, como indican los términos «por cualquier medio»<sup>32</sup>. De la redacción del apartado c) del artículo 15. 1. se deriva que *cualquier medio* empleado por el contratante para dirigir o ejercer sus actividades es válido, por lo que no cabe duda de la aplicabilidad de los foros de protección al consumidor a los contratos celebrados por los consumidores a través de Internet<sup>33</sup>.

### a) Vínculo a través de «medios tradicionales»

19. Se considera que el organizador o detallista del viaje combinado crea un vínculo hacia el país en el que el consumidor tiene su domicilio si ofrece o publicita sus servicios mediante prensa, radio, televisión, cine o de manera directa a través de catálogos especialmente dirigidos a dicho Estado y a las

<sup>30</sup> Vid Considerando número 7.

<sup>31</sup> Véase, en este sentido la sentencia del TJUE 1 octubre 2002, as. C- 167/00, *Heinz Henkel*. El artículo 5.3 Reglamento Bruselas I establece que: «*Las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro [...] en materia delictual o cuasidelictual, ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido o pudiese producirse el hecho dañoso*». Para supuestos de prácticas comerciales ilícitas se puede entender por «lugar donde se hubiere producido hecho dañoso» tanto el lugar donde se origina el daño como el lugar donde se manifiestan los efectos del daño. Véase L. CARBALLO PIÑEIRO, *Las acciones colectivas y su eficacia extraterritorial. Problemas de recepción y transplante de las class actions en Europa*, Santiago de Compostela, 2009 (pp. 97-135). Vid *Infra* NM 31.

<sup>32</sup> Declaración conjunta del Consejo y la Comisión relativa al artículo 15 del RBI

<sup>33</sup> L. GILLIES, A review of the new jurisdiction rules for electronic consumer contracts within the European Union, Commentary, *The Journal of Information, Law and Technology*, 2000(1), pp.1-20 (p. 7). STJUE 5 julio 2012, as. C-49/11, *Content Services Ltd. Rec.* 2012 p. 00000.

ofertas de negocio sometidas individualmente al consumidor, en particular por medio de un agente o de un vendedor ambulante<sup>34</sup>. Se considera que los tipos de publicidad clásicos implican que el vendedor deba realizar mayores desembolsos para darse a conocer en otros Estados miembros y demuestran, por ello, una clara voluntad del vendedor de dirigir su actividad a éstos últimos<sup>35</sup>.

#### b) Vínculo a través de Internet

**20.** La voluntad del organizador o detallista del viaje combinado de dirigir su actividad a un determinado Estado no siempre está presente en Internet. El mero hecho de disponer de una página web con información o publicidad de los servicios ofrecidos no determina *per se* que se dirijan las actividades al Estado miembro del domicilio del consumidor sino que se debe analizar si existen indicios suficientes que demuestren que el vendedor tenía la intención de comercializar sus productos en otros Estados miembros, en concreto en el del domicilio del consumidor. En esta línea se pronunciaban el Consejo y la Comisión de la Unión Europea al precisar que «*el mero hecho de que un sitio Internet sea accesible no basta para que el artículo 15 resulte aplicable, aunque se dé el hecho de que dicho sitio invite a la celebración de contratos a distancia y que se haya celebrado efectivamente uno de estos contratos a distancia, por el medio que fuere*»<sup>36</sup>.

**21.** La Sentencia del TJUE de 7 de diciembre de 2010 resolvió la laguna existente hasta el momento en relación al concepto «actividad dirigida», pues establece una serie de indicios que permiten determinar cuándo puede entenderse que una actividad está «dirigida» al Estado miembro del domicilio del consumidor. Se trata, en definitiva, de indicios —no una lista exhaustiva— que apuntan la voluntad del prestador de servicios de delimitar su ámbito de actuación para prever la legislación a la que deberá adecuar sus actividades, así como las jurisdicciones ante las que potencialmente podría quedar sujeto. La sentencia contribuye a precisar un concepto, hasta el momento abstracto, que dejaba un amplio margen de interpretación al juez, al no especificar qué tipo de actuaciones debían considerarse comprendidas por la expresión «*dirigir actividades [...] hacia un Estado Miembro*» ni ofrecerle ningún parámetro o criterio valorativo que le sirviera de guía a tal efecto<sup>37</sup>.

**22.** Se consideran indicios todas aquellas manifestaciones expresas de atraer a clientes de un determinado Estado miembro así como los gastos de remisión a páginas web en Internet prestado por una empresa que explota un motor de búsqueda con el fin de facilitar el acceso al sitio del vendedor a consumidores domiciliados en diferentes Estados miembros. Otros indicios pueden ser el carácter internacional de la actividad en cuestión, la mención de números de teléfono con prefijo internacional, la utilización de un nombre de dominio distinto al del Estado miembro en que está establecido el vendedor, la utilización de un nombre de dominio de primer nivel distinto al del Estado miembro en que está establecido el vendedor o la utilización de nombres de dominio neutros (por ejemplo: «.com») o la descripción de itinerarios desde otros u otros Estados miembros al lugar de la prestación del servicio y la mención de una clientela internacional formada por clientes domiciliados en diferentes Estados miembros, concretamente mediante la presentación de testimonios de dichos clientes. Asimismo, la existencia de una sociedad intermediaria no impide que pueda considerarse que el vendedor dirige su actividad a otro Estado si esta sociedad actúa en nombre y por cuenta del vendedor.

<sup>34</sup> STJUE 11 julio 2002, as. C-96/00, *Gabriel*, Rec 2000, p.I-6367, apartado 44.

<sup>35</sup> STJUE 7 diciembre 2010, as. C-585/08 y C-144/09, *Pammer y Hotel Alpenhof*, apartado 67.

<sup>36</sup> Declaración conjunta del Consejo y la Comisión relativa al artículo 15 del RBI

<sup>37</sup> Hasta el momento se equiparaba la noción de «*actividades dirigidas*» con el concepto doctrinal inglés del «*targeting*» o del francés «*ciblage*», para el que resultaba dificultoso encontrar un término español equivalente. *Vid.* A. BATALLA TRILLA, «Contratación electrónica y jurisdicción competente: el concepto de «actividades dirigidas en el nuevo sistema comunitario»», *La Ley*, año XXV, n° 6001, de 21 de abril de 2004, p. 3; M. GEIST, «Y-a-t-il un «là» là? Pour plus de certitude juridique en rapport avec la compétence judiciaire à l'égard d'Internet», «Is There a There There ? Toward greater certainty for Internet Jurisdiction», *the Journal of Information, Law and Technology* (2001) 1, pp. 2-60.

**23.** En sentido contrario, no se considerarían «indicios suficientes» el que en la página web aparezca la dirección electrónica o postal del vendedor o un teléfono fijo sin prefijo internacional, así como todos aquellos datos que los prestadores de servicio deben facilitar sobre la empresa para permitir una comunicación con la misma, exigidos por la Directiva sobre el Comercio electrónico [art. 5, apartado 1, letra c)], con independencia de cuál sea el Estado miembro al que dirija su actividad. Siendo así, tampoco resulta determinante la distinción entre páginas web «interactivas» —aquellas que permiten ponerse en contacto con el vendedor por vía electrónica o incluso celebrar el contrato en línea— de aquellas páginas web que no ofrecen esta posibilidad<sup>38</sup>.

La lengua y divisas se pueden tener en consideración siempre que la página web permita a los consumidores utilizar otra lengua u otra divisa distintas a las que se corresponden con el Estado miembro a partir del cual el prestador de servicios ejerce su actividad profesional. De lo contrario no se considerarán elementos pertinentes de apreciación<sup>39</sup>.

**24.** El art. 15 se aplica también a los contratos celebrados en un Estado miembro que no sea el del consumidor<sup>40</sup>. Con ello se subsana que el consumidor no pudiera invocar la competencia protectora cuando, ya por iniciativa propia ya por iniciativa del cocontratante, se hubiera visto incitado a dejar el Estado donde radica su domicilio para celebrar el contrato. Téngase en cuenta que las nuevas formas de comercio *online* facilitan la contratación fuera del domicilio del consumidor, puesto que el *m-commerce*, o «generación *smartphone/tablet*» facilita la compra a través de un dispositivo móvil dondequiera que se encuentre el consumidor.

**25.** Los conceptos de *ejercer* y *dirigir* las actividades comerciales hacia el Estado miembro en el cual el consumidor tiene el domicilio resultan determinantes. Sin embargo, cada día aparecen nuevas fórmulas de publicidad vinculadas a las nuevas tecnologías que, a buen seguro, deberán ser tenidas en cuenta a la hora de interpretar tales conceptos. A la contratación en la agencia de viajes se le añade la contratación *online*, al folleto publicitario se le añade la publicidad *online* a través de nuevos formatos interactivos como publicidad en buscadores, incluso en redes sociales y blogs, el marketing basado en buscadores<sup>41</sup>.

### C) Foros en materia de responsabilidad contractual

**26.** De cumplirse, por tanto, con la definición de consumidor y de contrato de consumo, contempladas en el art. 15 Reglamento Bruselas I, serán aplicables los *foros especiales* previstos en los arts. 16 y 17 para conocer un supuesto de responsabilidad contractual.

Se parte de la posibilidad de que sean las partes las que decidan el foro (art. 17 Reglamento Bruselas I). El acuerdo de sumisión es un pacto entre las partes de una relación jurídica, en cuya virtud

<sup>38</sup> STJUE 7 diciembre 2010, as. C-585/08 y C-144/09, *Pammer y Hotel Alpenhof*, apartados 77, 78,79. Sobre dicha sentencia véase P.A. DE MIGUEL ASENSIO, «La tutela de los consumidores en el mercado global: evolución del marco normativo», en *Estudios sobre consumo*, núm. 85, 2008, pp.23-24. Véanse también las consideraciones del mismo autor en su blog <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com> (entradas: 19 de julio de 2009 y 7 de diciembre de 2010). M.J. MATÍAS FERNANDES, «O conceito de «actividade dirigida» inscrito no artigo 15º, número 1, alínea c), do Regulamento «bruxelas i» e a internet: subsídios do tribunal de justiça por ocasião do acórdão Pammer /Alpenhof», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2012), Vol. 4, Nº1, pp. 302-315. Véase también la STJUE de 12 mayo 2011, as. C-122/2010, *Konsumtombudsmannen*.

<sup>39</sup> Declaración conjunta del Consejo y la Comisión relativa al artículo 15 del RBI

<sup>40</sup> En este sentido véase el comentario del artículo 15 de la *Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*.

<sup>41</sup> El marketing basado en buscadores supone que el servicio remunerado de referenciación «AdWords» de Google permite a los operadores económicos seleccionar una o varias palabras clave para que, en caso de que coincidan con las introducidas por el internauta en el buscador, aparezca en pantalla un enlace promocional hacia su sitio web, bajo la rúbrica «enlaces patrocinados». Los enlaces promocionales se acompañan de un breve mensaje comercial. El conjunto de enlace y mensaje constituye el anuncio mostrado bajo la rúbrica antes mencionada. El anunciante debe abonar una cantidad por el servicio de referenciación cada vez que se pulse en su enlace promocional. Véase en este sentido, la sentencia del TJUE, de 22 septiembre 2011, as. C 323/09, *Interflora e Interflora British Unit y Marks & Spencer plc.*, el que un competidor seleccionó una palabra clave idéntica a la de una marca, en el marco de un servicio de referenciación en Internet sin el consentimiento del titular.

éstas determinan el tribunal competente para conocer de los litigios que eventualmente puedan surgir o hayan surgido entre ellas. En el ámbito de la contratación internacional es del todo frecuente la incorporación de cláusulas de sumisión a unos determinados tribunales nacionales. El organizador o la agencia detallista evita con ello la posibilidad de tener que litigar ante los tribunales de un Estado no deseado. Sin embargo, en el caso de contratos de consumo, el acuerdo de elección de foro debe cumplir las *condiciones de admisibilidad* del acuerdo que establece el Reglamento Bruselas I. De no respetarse dichas exigencias, el convenio atributivo de jurisdicción no produciría efectos<sup>42</sup>. Siendo así, los acuerdos atributivos de competencia deben ser posteriores al nacimiento del litigio; o que permitan al consumidor formular demandas ante tribunales distintos de los indicados en la misma sección o bien que habiéndose celebrado entre un consumidor y su cocontratante, domiciliados o con residencia habitual en el mismo Estado miembro en el momento de la celebración del contrato, atribuyan la competencia a los tribunales de dicho Estado miembro, siempre que la ley de éste no prohibiere tales acuerdos. En Derecho español, el TRLGDCU califica como abusiva la cláusula contractual que contempla la sumisión de las partes a un órgano jurisdiccional distinto del correspondiente al del domicilio del consumidor (art. 90.2). La consideración de una cláusula como abusiva tiene como consecuencia que la propia Ley la considere nula de pleno derecho, teniéndose por no puesta (art. 83.1). Las disposiciones del TRLGDCU tienen carácter imperativo, aplicándose por tanto con independencia de la ley que rija el contrato, siempre que el mismo mantenga una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo. Se entiende que se cumple dicha exigencia cuando el profesional ejerza sus actividades en uno o varios Estados miembros y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades (art. 67.1)<sup>43</sup>.

A nuestro entender, el TRLGDCU va más allá de lo dispuesto en la Directiva 93/13/CEE. Téngase en cuenta que la Directiva establece que los Estados miembros reglamentarán la no vinculación para el consumidor de las denominadas «cláusulas abusivas», entre las que se incluyen aquéllas que tengan por objeto o efecto «suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor (arts. 3 y 6, en relación con el Anexo). Sin bien se trata de una Directiva de «mínimos» lo cierto es que la transposición a la Ley española supone acotar al máximo el ámbito de la autonomía de la voluntad, puesto que directamente considera abusivos los pactos de sumisión expresa concluidos a favor de un tribunal distinto al del domicilio del consumidor y, en consecuencia, ello implica dejar un margen muy reducido a lo dispuesto en el art. 17 Reglamento Bruselas I. Lo que, por un lado, se permite en el Reglamento por otro lado queda excesivamente limitado por parte de una norma de transposición de una Directiva de mínimos.

**27.** El acuerdo atributivo de jurisdicción puede ser expreso o tácito (se produce cuando el demandante presenta una demanda ante un determinado tribunal y el demandado comparece, siempre que dicha comparecencia no tenga por objeto impugnar la competencia judicial internacional (art. 24 Reglamento Bruselas I)<sup>44</sup> y pueden celebrarse por escrito o verbalmente con confirmación escrita (art. 23 Reglamento Bruselas I). Dichos acuerdos pueden designar, además de la competencia judicial internacional, la competencia territorial de los tribunales o bien solamente la territorial, quedando implícita la internacional.

<sup>42</sup> Véase *in extenso*, F.F. GARAU SOBRINO, *Los acuerdos internacionales de elección de foro*. Madrid, 2008, pp. 95-98.

<sup>43</sup> El origen de dicha protección radica en la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, (arts. 3 y 6). *DOUE L 95*, de 21 de abril de 1993. Téngase en cuenta que dicha Directiva ha sido modificada por la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, si bien la modificación no afecta los arts. 3 y 6. La Directiva no ha sido transpuesta todavía al ordenamiento jurídico español. *DOUE L 304* de 22 de noviembre de 2011. Para un análisis del concepto «estrecha relación con el territorio de un Estado del Espacio Económico Europeo véase E. CASTELLANOS RUIZ, *Régimen jurídico de los consumidores: competencia judicial internacional y ley aplicable*. Granada, 2010, pp. 85-93.

<sup>44</sup> La aplicación del foro de la sumisión tácita a los contratos internacionales de consumo ha sido, hasta el momento, una cuestión controvertida. El TJUE ha zanjado el problema mediante la STJUE 20 mayo 2010, as. C-111/09, *Michal Bilas*, admitiendo la aplicabilidad del art. 24 Reglamento Bruselas I al contrato internacional de seguro, interpretación que se hace extensible a los contratos de consumo y de trabajo. Véase en este sentido, A.L. CALVO CARAVACA; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Notas breves sobre la sentencia del TJUE (Sala cuarta) de 20 de mayo 2010 (*Bilas*: asunto C-111/09): La sumisión tácita en los litigios internacionales de seguro, consumo y trabajo, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2010), Vol. 2, Nº 2, pp. 236-241. Véase, en sentido contrario, F.F. GARAU SOBRINO, *Los acuerdos internacionales de elección de foro*, cit. p. 95.

**28.** De no existir acuerdo de sumisión o de existir, éstos sean inválidos, los tribunales competentes serán los que determine el art. 16 Reglamento Bruselas I.

Así, en caso de que el consumidor actúe como parte demandante tendrá la posibilidad de interponer la demanda *ante los tribunales del Estado miembro en que estuviere domiciliada dicha parte o ante el tribunal del lugar en que estuviere domiciliado el consumidor*. En éste último caso, además de la competencia judicial internacional, se atribuye la competencia judicial territorial (*tribunal del lugar*).

Cuando el consumidor sea la parte demandada, *sólo podrá interponerse ante los tribunales del Estado miembro en que estuviere domiciliado el consumidor*.

**29.** Del propio Reglamento Bruselas I se desprende que una *persona jurídica* está domiciliada en el lugar en que se encuentre su sede estatutaria, su administración central o su centro de actividad principal<sup>45</sup>. En caso de que el organizador o detallista (cocontratante del consumidor) no estuviere domiciliado en un Estado miembro, pero poseyere una sucursal, agencia o cualquier otro establecimiento en un Estado miembro, se considerará para todos los litigios relativos a su explotación que está domiciliado en dicho Estado (art. 15.2).

**30.** Cabe tener en cuenta que el art. 16 del Reglamento Bruselas I no afecta al derecho de presentar una reconvencción ante el tribunal que entendiere de una demanda principal de conformidad con la sección en materia de contratos de consumo.

## 2. Reclamación extracontractual: art. 5.3 del Reglamento Bruselas I

**31.** El art. 5 de la Directiva comunitaria no se refiere a la responsabilidad que puede exigirse al prestador directo del servicio por parte del consumidor; ni tampoco lo hace el art. 162 TRLGDCU. Ahora bien, la doctrina civilista entiende que de los criterios que establece el art.124 del TRLGDCU, para todos los consumidores en general, se deriva que el consumidor puede reclamar directamente contra el prestador directo del servicio. La responsabilidad que exige el consumidor al prestador directo de servicios es una responsabilidad extracontractual, pues no existe ningún vínculo contractual entre ambos<sup>46</sup>. La jurisprudencia española avala dicha interpretación<sup>47</sup>. Ahora bien, la cuestión estriba en determinar si una acción en la que el consumidor puede reclamar directamente contra el prestador directo del servicio podría quedar comprendida en la materia delictual o cuasidelictual en el sentido del número 3 del artículo 5 Reglamento Bruselas I. Téngase en cuenta que el concepto de *materia delictual o cuasidelictual* debe ser considerado como un concepto autónomo, que abarca todas las demandas dirigidas a exigir la responsabilidad de un demandado y que no estén relacionadas con la «materia contractual»<sup>48</sup>. Dado que dicho concepto comprende toda demanda que tiene por objeto cuestionar la responsabilidad de un demandado sin ligarla a la materia contractual en el sentido del número 1 del artículo 5 del mismo Reglamento, en principio, parece no existir problema en acudir a dicho foro<sup>49</sup>. Siendo así, si el consumidor decide reclamar directamente contra el prestador directo del servicio, ya no puede acogerse a los foros en materia de contratos de consumo, por lo que pierde la protección dispensada por éstos. Siendo así, la competencia judicial internacional vendría determinada el artículo 5.3 del Reglamento Bruselas I, que establece que *en materia delictual o cuasidelictual*, serán competentes *los tribunales del lugar donde se*

<sup>45</sup> Vid, art. 60 Reglamento Bruselas I.

<sup>46</sup> Véase M.N. TUR FAÚNDEZ, «El contrato de viaje combinado: Notas sobre la Ley 21/1995, de 6 de julio, de regulación de los viajes combinados» en *Aranzadi Civil*, Julio, 1996; «La protección del turista en el contrato de viaje combinado» en *La protección del turista como consumidor*, AA.VV, Valencia 2003; «El contrato de viaje combinado en la Unión Europea» en *Derecho del Turismo Iberoamericano*, Libros en Red 2010, 237-277 (p. 273). M. MARTÍN CASALS, «La responsabilidad civil derivada del contrato de viaje combinado», en *Revista General del Derecho*, Julio-Agosto 1999.

<sup>47</sup> Véase SAP de la Coruña de 30 de noviembre de 2001.

<sup>48</sup> STJCE 27 septiembre 1988, as. C-187/87, Athanasios Kalfelis *c/ Banco Schroeder, Muenchmeyer, Hengst & co. y otros*. Rec. 1988, p.05565. STJUE 27 octubre 1998, as. C-51/97, *Réunion européenne*, Rec. 1998 p. I-06511

<sup>49</sup> Véase una lista no exhaustiva de lo que se puede considerar *materia delictual o cuasidelictual*, en U. MANGNUS/ P.MANKOWSKI, *Brussels I Regulation, European Commentaries on Private International Law*, 2007, p. 188, entre las que se podría incluir la acción contra el prestador de servicios directo contemplada en el art. 5 de la Directiva 90/314/CEE.

*hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso*. Es, por tanto, un foro de competencia judicial internacional y de competencia territorial al mismo tiempo<sup>50</sup>.

32. La interpretación del *lugar donde se ha producido el hecho dañoso* puede resultar difícil de determinar, teniendo en cuenta que el lugar en el que se origina el hecho del que puede derivar una responsabilidad delictual o cuasidelictual, y el lugar en el que este hecho haya ocasionado un daño, pueden no coincidir. En este sentido el TJUE interpretó que deben entenderse en el sentido de que se refiere al mismo tiempo al lugar donde ha sobrevenido el daño y al lugar del hecho causante. De ello resulta que la acción judicial frente al demandado puede ser entablada, a elección del demandante, ante el Tribunal o bien del lugar donde ha sobrevenido el daño (competentes para reparar la integridad de los daños), o bien del lugar donde se ha producido el hecho causante que ocasiona el daño (competentes para conocer únicamente de los daños causados en el Estado del órgano jurisdiccional al que se haya acudido)<sup>51</sup>.

33. Por último, también es posible una responsabilidad solidaria de los organizadores y detallistas con el prestador de servicios<sup>52</sup>.

### III. Determinación de la ley aplicable al contrato de viaje combinado

34. La determinación de la ley aplicable al contrato de viaje combinado supone un laberinto normativo cuya prelación de fuentes viene resuelta por el propio RRI, el cual dispone en su art. 23 la primacía de las disposiciones de Derecho comunitario que, materias concretas, regulen las normas de conflicto de leyes relativas a las obligaciones contractuales. Siendo así, las disposiciones del Reglamento Roma I quedarían desplazadas por las normas de conflicto de leyes que, en su caso, contemplase la Directiva 90/314/CEE y por normas de conflicto contenidas en las Leyes de transposición de las mismas, siempre que conozca un juez español y se cumplan las «condiciones de aplicación espacial» del Derecho material armonizado en España<sup>53</sup>. Ello sería así atendiendo al principio de especialidad: las normas de conflicto contenidas en el TRLGDCU se aplicarían antes que el RRI para determinar la ley aplicable al contrato internacional, siempre que los ámbitos de aplicación espacial, material, personal y temporal coincidiesen. De no coincidir, primaría la aplicación de lo dispuesto en el Reglamento Roma I sobre la aplicación de las normas de conflicto del TRLGDCU.

<sup>50</sup> Sobre el art. 5.3 R.44/2001, *vid.* entre otros, P. BLANCO MORALES LIMONES, «Art. 5.3» y «Art. 5.4», en A.-L. CALVO CAVACA (Edit.), *Comentario al Convenio de Bruselas*, *cit.*, pp. 120-138; N. GOÑI URRIZA, «La concreción del lugar donde se ha producido el hecho dañoso en el art. 5.3 del Reglamento 44/2001: nota a la STJCE de 16 de julio de 2009», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 3, Nº1 2011, pp. 290-295; A. LÓPEZ TARRUELLA, «Criterio de «focalización» y «forum delicti commissi» en las infracciones de propiedad industrial e intelectual en Internet», *Revista de propiedad intelectual*, nº 31, 2009, pp. 13-52; G. PALAO MORENO, «Competencia judicial internacional en supuestos de responsabilidad civil en Internet», en J. PLAZA PANADÉS (Coord.), *Cuestiones actuales de Derecho y Tecnologías de la Información y la Comunicación (TICs)*, 2006, pp. 275-297.

<sup>51</sup> STJCE 30 noviembre 1976, as. C-21/76, *Bier/Mines de Potasse d'Alsace*, *Rec.* 1976, p. 01735; Particular es el caso en que el daño se difumina a través de Internet (cuestión poco probable en el ámbito de la contratación internacional de viajes combinados): Véase STJUE 7 marzo 1995, as. C-68/93, *Fiona Shevill*, *Rec.* 1995, p. I-00415. I y recientemente STJUE 25 octubre 2011, as. C-509/09 y C-161/10, *eDate / Olivier Martinez*, en la que el TJUE solventa la cuestión mediante una interpretación que consiste en crear un foro nuevo a partir del art. 5.3 R.44/2001, que no es otro que el lugar donde la presunta víctima tienen su «centro de intereses». Dicho lugar corresponde, en primer lugar, y por lo general, al Estado miembro de su «residencia habitual» de la persona presuntamente perjudicada. Sin embargo, puede admitirse como excepción a la regla anterior que el centro de intereses también esté «en un Estado miembro en el que no resida habitualmente, en la medida en que otros indicios, como el ejercicio de una actividad profesional, permitan establecer la existencia de un vínculo particularmente estrecho con ese Estado miembro». Esto es, el Estado puede ser aquél en el que la presunta víctima desarrolle «su actividad profesional». Véase al respecto, I. LORENTE MARTÍNEZ, «lugar del hecho dañoso y obligaciones extracontractuales. la sentencia del TJUE de 25 octubre 2011 y el coste de la litigación internacional en Internet» en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2012), Vol. 4, Nº 1, pp. 277-301.

<sup>52</sup> Véase SAP de Pontevedra de 25 de abril de 2003. La justifica la responsabilidad solidaria en el art. 132 TRLGDCU, véase, en este sentido, M.N. TUR FAÚNDEZ, «El contrato de viaje combinado en la Unión Europea» *cit.*, Libros en Red 2010, 237-277 (p. 273-274).

<sup>53</sup> F. ESTEBAN DE LA ROSA, «El contrato Régimen jurídico de la contratación electrónica internacional de consumo en el sistema español de Derecho internacional privado» en *Aranzadi Civil*, núm. 2/2009 (*online*), pp. 8-9.

## **1. Inexistencia de normas de conflicto bilaterales en la Directiva 90/314/CEE y en el TRLGDCU en materia de viajes combinados.**

35. La Directiva 90/314/CEE se limita a determinar el ámbito de aplicación en el espacio del Derecho Privado Comunitario en materia de viajes combinados, vacaciones combinadas y los circuitos combinados. Así, el art. 1 determina la aplicación de la Directiva a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados vendidos u ofrecidos a la venta en territorio de la Unión Europea. De este modo, si el contrato se ha vendido o bien ha sido ofrecido en territorio de la Unión Europea, el consumidor se verá amparado por los derechos reconocidos en el Derecho comunitario material en materia de contratos de viajes combinados. Tampoco la Directiva 90/314/CEE emplea la fórmula contenida en la mayoría de las Directivas en materia de consumo, en las que se incorpora la obligación que tienen los Estados miembros de asegurar que el consumidor no pierda la protección que ofrecen la Directivas debido a la elección de una Ley de un tercer Estado en los casos en lo que el contrato presente vínculos estrechos con el territorio de los Estados miembros. Son las llamadas Directivas de «tercera generación» puesto que regulan de forma especial el ámbito de aplicación espacial de la Directivas a relaciones internacionales en las que interviene un consumidor<sup>54</sup>.

36. A pesar de no contemplarse en la Directiva, el TRLGDCU determinó la aplicabilidad de las normas de protección de los consumidores con independencia de cuál sea la Ley elegida por las partes para regir el contrato, siempre que el mismo presente una estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo (art. 67)<sup>55</sup>, si bien se limitó a las normas de protección frente a cláusulas abusivas (arts. 82 a 91) y a las normas de protección en materia de contratos a distancia y de garantías (arts. 92 a 106 y arts. 114 a 126, respectivamente). Así, tales normas serán siempre aplicables aunque fueran contrarias a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico elegido por las partes. La limitación del art. 67 TRLGDCU a las normas de protección frente a cláusulas abusivas y en materia de contratos a distancia y de garantía, deja fuera lo dispuesto en el Libro IV del TRLGDCU (arts. 150-157) en materia de viajes combinados. Siendo así, la aplicación de la normativa específica en materia de contratos de viajes combinados no podrá ser aplicada por la vía del art. 67 TRLGDCU.

## **2. Determinación de la ley aplicable al contrato de viaje combinado a través del RRI : el art. 6 RRI**

37. La ausencia de normas de conflicto bilaterales en materia de contratos de viajes combinados en las disposiciones Derecho de la Unión Europea – Directiva 90/314/CEE y Libro IV del TRLGDCU (arts. 150-157)- otorga el protagonismo al Reglamento Roma I para determinar la ley que rige dicho contrato, el cual en su art. 6, apartado 4, letra b), se refiere expresamente al concepto de «viaje combinado» en el sentido de la Directiva 90/314/CEE. Existe un paralelismo entre el tratamiento legal del contrato de viaje combinado entre el Reglamento Bruselas I y el Reglamento Roma I, por lo que muchas de las consideraciones realizadas en relación con la determinación de la competencia judicial internacional son directamente aplicables en sede de ley aplicable al contrato de viaje combinado<sup>56</sup>.

### **A) Condiciones subjetivas y objetivas**

38. El art. 6, apartado 4, letra b), del Reglamento Roma I dispone que las normas sobre la ley aplicable a los contratos de consumo que figuran en los apartados 1 y 2 de dicho artículo no se aplicarán a los «*contratos de transporte distintos de los contratos relativos a un viaje combinado con arreglo*

<sup>54</sup> P.A. DE MIGUEL ASENSIO, «Mercado global y protección de los consumidores», en L. COTINO HUESO (dir.), Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías, Valencia, 2008, pp. 174.

<sup>55</sup> El significado «estrecha relación con el territorio de un Estado miembro del Espacio Económico Europeo» ha sido analizado por E. CASTELLANOS RUIZ, *Régimen jurídico de los consumidores: competencia judicial internacional y ley aplicable*. Granada, 2010, pp. 85 y ss.

<sup>56</sup> Vid. supra NM 14 y ss. Véase. A-L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2009, Vol.1, N°2, pp. 85 y ss.U



a la definición de la Directiva 90/314/CEE del Consejo, de 13 de junio de 1990, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados». La remisión que el RRI realiza a la Directiva 90/314/CEE supone tener en cuenta el concepto de consumidor y de contrato de viaje combinado, de tal forma que el mismo, para ser calificado como un contrato de consumo a los efectos del Reglamento Roma I, deberá cumplir con la definición prevista en el art. 2.4 de la Directiva 90/314/CEE, así como con las condiciones de aplicabilidad contempladas en el art. 6.1 del Reglamento Roma I.

39. Recordemos que se define al consumidor como la persona que compra o se compromete a comprar el viaje combinado («el contratante principal»), la persona en nombre de la cual el contratante principal se compromete a comprar el viaje combinado («los demás beneficiarios») o la persona a la cual el contratante principal u otro beneficiario cede el viaje combinado («cesionario»)<sup>57</sup>, siempre que dicha persona física contrate «para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad comercial o profesional» (art. 6.1 Reglamento Roma I).

40. Por su parte, se exige que el profesional: a) ejerza sus actividades comerciales o profesionales en el país donde el consumidor tenga su residencia habitual, o b) por cualquier medio dirija estas actividades a ese país o a distintos países, incluido ese país, y el contrato estuviera comprendido en el ámbito de dichas actividades».

41. De cumplirse con tales condiciones, al contrato de viaje combinado le serán aplicables las normas de conflicto previstas para los contratos de consumo. La coherencia del artículo 6.1 del Reglamento Roma I y el artículo 15. 1 del Reglamento Bruselas I nos permite una remisión a las consideraciones antes realizadas en sede de competencia judicial internacional<sup>58</sup>.

## B) Ley aplicable

42. De cumplirse con la definición de consumidor y de contrato de consumo, contempladas en el artículo 6.1 Reglamento Roma I y Directiva 90/314/CEE, las partes pueden:

a) *elegir el ordenamiento jurídico* por el que se va regir el contrato de viaje combinado, si bien se deberán aplicar las *disposiciones de protección al consumidor* previstas en las normas imperativas —aquellas cuya aplicación no puede excluirse por acuerdo de las partes— del ordenamiento jurídico del país de la residencia habitual del consumidor (art. 6.2 RRI), siempre que el contrato se haya celebrado en el marco de las actividades comerciales o profesionales ejercidas por el profesional en dicho país. Asimismo se garantiza la protección mediante las disposiciones imperativas del país de residencia habitual del consumidor aunque el profesional no ejerza sus actividades comerciales o profesionales en dicho país pero dirija por cualquier medio sus actividades hacia ese país, celebrándose el contrato en el marco de dichas actividades<sup>59</sup>. Así, *se aplicará acumulativamente* la ley designada por las partes y las normas protectoras del país de la residencia habitual del consumidor. La autonomía conflictual concede a las partes de un contrato la libertad de elección del derecho y es el punto de partida del Reglamento Roma I, entendido como un principio general de conexión, fundamental en el Derecho de los contratos internacionales<sup>60</sup>.

43. El TRLGDCU es un claro ejemplo de norma imperativa española, que en principio se aplicaría siempre que el consumidor tuviera su residencia habitual en España, cualquiera que sea la ley elegida

<sup>57</sup> Art. 2.4 Directiva 90/314/CEE; art. 151, g) TRLGDCU..

<sup>58</sup> La coherencia de ambas disposiciones viene reflejado en el considerando núm. 24 del Reglamento Roma I, el cual invita a que el concepto de «actividad dirigida» sea objeto de una interpretación armoniosa. Vid. supra NM 18.

<sup>59</sup> Véase considerando núm. 25 del Reglamento Roma I

<sup>60</sup> Vid. supra NM 26.

por las partes para regir el contrato de viaje combinado. Ahora bien, como ya se ha comentado, el propio TRLGDCU limita su imperatividad a las normas de protección frente a cláusulas abusivas y en materia de contratos a distancia y de garantía, por lo que se deberá tener en cuenta lo contenido en el art. 90. 3 del TRLGDCU, que considera abusiva toda cláusula que establezca la sumisión del contrato a un Derecho extranjero con respecto al lugar donde el consumidor y usuario emita su declaración negocial o donde el empresario desarrolle la actividad dirigida a la promoción de contratos de igual o similar naturaleza. Conforme establece el art. 83 de la Ley, las cláusulas que se consideran abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas.

44. De nuevo se plantea la cuestión antes comentada en sede de competencia judicial internacional<sup>61</sup>. ¿Qué sentido tiene disponer de un Reglamento que contempla la autonomía conflictual en materia de contratos de consumo si después una Ley de transposición de una Directiva lo deja prácticamente inoperativo? En este sentido, si bien se trata de una Directiva de mínimos (establece que los Estado miembros reglamentarán la no vinculación para el consumidor de las denominadas «cláusulas abusivas», entre las que se incluyen aquéllas que tengan por objeto o efecto «suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor (arts. 3 y 6, en relación con el Anexo), lo cierto es que lo dispuesto en el art. 90. 3 del TRLGDCU supone ir en contra del espíritu del Reglamento Roma I, en el que la autonomía conflictual representa el principio general de conexión del mismo, incluso para los contratos de consumo<sup>62</sup>.

45. Por otro lado, la regulación sustantiva del contrato de viaje combinado contenida en el TRLGDCU (Libro IV, arts. 150-157) no se entiende como norma imperativa a los efectos del art. 67, por lo que no sería de aplicación por dicha vía. En este sentido, el artículo 6 Reglamento Roma I deja sin resolver si cabe recurrir a las leyes de policía en el caso de que la norma de conflicto especial no les asiste y cómo debe protegerse a los consumidores activos<sup>63</sup>. La posible aplicación del art. 9 Reglamento Roma I a los contratos internacionales de consumo resulta ser una cuestión controvertida, que en términos generales se justificaría como último recurso en defensa de los consumidores para casos extremos<sup>64</sup>. De ser éste el caso de un consumidor, parte contratante de un viaje combinado, se podría dar entrada a lo dispuesto en los arts. 150-157 TRLGDCU, como límite a la elección de ley que puede regular un contrato internacional de viaje combinado. Lo que debe entenderse por leyes de policía es discutido en todo el mundo, a pesar de que el Reglamento Roma I define y describe su contenido en el art. 9.1, distinguiendo si se trata de normas del Estado del foro o normas de otro Estado<sup>65</sup>.

46. En *defecto de elección o de elección inválida* por las partes de la ley aplicable al contrato, éste se regirá por la *ley del país de la residencia habitual del consumidor* (art. 6.1 b) RRI). Siendo así, todo prestador de servicios turísticos que no prevea la aplicación de la ley que rige el contrato (normalmente a través de las cláusulas generales del contrato), puede verse sometido a la legislación de todos aquellos países en los que tengan su residencia habitual las personas con las que contrata (consumidores).

<sup>61</sup> S.LEIBLE, «La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales», *cit.*, pp. 214 y ss. A-L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre 2009, Vol.1, N°2, pp. 103 y ss.

<sup>62</sup> A-L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas», *cit.*, pp. 52-133. La protección del consumidor activo llega a través de las Directivas comunitarias y sus Leyes de transposición, véase en este aspecto. M. FALLON/S.FRANCO: «Towards internationally mandatory directives for consumer contracts?», *Private Law in the International Arena, Liber Amicorum K. Shier*, TCM, 2000, p.61.

<sup>63</sup> A-L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas», *cit.*, pp. 52-133. La protección del consumidor activo llega a través de las Directivas comunitarias y sus Leyes de transposición, véase en este aspecto. M. FALLON/S. FRANCO: «Towards internationally mandatory directives for consumer contracts?», *Private Law in the International Arena, Liber Amicorum K. Shier*, TCM, 2000, p.61.

<sup>64</sup> A-L. CALVO-CARAVACA, «El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas», *cit.*, pp. 106 -110.

<sup>65</sup> S.LEIBLE, «La importancia de la autonomía conflictual para el futuro del derecho de los contratos internacionales», *cit.*, pp. 229-233.

#### IV. Derecho comunitario armonizado y transposiciones

47. Ciertamente es que la Directiva 90/314/CEE supuso la armonización en el ámbito europeo del concepto del contrato de viaje combinado, estableciendo normas mínimas sobre la información que se proporciona al consumidor, requisitos formales para los contratos de viajes organizados, normas obligatorias aplicables a las exigencias contractuales (cancelación, modificación, responsabilidad civil de los organizadores de viajes combinados o detallistas) y normas de protección efectiva de los consumidores en el caso de que se produjera insolvencia del organizador. En este sentido, el contrato de viaje combinado cuenta, en el ámbito de la Unión Europea, con un derecho comunitario armonizado que, de ser aplicable la ley española, se refleja en el Libro IV del TRLGDCU relativo a los viajes combinados (arts. 150-165).

48. Sin embargo, el contrato de viaje combinado es un contrato complejo, en el que pueden concurrir las normas relativas a contratos a distancia, normas relativas al comercio electrónico, las que hacen referencia a las condiciones generales de la contratación, normas sobre consumidores y las específicas en materia turística, entre otras. La concurrencia de normativas de diferentes ámbitos convierte la determinación marco legal del contrato de viaje combinado en un auténtico laberinto normativo no exento de problemas. En esta línea constataba ya en su día la Comisión Europea la necesaria coordinación de la legislación horizontal para solucionar los problemas que se puedan derivar de las compras transfronterizas de viajes combinados, especialmente a través de Internet<sup>66</sup>. No en vano, se ha constatado la desconexión existente entre la normativa de contratos a distancia y la de comercio electrónico, por una parte, así como desavenencias entre la normativa de contratos a distancia frente a la normativa reguladora de los distintos servicios turísticos, por otra, que pueden afectar al contrato de viaje combinado. La nueva Directiva sobre los derechos de los consumidores de 25 de octubre de 2011 deja fuera de su ámbito de aplicación los viajes combinados, así como también el aprovechamiento por turnos y los servicios de transporte de pasajeros<sup>67</sup>. Estas excepciones pueden plantear un problema en el caso que el contrato de viaje combinado se celebre a distancia ya que la Directiva sobre derechos de los consumidores deroga la Directiva 97/7/CE sobre contratos a distancia y las normas específicas no prevén especialidades para el caso de que se celebren a distancia. Ésta laguna se colmaría mediante la regulación específica existente para determinados supuestos concretos de contratos a distancia, como la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico<sup>68</sup> (en el caso de que se tratase de un contrato *online*) y el TRLGDCU para regular determinados aspectos como los deberes de información (art. 60 y ss.) o las condiciones generales en los casos de contratación telefónica o electrónica (art. 80.1). En el caso de que estemos ante un viaje combinado celebrado a distancia, se aplicaría también la regulación contenida en los artículos 150 y ss. del TRLGDCU<sup>69</sup>. Siendo así, los requisitos especiales por razón del medio de comunicación utilizado tendrán que añadirse a los requisitos que establece la normativa sectorial correspondiente sobre los distintos servicios turísticos.

<sup>66</sup> Informe de la Comisión Europea sobre la transposición de la Directiva 90/314/CEE relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados a la legislación nacional de Estados miembros de la CE. SEC(1999) 1800 final.

<sup>67</sup> Vid. R. GUILLÉN CATALÁN, «La Directiva sobre los derechos de los consumidores: un paso hacia delante pero incompleto», en Diario La Ley, Nº 7801, Sección Tribuna, 20 Feb. 2012.

<sup>68</sup> BOE núm. 166 de 12 de julio de 2002.

<sup>69</sup> Vid. A. PANIZA FULLANA, *El Derecho del Turismo en la Unión Europea: regulación actual, novedades normativas y propuestas de futuro. (Análisis de algunos aspectos problemáticos)* en «Revista de Estudios Turísticos», número 184, 2010, pp. 99 a 135; A. PANIZA FULLANA, *La protección del adquirente a distancia de servicios turísticos* en «Revista de Derecho Privado», marzo-abril 2012, pp. 7 a 24. (p. 8).

# ¿QUÉ DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO QUEREMOS PARA EL SIGLO XXI?

FEDERICO F. GARAU SOBRINO

*Catedrático de Derecho Internacional Privado  
Universidad de las Illes Balears*

Recibido: 15.07.2012 / Aceptado: 20.07.2012

**Resumen:** En España, el Derecho Internacional Privado (DIPr.) ha sufrido una importante evolución desde el siglo XIX. De este modo, hemos pasado de un DIPr. con unas pocas normas simples (*naïf*) a un DIPr. formado por un conjunto de normas hiperespecializadas, de origen interno, convencional o de la Unión Europea. Muchas de estas normas son incomprensibles para una mente jurídica media. Todo ello nos ha llevado a un DIPr. de especialistas, completamente alejado de la realidad y extravagante (*friki*), dirigido a entendidos y totalmente alejado de los prácticos del Derecho, que la mayoría de las veces no lo comprenden ni, por supuesto, saben cómo aplicarlo. Tras analizar la evolución del DIPr. español, el trabajo contiene una serie de propuestas para intentar hacer un DIPr. comprensible y coherente.

**Palabras clave:** normas de Derecho Internacional Privado, fuentes, Ley aplicable, Derecho Procesal Civil Internacional, Unión Europea.

**Abstract:** In Spain, Private International Law (PIL) has evolved considerably since the 19th century. Thus, we have gone from a few simple legal rules (*naïve*) to PIL consisting of a set of hyperspecialized rules, whose origin may be internal, conventional, or derived from the European Union. Many of these rules are incomprehensible to a standard legal mind. This has all led us to PIL for specialists, completely removed from reality and eccentric (*freaky*), aimed only at the knowledgeable and far removed from those who practise law, who often neither understand nor know how to apply it. After analyzing the evolution of Spanish PIL, this paper contains a number of proposals intended to make PIL understandable and coherent.

**Key words:** Private International Law rules, sources, applicable law, International Civil Procedural Law, European Union.

**Sumario:** I. . Un par de ejemplos. II. La evolución legislativa del Derecho Internacional Privado español: del minimalismo a la hiperespecialización. 1. Los orígenes: un sistema de Derecho Internacional Privado minimalista y *naïf*. 2. El inicio de un Derecho Internacional Privado especializado o la multiplicación de las normas de conflicto. 3. La llegada de un Derecho Internacional Privado hiperespecializado, o la hipertrofia del sistema. III. De la hiperespecialización de la norma de conflicto al manierismo normativo. 1. Normas de conflicto crípticas e ininteligibles. 2. Conjunto de normas de Derecho Internacional Privado que convierten una materia en ininteligible. IV. La Unión Europea: cuando el problema es también la política legislativa. 1. Una política legislativa ilógica. 2. Una política legislativa que desemboca en un Derecho Internacional Privado extravagante. V. ¿Queremos para el siglo XXI un Derecho Internacional Privado comprensible y coherente?

## I. Un par de ejemplos

1. En España se sustancia un litigio que tiene su origen en una compraventa internacional de mercancías entre una entidad vendedora, con sede en Costa Rica, y otra compradora domiciliada en España. El tribunal de instancia (JPI nº 10 de Bilbao) estima la demanda de la entidad costarricense, condenando a la demandada española al pago de diversas cantidades en concepto de principal, intereses y costas. Obviamente, la parte condenada recurre en apelación, alegando la inaplicación del Derecho de Costa Rica al contrato suscrito entre ambas entidades, que entiende debería haber sido aplicado por el órgano de instancia en cumplimiento del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales. El tribunal *ad quem*, la Audiencia Provincial de Vizcaya<sup>1</sup>, considera que no puede aplicar el ordenamiento costarricense, y no precisamente por falta de alegación y prueba de su contenido por la parte que lo invoca sino porque

«no consta acreditado que Costa Rica forme parte del Convenio de Roma de 19 de Junio de 1980, de hecho la parte apelante, entidad española mantiene y acude al art. 2 del Convenio en base a su aplicación respecto de Costa Rica por mor de invocar el principio de universalidad, obviando la divergente interpretación que al mismo se da cuando reza del tenor siguiente: «La ley designada por el presente Convenio se aplicará incluso si tal ley es la de un Estado no contratante», ya que no se trata de desconocer el invocado principio de universalidad, sino de remitir en virtud del mismo a las partes adheridas al Convenio ante normas de conflicto a la normativa de un tercer Estado que no sea parte del contrato. Por tanto encontrándonos ante una compraventa de mercancías, cuya oferta se efectúa por una empresa española y por tanto desde España no erraría la sentencia de instancia al acudir a la aplicación de los arts. 1.262 y 10.5 del C.c. [...] A mayor abundamiento y contando con una supuesta aplicación hipotética del Convenio de Roma, tal y como cita la parte apelante la Sentencia dictada por la Sección quinta de esta Audiencia provincial resuelve una cuestión entre la legislación de España y de Londres ambos miembros suscriptores del Convenio de Roma».

A continuación, comentando el art. 4 del Convenio de Roma, que, obviamente, no aplica pero sí se detiene a glosar, afirma que,

«encontrándonos ante una compraventa de mercancías, en este caso, cuya oferta se efectúa por una empresa española y por tanto desde España y consideración verificada al alegato recogido en la meritada sentencia, de que cuando ante un contrato de compraventa internacional de mercancías nos hallamos, las características del mismo, cuales son ser de carácter sinalagmático, bilateral y generador de obligaciones mutuas y recíprocas, tanto la obligación de entrega de la cosa vendida como la de abono del precio son correlativas y de igual rango, no pudiendo mantenerse válidamente, que en el caso que nos ocupa sea la legislación de Costa Rica la prevalente, cuando España es el país del lugar de celebración del contrato, desde el cual se efectuó la correspondiente oferta».

Para acabar de redondear la sentencia, el tribunal nos regala —no tenía por qué hacerlo, pues el tema no se planteaba— con una sabrosa incursión en el ámbito de la competencia internacional:

«a mayor abundamiento precisar que y antes de la promulgación de la LOPJ con fundamento en los arts. 51 y 70 de la LEC se venía postulando la universalidad de la competencia de la jurisdicción española en los procesos con un elemento de extranjería, y no podía el demandado en España hacer valer, pese a su alegación en tiempo y forma oportunos, la excepción de sumisión a juez extranjero o de litis pendencia ante Tribunal extranjero puesto que se entendió que el único competente era el juez español ante el que se había planteado el litigio y en cuya sede nacional se sustanciaba, y tras la entrada en vigor de la L.O.P.J. se instauraron reglas de conflicto al respecto, así en el art. 21, en cuyo apartado 1º contiene una declaración idéntica a la del art. 51 de la L.E.C remitiéndose en el inciso final, a los Tratados y Convenios Internacionales en que España será parte y en el art. 22, distingue unos asuntos en que el fuero es exclusivo, otros en que admiten la sumisión y con ello la prorroga el ámbito por voluntad de las

<sup>1</sup> SAP Vizcaya 11 octubre 2006 (JUR 2007/99716), Ponente: María Carmen Keller Echevarría.

partes, y por último, señala una serie de cuestiones que se atribuyen a los tribunales españoles con carácter general para el caso de que no se haya sustraído por sumisión el conocimiento. Por lo que ante la falta de sumisión expresa hay que acudir al fuero del domicilio del demandado, que se establece en favor de éste, en atención al principio de favor defensionis, facilitando de esta manera el derecho de defensa del demandado, con lo que no estamos ante un problema de conflictos de normas a nivel internacional, sino como dice la sentencia de 10-3-93<sup>2</sup>, del intento por parte de uno de los litigantes de eludir la más rápida y precisa resolución del litigio entablado.»

Dejando a un lado las faltas de sintaxis y la criticable colocación de signos de puntuación, es muy, muy difícil encontrar una sentencia con más errores de DIPr. por centímetro cuadrado que ésta (hay que advertir que todo lo anterior se contiene en un solo fundamento de Derecho). Toca los temas fundamentales de DIPr. —competencia judicial internacional y ley aplicable— y los yerra todos: obvia la aplicación del Convenio de Roma (ni siquiera se plantea la posibilidad de aplicar la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías); confunde su ámbito de aplicación (universal) con la obligación de los Estados parte de aplicarlo; es incapaz de determinar la prestación característica en un sencillo contrato de compraventa, poniendo al mismo nivel la entrega del bien objeto del contrato y su correspondiente pago; cree que las normas de competencia internacional son «normas de conflicto»; afirma que el art. 21 LOPJ está presidido por el principio del imperialismo jurisdiccional del antiguo art. 51 de la LEC de 1881; considera que el foro general del domicilio del demandado en territorio español solamente puede aplicarse en defecto de sumisión expresa a los tribunales españoles; y, *last but not least*, afirma que es imposible la *derogatio fori* de los tribunales españoles<sup>3</sup>. Si un alumno mío en un examen me pone solamente un tercio de estas afirmaciones, suspende irremisiblemente la asignatura, pues demuestra que desconoce los fundamentos del DIPr.

2. En 1995 tiene lugar en Navarra un accidente de circulación, que se produjo por culpa exclusiva de la víctima y sin intervención de terceros. En el coche viajaba una familia residente en Suiza e integrada por los padres y dos hijos menores. Como consecuencia del accidente fallecieron los padres, de los cuales la madre era la conductora y el padre el titular del vehículo y tomador del seguro de responsabilidad civil derivada a la conducción del vehículo, concertado con la Compañía Zurich Versicherungen/Be de Suiza. El tutor legal de los menores plantea la acción directa contra las entidades aseguradoras Zurich Versicherungen/Be y Zurich España Compañía de Seguros SA. En el litigio se debate, entre otras cuestiones, cuál era la ley aplicable a la responsabilidad, si la española o la suiza. La Audiencia Provincial de Navarra, encargada de conocer del recurso planteado por las entidades aseguradoras contra la sentencia del JPI de Tudela, resuelve la cuestión en los siguientes términos:

«La Ley de Contrato de Seguro [...] regula [la cuestión] en los artículos 107 a 109, dichas normas [sic.], estableciendo los supuestos en que es de aplicación al seguro contra daños la Ley española sobre el contrato de seguro, y estableciendo con carácter residual, en el artículo 109, los supuestos en que no se contemplen los casos previstos en los artículos 107 y 108. [...] A la vista de los artículos 107 y 108 LCS, no sería de aplicación la Ley española sobre el contrato de seguro, pues en relación al primer precepto, aun cuando el riesgo esté localizado en España, el tomador del seguro no tenía su residencia habitual en España, sino en Suiza. Y tampoco es de aplicación el artículo 108 LCS, porque no consta, a los efectos de lo prevenido en el núm. 1 apartado c), que se hubiera pactado entre el tomador y la aseguradora suiza, la aplicación de la Ley española. Debemos acudir, por tanto, al artículo 109 [...]. Lo anterior nos lleva al Capítulo IV del Título preliminar del Código Civil, relativo a las «normas de Derecho Internacional Privado», y concretamente el artículo 10, en cuyo núm. 5 se establece: [...]. Los dos primeros criterios de solución no son aplicables, ya que, como hemos señalado, no consta al respecto pacto expreso de sometimiento al ordenamiento jurídico español, y no puede considerarse, por otra parte, que la Ley nacional común a las partes sea la española. Acudiendo al siguiente criterio, el resultado es atender a la residencia

<sup>2</sup> Parece aludirse a la STS, Sala de lo Civil, 10 marzo 1993 (RJ 1993/1834), en la que se mezcla, y confunde, la determinación del ordenamiento aplicable con la competencia de los tribunales españoles. Una crítica a esta sentencia en S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *REDI*, 1993-2, pp. 467 ss.

<sup>3</sup> También una visión crítica de la sentencia en R. ARENAS GARCÍA, *REDI*, 2007-1, pp. 310 ss.

habitual común, que tanto para el tomador del seguro —y beneficiario— como para la aseguradora es Suiza. En consecuencia será de aplicación la Ley Suiza reguladora del contrato de seguro»<sup>4</sup>.

En definitiva, la AP se fija únicamente en el ordenamiento que rige el contrato de seguro, para lo cual se sirve del art. 10.5 del Cc, e ignora por completo la cuestión de la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual existente. La sentencia de la AP es recurrida en casación ante el Tribunal Supremo, quien utiliza el Convenio de La Haya de 1971 sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera para determinar el ordenamiento por el que se rige el contrato de seguro, manteniendo así el mismo error que la AP, al considerar que la responsabilidad de la entidad aseguradora y los mecanismos de indemnización dependen de la ley aplicable al contrato de seguro:

«En el caso, el derecho aplicable al accidente y a la responsabilidad civil derivada del mismo, es el derecho suizo. Así resulta del artículo 4 del Convenio de la Haya de 4 de mayo de 1971, del que son parte España y Suiza, teniendo en cuenta que en el accidente interviene un único vehículo, matriculado en un Estado distinto de España, en donde tiene lugar, como es Suiza, país en el que también reside el tomador. Igualmente, la responsabilidad del asegurador bajo el contrato de seguro se rige por el derecho suizo, conforme a los artículos 107 a 109 [de la Ley de Contrato de Seguro] [...]. El art. 107 (en redacción vigente a fecha del siniestro) no determina la aplicabilidad de la ley española [...], ya que la norma parece regir para conflictos entre Estados miembros de la Comunidad Económica Europea y Suiza no lo es. Por tanto, se debe estar al art. 109 LCS, norma supletoria que se remite a las reglas generales de Derecho Internacional Privado en materia de obligaciones y contratos que se contienen en el Código Civil. Por lo demás, el art. 10, regla 5ª del Código Civil, permite considerar acertada la decisión de la Audiencia de aplicar el derecho suizo por ser el de la residencia habitual común (ya que los dos fueros preferentes establecidos en dicha regla 5ª —ley elegida, ley nacional común— no son aplicables)»<sup>5</sup>.

Nuevamente, los errores de DIPr. son varios y afectan a temas básicos: la responsabilidad del asegurador y los mecanismos de resarcimiento se hacen depender de la ley aplicable al contrato de seguro, confundiéndose, de este modo, la cuestión de la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual (que está cubierta por un seguro de responsabilidad civil) con el ordenamiento que rige el contrato de seguro subyacente; se confunden puntos de conexión con foros atributivos de jurisdicción, afirmándose que la norma de conflicto contenida en el art. 10.5 del Cc contiene «fueros»; finalmente, la AP (y parece que también el JPI) ignoraron la aplicación del Convenio de La Haya de 1971, mientras que el TS lo aplicó pero erróneamente, puesto que lo mezcla con la determinación de la ley aplicable al contrato de seguro, ignorando el art. 8 del Convenio, que determina que la ley aplicable a la responsabilidad rige, entre otras cuestiones, las modalidades y cuantía de la indemnización (núm. 4)<sup>6</sup>. Hay que reconocer que el Convenio de La Haya de 1971 ha tenido muy mala suerte en España, pues rara vez es aplicado y cuando lo es, muchas veces se hace de forma errónea, a lo que posiblemente ayude de manera decisiva el carácter ininteligible de sus normas de conflicto<sup>7</sup>.

**3.** La jurisprudencia anterior representa una tendencia, más o menos mayoritaria, en el uso frívolo y disparatado de las normas de DIPr., que pervierte la labor de interpretación que corresponde a los órganos jurisdiccionales. Ello nos debería llevar a preguntarnos qué ha pasado y pasa con el DIPr. ¿Carecen los jueces y magistrados de una formación básica del DIPr.? ¿Tan malos docentes somos los profesores de DIPr., que somos incapaces de transmitir las «generales de la Ley» de nuestra disciplina a

<sup>4</sup> SAP Navarra 29 diciembre 2004 (JUR 2005/165964), Ponente: José Francisco Cobo Sáenz.

<sup>5</sup> STS, Sala de lo Civil, 23 marzo 2010 (RJ 2012/2417; ROJ 3313/2010), Ponente: José Antonio Seijas Quintana.

<sup>6</sup> Un comentario crítico a la sentencia del TS en L. GARAU JUANEDA, *REDI*, 2011-1, pp. 274 ss.

<sup>7</sup> Tras una búsqueda en *Westlaw* de la jurisprudencia que cita el Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971, solamente aparecen recogidas *nueve* (!!!) sentencias: SAP Málaga 11 julio 1996 (AC 1996/1504); SAP Valladolid 22 septiembre 2000 (JUR 2000/290101); SAP Badajoz 19 julio 2001 (ARP 2001/798); SAP Sevilla 9 enero 2002 (AC 2002/1011); SAP Pontevedra 20 diciembre 2002 (JUR 2003/101857); SAP Barcelona 26 mayo 2005 (AC 2005/1101); SAP Las Palmas 17 marzo 2010 (AC 2010/1685); la ya citada STS 23 marzo 2010; y SAP Barcelona 13 enero 2012 (JUR 2012/92308). Si se tiene en cuenta que el Convenio está en vigor en nuestro país desde noviembre de 1987, el promedio de su aplicación es escalofriante: aproximadamente, se ha hecho uso de él una vez cada casi tres años.

nuestros alumnos, entre los que se encuentran los futuros miembros de la carrera judicial? Aun a riesgo de parecer que intento eludir la responsabilidad personal, es preciso preguntarnos también si el origen del problema está en causas ajenas a nosotros, situándose en las propias normas de DIPr. ¿Son medianamente inteligibles para las personas que tienen la obligación de aplicarlas? Cuando se redacta una norma de DIPr., ¿se está pensando en el destinatario o en dar satisfacción a las elucubraciones teóricas de los especialistas?; en otras palabras, ¿se pretende que la norma solucione de una manera lo más sencilla posible los problemas que pretende atajar o se busca que refleje una complicada construcción teórica? ¿Es intención del legislador, y sus asesores, dejar a quienes deben aplicar las normas (fundamentalmente, órganos jurisdiccionales) cierto margen de maniobra en el proceso de interpretación y aplicación, o tienen la vana pretensión de que reglamenten y resuelvan *todos* los casos o situaciones que puedan darse en la práctica? Sin dispensar a nadie de su responsabilidad, creo que el origen del problema debemos buscarlo en una gran parte —que no exclusivamente— en la nefasta técnica legislativa seguida en la redacción de las normas de DIPr. Examinemos el tema con mayor detenimiento.

## II. La evolución legislativa del Derecho Internacional Privado español: del minimalismo a la hiperespecialización

### 1. Los orígenes: un sistema de Derecho Internacional Privado minimalista y *naïf*

4. A lo largo del siglo XIX, en España se produjeron diversos intentos de crear un sistema conflictual. Así, pueden citarse los proyectos de Código civil de 1821, 1851 y 1869, el Real Decreto de 17 de octubre de 1851, sobre contratos y actos públicos notariados en país extranjero<sup>8</sup>, o preceptos aislados de las Leyes de Enjuiciamiento Civil de 1855 y 1881, de la Ley Hipotecaria refundida de 1869 y del Código de comercio de 1885<sup>9</sup>. El título preliminar del Código civil español, en su redacción originaria de 1889, contenía unas pocas normas de conflicto, recogidas en los arts. 8 a 11 y que se inspiraban en algunas de las citadas normas, en la base segunda del art. 8 de la Ley de 11 de mayo de 1888, por la que se autorizó al Gobierno para publicar un Código civil con arreglo a las condiciones y bases establecidas en la misma<sup>10</sup>, y en los códigos civiles francés y, en especial, italiano. A título de ejemplo, el art. 9 establecía que «las leyes relativas a los derechos y deberes de familia, o el estado, condición y capacidad legal de las personas, obligan a los españoles aunque residan en país extranjero». El art. 10 se ocupaba únicamente de la ley aplicable a los bienes muebles e inmuebles (p. 1º) y a la sucesión (p. 2º) en términos harto escuetos: «Los bienes muebles están sujetos a la ley de la nación del propietario; los bienes inmuebles, a las leyes del país en que están sitos. Sin embargo, las sucesiones legítimas y las testamentarias, así respecto al orden de suceder como a la cuantía de los derechos sucesorios y a la validez intrínseca de sus disposiciones, se regularán por la ley nacional de la persona de cuya sucesión se trate, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país en que se encuentren». Además de estas normas del título preliminar, el Código civil contenía dispersas a lo largo de su articulado otras normas de DIPr., pudiendo mencionarse el art. 42 (formas del matrimonio), el art. 1325 (régimen de bienes del matrimonio), así como los arts. 732 a 736 (testamentos hechos en el extranjero)<sup>11</sup>.

Como puede verse, estas normas eran simples y elementales, de estilo *naïf*. Así, el art. 9 constituía una norma de conflicto unilateral y, como tal, referida exclusivamente a la aplicación de las normas españolas (a los nacionales españoles). Obviamente, esta norma admitía una lectura bilateralizada (los derechos y deberes de familia, el estado, la condición y capacidad legal de las personas se regirán por la

<sup>8</sup> *Gaceta* de 10 octubre 1851. En relación con la validez de estos negocios jurídicos, el art. 2 establecía «que los otorgantes tengan aptitud legal para obligarse con arreglo a las [leyes] de su país»; y el art. 3 determinaba «que en el otorgamiento se hayan observado las fórmulas establecidas en el país donde se han verificado los actos o contratos». Sobre los proyectos de Código civil véase J.M. TRIAS DE BES, *Derecho Internacional Privado. Sistema del Derecho español positivo*, Barcelona, Librería Bosch, 1932, pp. 16 ss.

<sup>9</sup> Vid. A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, 9ª edic., Madrid, Atlas, 1985, pp. 545 ss.

<sup>10</sup> *Gaceta* de 22 mayo 1888.

<sup>11</sup> A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho Internacional Privado*, cit., pp. 550-552.



ley de la nacionalidad de las personas) pero eso era labor que correspondía realizar a jueces y tribunales. Por otro lado, no existían normas de conflicto para determinar el ordenamiento que debía regir ciertas relaciones jurídicas, como, por ejemplo, la filiación o las derivadas del derecho de obligaciones. Ni tampoco normas para resolver los problemas que plantea la aplicación de las normas de conflicto, es decir, las denominadas normas de funcionamiento. Esta concepción legislativa del DIPr. era también seguida por otros ordenamientos, como el francés o el italiano, que fueron los modelos en los que se inspiró el legislador español. Este carácter elemental, primitivo, *naïf* de las normas de DIPr. y sus consiguientes lagunas, obligó a los tribunales a suplir la falta de normas y a colmar las lagunas existentes, creando un sistema conflictual de naturaleza jurisprudencial en el que de las normas existentes se deducían nuevas reglas. En el sistema español, por ejemplo, el Tribunal Supremo procedió a aplicar analógicamente —es decir, bilateralizar— el citado art. 9, p. 1º, afirmando que las materias en él reguladas y referidas a extranjeros se regían, a su vez, por sus leyes nacionales; o procedió a construir el régimen de alegación y prueba del Derecho extranjero en el proceso<sup>12</sup>. En definitiva, los tribunales —y por su parte también la doctrina— tuvieron que trabajar horas extras para interpretar las escasas reglas existentes y colmar sus lagunas, especialmente en lo que se refiere a las normas de funcionamiento, como la excepción de orden público, el reenvío y fraude de ley<sup>13</sup>.

Este páramo normativo derivó en un inevitable desinterés de la doctrina española por el sistema propio de DIPr. La falta de normas de origen interno, la escasa jurisprudencia existente, la incorporación testimonial a instrumentos convencionales y la falta de integración en las estructuras europeas llevaron a los autores a estudiar de manera testimonial el sistema español de DIPr., centrando su investigación en aspectos metodológico-doctrinales y de Derecho comparado, mucho más ricos y sugerentes. Basta echar un vistazo a los índices de los manuales de DIPr. de esa época y uno se encuentra con capítulos dedicados a aspectos tan prosaicos como la naturaleza del DIPr. y su autonomía frente al DIPúb. —problema que había tenido cierta relevancia en el siglo XIX y que encerraba cierto complejo de inferioridad de nuestra disciplina—; los sistemas doctrinales, a los que, en algunos casos, se dedicaban varios capítulos y centenares de páginas; las técnicas de reglamentación y sus principios informadores (más capítulos y más páginas); etc. Y así, en algunos casos, después de varios cientos de páginas, medio millar o más, se llegaba al meollo del asunto: al análisis de las escasas normas de DIPr. contenidas en el Cc y en alguna otra norma. Obviamente, a esta última parte —la que hoy consideramos más importante— se dedicaban unas pocas páginas, quizás un 10 por 100 del total de la obra. Cuando examinamos esas obras, fruto lógico de su tiempo y de sus circunstancias, parece que nos encontramos ante un *DIPr. en el país de Nunca Jamás*, donde todo era diversión y felicidad estudiando un DIPr. propio inexistente y ocupándose de los problemas de los demás. Esta situación era un reflejo, insisto, de la penuria normativa que se vivió en nuestro país hasta el último cuarto del siglo XX.

## 2. El inicio de un Derecho Internacional Privado especializado o la multiplicación de las normas de conflicto

5. Con la aprobación del nuevo título preliminar del Cc<sup>14</sup> se dio un salto cuantitativo y cualitativo: se paso de siete a treinta y tres normas de DIPr.; en el art. 12 se introdujeron normas de funcionamiento para resolver los principales problemas de aplicación de las normas de conflicto; se aclaró y mejoró el sistema de solución de los conflictos internos de leyes de Derecho privado, manteniendo la solución, vigente hasta ese momento, de aplicarles las normas contenidas en los arts. 9 a 11. El aumento

<sup>12</sup> A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho Internacional Privado*, cit., pp. 549 y 557 ss., A. SELA, *Oposiciones al cuerpo de aspirantes a la Judicatura y al Ministerio Fiscal. Contestación a las preguntas relativas a Derecho Internacional*, Cuaderno 3º, Madrid, Reus, 1909, pp. 140-141.

<sup>13</sup> Sobre la jurisprudencia se afirmó que es «cierto que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en materia de Derecho internacional privado, después del código civil, no ha hecho progresar notoriamente el sistema; pero ni es tan escasa ni de tan poco valor doctrinal como algunos estiman» (M. DE LASALA LLANAS, *Sistema español de Derecho Civil Internacional e Interregional*, Madrid, Revista de Derecho Privado, s.f.p., p. 18). Sobre la labor jurisprudencial y doctrinal en la elaboración de normas de funcionamiento véase J.M. TRÍAS DE BES, *Derecho Internacional Privado*, cit., pp. 26 ss.

<sup>14</sup> Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código civil (*BOE* de 9 julio 1974).

de normas de conflicto produjo una mayor especialización de las soluciones. Así, por ejemplo, se pasó de regular conjuntamente los «derechos y deberes de familia, el estado, condición y capacidad legal de las personas» (antiguo art. 9) a tener en el nuevo art. 9 normas de conflicto diferentes para la capacidad y estado civil (ap. 1º), las relaciones, personales y patrimoniales, de los cónyuges (aps. 2º y 3º), la filiación, por naturaleza y adoptiva (aps. 4º y 5º), para la tutela y demás instituciones de protección (ap. 6º), los alimentos (ap. 8º) y la sucesión (ap. 9º). Eso no quiere decir que el sistema fuera el ideal, pues la doctrina criticó algunas de las soluciones ofrecidas por las nuevas normas de conflicto. Este fue el caso, por ejemplo, de la conexión «última ley nacional común» de los cónyuges durante el matrimonio, utilizadas para determinar el ordenamiento aplicable a las «relaciones patrimoniales entre los cónyuges» (art. 9.3 e.r. con art. 9.2, primer inciso)<sup>15</sup>.

Desde la perspectiva de las técnicas de reglamentación, esta etapa se caracteriza, primero, por el paso de un sistema constituido básicamente por normas de conflicto unilaterales, cuyo objeto era determinar el ámbito de aplicación de las normas españolas, a un sistema integrado mayoritariamente por normas de conflicto bilaterales. Una segunda característica fue la especialización de las normas de conflicto, lo que derivó en su multiplicación. Por ejemplo, si el título preliminar del año 1889 no contenía normas de conflicto dedicadas a las obligaciones contractuales —el Código de comercio de 1885 contenía normas específicas que regulaban aspectos concretos de los contratos internacionales, como sus arts. 15 y 52.2, que requirieron su interpretación por los Tribunales—, la reforma del año 1974 introdujo una norma de conflicto general (art. 10.5) y normas específicas para determinados tipos de obligaciones: los relativos a bienes inmuebles (art. 10.5.2º), el contrato de trabajo (art. 10.6) y las donaciones *inter vivos* (art. 10.7).

### 3. La llegada de un Derecho Internacional Privado hiperespecializado, o la hipertrofia del sistema

6. Los cambios políticos y sociales ocurridos en España después de la aprobación del nuevo título preliminar del Código civil hicieron posible que nuestro sistema de DIPr. dejase de mirarse el ombligo y girase su mirada hacia el exterior, produciéndose un considerable aumento en la ratificación por nuestro país de convenios internacionales sobre distintas materias de DIPr. —hasta ese momento el número de normas de origen internacional incorporadas a nuestro ordenamiento era bastante escaso: básicamente, unos pocos convenios bilaterales sobre reconocimiento de sentencias extranjeras y algún que otro convenio multilateral en materia de obligaciones o de Derecho Procesal Internacional—. A esta oxigenación del sistema contribuyó también de manera importante la posterior incorporación, el año 1986, de nuestro país a la Unión Europea, en cuyo seno se ha vivido los últimos 20 años una progresiva y creciente asunción de competencias en materias de DIPr., desde el antiguo art. 220 TCE hasta el actual art. 81 TFUE, pasando por el artículo K del TUE. Todo ello hizo posible la modernización de nuestro sistema de DIPr., hasta ese momento contenido fundamentalmente en unas pocas normas de origen interno. De este modo, se produjo no sólo una multiplicación del número de normas sino también un aumento de su calidad, hasta el punto de conseguirse un sistema hiperespecializado. Así, por ejemplo, con la ratificación el año 1986 del Convenio de La Haya de 1973 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias<sup>16</sup>, se pasó de tener una norma con una estructura bastante sencilla y de contenido problemático (art. 9.7 Cc), a tener una norma más compleja y que venía a solucionar problemas que planteaba la norma de origen interno, como el de su autonomía o dependencia de la relación jurídica de la que puede traer causa la obligación (relaciones paternofiliales, divorcio, obligación contractual,...)<sup>17</sup>. O en materia de obligaciones extracontractuales, se pasó de la norma genérica del art. 10.9, p. 1º, Cc, basado en la utilización exclusiva del criterio de la *lex loci delicti commissi*, a un gran número de normas específicas, referidas a distintos tipos de obligaciones extracontractuales: por ejemplo, Convenio de La Haya de 1971 sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, Convenio de La Haya de 1973 sobre ley aplicable a la responsabilidad por

<sup>15</sup> Vid. J.D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Relaciones entre los cónyuges y régimen económico matrimonial», en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, Oviedo, 1984, pp. 173, 190 y 191.

<sup>16</sup> BOE de 16 septiembre 1986.

<sup>17</sup> Sobre los problemas que planteaba el art. 9.7 Cc véase J.C. FERNÁNDEZ ROZAS, «Filiación y alimentos», en J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y otros, *Derecho Internacional Privado. Parte Especial*, cit., pp. 229 ss.

productos, Convenio internacional sobre responsabilidad civil nacida de daños debidos a contaminación por hidrocarburos, etc.<sup>18</sup>.

Desde una actitud buenista, cabe interpretar que bajo esta multiplicación normativa subyace el loable deseo de conectar mejor cada supuesto con el ordenamiento jurídico con el que se halla más estrechamente vinculado. Así, por ejemplo, no tiene mucho sentido someter la responsabilidad derivada de un accidente de circulación al ordenamiento jurídico del país del accidente (regla general del art. 3 del Convenio de La Haya sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera) cuando en el accidente intervengan dos vehículos matriculados en el mismo Estado, que no es el del accidente, y las víctimas residen habitualmente en el país de matriculación de los vehículos implicados; así pues, en este caso parece deseable la aplicación del ordenamiento del Estado de matriculación de los vehículos (art. 4 del Convenio). Ahora bien, como veremos a continuación, este proceso de hiperespecialización puede conducir en ocasiones a resultados perjudiciales.

### III. De la hiperespecialización de la norma de conflicto al manierismo normativo

7. Las mentes más creativas del DIPr. a la hora de imaginar los supuestos más complejos que las normas de conflicto deben resolver quedan en ridículo frente a las situaciones de la vida real; y si alguien no me cree, le recomiendo que eche un vistazo a revistas como *Hola*, *Semana* o *Diez Minutos*, entre otras muchas «publicaciones del corazón» o «prensa rosa». El afán de crear normas de conflicto que prevean siempre de manera cierta y segura la aplicación de la ley más conectada con todas y cada una de las variantes que la realidad presenta de una relación jurídica, sin dejar el más mínimo resquicio ni margen de actuación a los tribunales, puede derivar en un manierismo normativo que convierta el DIPr. en un conjunto de normas esotéricas y de difícil comprensión para quienes deben aplicarlas.

#### 1. Normas de conflicto crípticas e ininteligibles

8. El *Convenio de La Haya de 1973 sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos* puede ponerse como ejemplo de *cómo no se debe legislar en DIPr*. Su sistema de normas de conflicto, contenido en sus arts. 4 a 7, es aún más enrevesado y críptico —¡que ya es decir!— que el contenido en el Convenio de La Haya 1971 sobre accidentes de circulación por carretera. Aun simplificando muchísimo el tema e intentando hacerlo comprensible —es totalmente aconsejable que el sufrido lector tenga delante el texto convencional—, puede apreciarse la complejidad de la regla general, trufada de excepciones, de excepciones a las excepciones, y de matizaciones. Así, la responsabilidad de los fabricantes por los daños causados por los productos que fabriquen se regirá, en primer lugar, por la ley de la residencia habitual de la persona directamente perjudicada (art. 5), a no ser que el responsable no hubiese podido razonablemente prever la comercialización del producto en ese Estado (art. 7); en este caso, además, deben concurrir las condiciones previstas en el propio art. 5 (que en el país de la residencia habitual del perjudicado se encuentre el establecimiento principal del fabricante, o que en él se hubiese adquirido el producto por la persona directamente perjudicada). Siempre que no sea aplicable la ley de la residencia habitual del perjudicado en virtud del art. 5, se aplicará la ley del Estado en cuyo territorio se haya producido el daño (*lex loci delicti commissi*) (art. 4), a no ser que el responsable no hubiera podido prever la comercialización del producto en ese Estado (art. 7) y que, además, se cumplan las condiciones previstas en el art. 4 (que el país donde se ha producido el daño sea también el Estado en el que resida habitualmente la persona directamente perjudicada, o que en él se encuentre el establecimiento principal de la persona a la que se le imputa la responsabilidad, o que en él hubiese adquirido el producto la persona directamente perjudicada), o de que el perjudicado base su reclamación en la *lex loci* (art. 6, *in fine*). Finalmente, si no es aplicable la ley de la residencia habitual del perjudicado ni la *lex loci*, la responsabi-

<sup>18</sup> Sobre esta multiplicidad de fuentes y sus problemas de colisión véase L. GARAU JUANEDA, «Las fuentes españolas en materia de ley aplicable a la responsabilidad por ilícito civil», en C. JIMÉNEZ PIERNAS (Ed.), *La responsabilidad internacional. Aspectos de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado*, Alicante, AEPDIRI, 1990, pp. 413 ss.

lidad se determinará por la ley del Estado en el que se halle el establecimiento principal del responsable (arts. 6 y 7). Dejando a un lado este galimatías de conexiones, en el que difícilmente «la persona directamente perjudicada» y «la persona a quien se le imputa la responsabilidad» pueden llegar a saber el ordenamiento jurídico por el que se regirá la responsabilidad, ni siquiera apelando a los más conspicuos especialistas, no puedo dejar de reproducir su art. 13, modelo de norma de funcionamiento directamente incomprensible: «Un Estado en el que diversas unidades territoriales tengan sus propias normas legales acerca de la responsabilidad por productos no estará obligado a aplicar el presente Convenio cuando un Estado con un sistema jurídico unificado no estuviere obligado a aplicar la legislación de otro Estado en virtud de los artículos 4 y 5 del presente Convenio»<sup>19</sup>. No es de extrañar que este horror conflictual haya sido descrito como un conjunto de normas extraordinariamente complejas cuando no directamente ininteligibles<sup>20</sup>.

**9.** No menos complejas y tortuosas son las normas de conflicto creadas por la UE para determinar el ordenamiento jurídico aplicable a un contrato de seguro. La cuestión se regula ahora en el art. 7 del *Reglamento (CE) núm. 593/2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)*<sup>21</sup>. El primer problema que plantea este precepto es determinar su ámbito de aplicación, pues no es aplicable a todos los contratos de seguros. Así, se incluyen en él todos los contratos de seguros de grandes riesgos, con independencia del lugar de localización del riesgo, así como todos los demás contratos de seguros siempre que cubran riesgos situados en la UE<sup>22</sup>, quedando excluidos los contratos de reaseguro —la determinación de la ley aplicable a los contratos de seguros excluidos del art. 7 (contratos que cubran riesgos situados en terceros países y todos los contratos de reaseguro) se realizará de acuerdo con las normas generales del Reglamento Roma I, esto es, los arts. 3 y 4<sup>23</sup>—. Establecida la aplicabilidad del art. 7, lo que no es tarea menor, a continuación intentaré desentrañar sus normas de conflicto y hacerlas legibles (nuevamente es aconsejable que el lector se haga con el texto del art. 7)<sup>24</sup>.

<sup>19</sup> Si alguien considera que el problema radica en la traducción del texto de la versión auténtica en lengua francesa al español, puede comprobar que ése no es el caso: «Un Etat dans lequel différentes unités territoriales ont leurs propres règles de droit en matière de responsabilité du fait des produits ne sera pas tenu d'appliquer la présente Convention lorsqu'un Etat dont le système de droit est unifié ne serait pas tenu d'appliquer la loi d'un autre Etat en vertu des articles 4 et 5 de la présente Convention.»

<sup>20</sup> L. GARAU JUANEDA, «Las fuentes españolas en materia de ley aplicable a la responsabilidad por ilícito civil», cit. Notas núms. 68 y 73.

<sup>21</sup> Su antecedente inmediato son las no menos crípticas normas contenidas en los art. 7 y 8 de la Segunda Directiva 88/357/CEE del Consejo de 22 de junio de 1988 sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo, distinto del seguro de vida, por la que se establecen las disposiciones destinadas a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios y por la que se modifica la Directiva 73/239/CEE, que quedarán derogadas con efectos 31.10.2012 por la Directiva 2009/138/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, sobre el seguro de vida, el acceso a la actividad de seguro y de reaseguro y su ejercicio (Solvencia II). Las normas de la Directiva 88/357/CEE fueron deficientemente transpuestas al ordenamiento español en los arts. 107 a 109 de la Ley de contrato de seguro, preceptos criticados por su excesiva casuística, por las lagunas que presentan y por la confusión que generan a la hora de solventar estas últimas [vid. P. BLANCO-MORALES LIMONES, «Contrato internacional de seguro», en A.-L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Curso de Contratación Internacional*, 2ª edic., Madrid, Colex, 2006, p. 809]. Por su parte, de las normas de conflicto de la Directiva 88/357/CEE se ha afirmado que «confinent à l'ésotérisme» [B. OPPETIT, «Le droit international privé, droit savant», *R. des C.*, vol. 234 (1992-III), pp. 425].

<sup>22</sup> Cuando un contrato de seguro que no cubra grandes riesgos cubra riesgos situados tanto en países de la UE como en terceros países, las normas de protección del art. 7 solamente se aplican a los riesgos situados en la UE (véase el apartado 33 de la exposición de motivos del Reglamento). Igualmente para este tipo de contratos, cuando el contrato cubra riesgos situados en varios Estados miembros, el contrato se considera formado por tantos contratos independientes como Estados miembros (art. 7.5).

<sup>23</sup> El único tipo de contrato de seguro al que no le serían aplicables las normas del Reglamento son los excluidos expresamente de su ámbito material de aplicación, que, según el art. 1.2. j), son los contratos de seguros que se derivan de operaciones realizadas por organizaciones que no sean las empresas a las que se hace referencia en el art. 2 de la Directiva 2002/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, sobre el seguro de vida, y que tengan como objetivo la concesión de prestaciones a favor de trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia que sean parte de una empresa o grupo de empresas, actividad profesional o conjunto de actividades profesionales, en caso de fallecimiento, supervivencia, cesación o reducción de actividades, enfermedad relacionada con el trabajo o accidentes laborales.

<sup>24</sup> Para un estudio más detenido del art. 7 véase C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, *Los contratos de seguro del art. 7 del Reglamento Roma I*, CDT, 2009-1, pp. 30 ss.

En los contratos de *seguros que cubran grandes riesgos*, el art. 7.2 prevé que las partes puedan elegir, sin ningún límite, la ley aplicable (autonomía de la voluntad ilimitada). En defecto de elección por las partes, el contrato se regirá por la ley del país de la residencia habitual del asegurador, salvo que del conjunto de circunstancias se desprenda que el contrato presenta vínculos más estrechos con otro país, en cuyo caso se regirá por la ley de este último. Para el *resto de los contratos de seguros*, el art. 7.3 establece que las partes puedan elegir solamente el ordenamiento jurídico de determinados países (autonomía limitada): la del Estado miembro de localización del riesgo (letra a); la del país de la residencia habitual del tomador del seguro (letra b); la del Estado miembro del que es nacional el tomador del seguro de vida (letra c); la del Estado miembro de situación del riesgo en seguros que cubran riesgos limitados a siniestros que ocurran en un Estado miembro distinto del de situación del riesgo (letra d); la de los Estados miembros de situación del riesgo o del país de la residencia habitual del tomador, en seguros que cubran dos o más riesgos relacionados con la actividad comercial o industrial o profesión liberal del tomador en Estados miembros diferentes (letra e) —si el ordenamiento de los Estados miembros previstos en las letras a), b) o e) prevé una mayor libertad de elección de la ley aplicable al contrato de seguro, se podrá hacer uso de esta mayor libertad (art. 7.3, p. 2º)<sup>25</sup>—. Si las partes no eligen la ley aplicable al contrato, éste se regirá por el ordenamiento del Estado miembro en el que se localice el riesgo en el momento de celebración del contrato. El art. 7.4 del RRI prevé para los *contratos de seguros obligatorios* —aquellos que se concluyen en virtud de una obligación legal— una serie de normas adicionales que, por un lado, determinan la ley aplicable a la validez de estos contratos y, por otro lado, facultan a los Estados miembros a imponer que estos contratos se rijan por el ordenamiento que impone la obligación de aseguramiento. En definitiva, excluye la posibilidad de elección de la *lex contractus*.

Como puede comprobarse, la expresión «todo es susceptible de empeorar» encierra una verdad incuestionable y el *horror conflictual* del Convenio de La Haya de 1973 es elevado a cotas impensables en las normas de conflicto del art. 7 del Reglamento Roma I, de las que, con toda justicia, se ha afirmado que son muy complicadas o casi indigestas<sup>26</sup>.

## 2. Conjunto de normas de Derecho Internacional Privado que convierten una materia en ininteligible

**10.** Pero la galería de los horrores internacionalprivatistas no acaba aquí, pues existen más normas dignas de figurar en ella por méritos propios. En ocasiones, el problema no deriva de una norma de conflicto aislada, en sí misma considerada, sino de la aplicación del conjunto de normas de DIPr. que regulan una materia. En este sentido, puede citarse como ejemplo de resultado indeseable el *Convenio de La Haya de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*.<sup>27</sup> Este texto convencional plantea múltiples problemas<sup>28</sup>. En primer lugar, ha complicado innecesariamente el panorama normativo, pasando a tener el DIPr. español varios sistemas de responsabilidad parental, que configuran un entramado complejo de colisión normativa: por un lado, las normas de origen no interno (el Reglamento Bruselas II<sup>29</sup> y el Convenio de La Haya de 1996) y por otro las disposiciones de origen interno (art. 9.6 Cc, art. 22 LOPJ, art. 34 de la Ley de adopción internacional, arts. 954 ss. LEC de 1881). Además, el primer grupo de normas presenta un problema añadido, derivado de la utilización de con-

<sup>25</sup> Esta disposición, de una gran complicación, contiene una norma de mínimos, que obliga a realizar un estudio comparativo, caso por caso, de los límites a la autonomía de la voluntad previstos en el art. 7.3, p. 1º, y los regulados en la legislación interna de los Estados miembros en cuestión. En este sentido, el ordenamiento español (art. 107.3 LCS) no concede una libertad de elección superior, por lo que, cuando sea aplicable al contrato de seguro la ley española, la autonomía de la voluntad se regirá exclusivamente por los límites del art. 7.3, p. 1º, RRI.

<sup>26</sup> P. BLANCO-MORALES LIMONES, «Contrato internacional de seguro», en A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Dir.), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, 12ª edic., Granada, Comares, 2011, p. 776.

<sup>27</sup> BOE de 2 diciembre 2010.

<sup>28</sup> Sobre la problemática del convenio véase *in extenso* F. GARAU SOBRINO, Notas sobre la colisión de fuentes de Derecho internacional privado español sobre responsabilidad parental y protección del niño, *CDT*, 2011-1, pp. 282 ss.

<sup>29</sup> Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

ceptos diferentes; así, mientras el Reglamento Bruselas II utiliza el término «menor», sin definirlo, por lo que su concepto se determinará por el ordenamiento de cada Estado miembro, el Convenio de 1996 habla de «niño», dándole un contenido autónomo (art. 2). Esta disparidad tienen como consecuencia que una misma persona sea «niño» para el texto convencional de 1996 pero no pueda ser considerado «menor» a efectos del Reglamento (p.ej., el *niño* de 17 años emancipado)<sup>30</sup>.

Por otro lado, el Convenio es otro ejemplo de complejidad, de manierismo normativo. Está integrado por 63 preceptos, mientras su antecesor, el Convenio de La Haya de 1961 sobre competencia de autoridades y ley aplicable en materia de protección de menores, consta solamente de 25 artículos —me cuesta creer que haya sido necesario utilizar más del doble de preceptos para resolver las «imperfecciones»<sup>31</sup> que presentaba el Convenio de 1961—. La determinación de las autoridades competentes se realiza mediante diez complejísimas normas, que pretenden solucionar todos los problemas que los responsables del texto convencional detectaron durante su elaboración. En esos diez preceptos hay una regla general (art. 5), una matización (art. 6), dos excepciones a las reglas anteriores (arts. 8 y 9), dos excepciones para situaciones específicas (arts. 7 y 10), dos reglas especiales (arts. 11 y 12) y dos normas para resolver los problemas de aplicación de todas las anteriores (arts. 13 y 14). Por lo que se refiere a la determinación del ordenamiento jurídico aplicable, se utilizan cinco normas de conflicto (arts. 15 a 19), acompañadas de tres normas de funcionamiento (arts. 20 a 22). El reconocimiento de las resoluciones precisa de tres preceptos (arts. 23 a 25) —y eso que se trata de un reconocimiento automático— y la declaración de ejecutividad de tres más (arts. 26 a 28).

Si tuviera que elegir un artículo de este texto convencional para otorgarle el *Premio al Manierismo de DIPr.*, me quedaría con el art. 47, por el que se intenta resolver el problema de la aplicación del Convenio a Estados con diversas unidades territoriales con sistemas jurídicos diferentes. Para ello utiliza diez reglas prácticamente idénticas, en las que solamente cambia la conexión: «cualquier referencia a la *residencia habitual* en este Estado se interpretará como una referencia a la *residencia habitual* en una unidad territorial [núm. 1]; cualquier referencia a la *presencia del niño* en este Estado se interpretará como una referencia a la *presencia del niño* en una unidad territorial [núm. 2]; cualquier referencia al Estado al que el niño *ha sido trasladado o retenido* se interpretará como una referencia a la unidad territorial a la que *el niño ha sido desplazado o retenido* [núm. 7]» y así sucesivamente hasta diez apartados (me pregunto si los autores del texto cobraban por palabras, como los traductores). A mi entender, la única regla que merecía un tratamiento específico es la correspondiente a la remisión al Estado de la nacionalidad del niño, que, efectivamente, podría haberse resuelto mediante la regla del actual art. 47.4. Para el resto, creo que podría haberse hecho uso de la tradicional y sintética fórmula utilizada en los textos de la Conferencia de La Haya de DIPr.: «cuando un Estado conste de varias unidades territoriales en que cada una tenga sus propias normas legales sobre protección de los niños, cada unidad territorial será considerada como un Estado a efectos de la determinación de las cuestiones reguladas en el presente Convenio.

En definitiva, estamos ante un texto de DIPr. que enmaraña de manera innecesaria el tema de la protección de los «niños». No sólo se necesita un máster para moverse con cierta soltura por el texto del articulado sino que complica la vida innecesariamente a quienes tienen que aplicar el texto convencional. Pero aún hay más: la integración en nuestro ordenamiento jurídico de normas de distinta procedencia y sistemática producen una grave incoherencia en el tratamiento que el tema recibe desde la óptica del DIPr. (ya hemos visto los problemas derivados de la utilización de conceptos no coincidentes por parte del Reglamento Bruselas II y el Convenio de 1996).

<sup>30</sup> La cuestión no carece de importancia, puesto que cuando el niño no sea menor, las medidas adoptadas de conformidad con el Convenio no podrán reconocerse ni declararse ejecutivas en el ámbito de la UE a través del Reglamento, y ello a pesar del tenor literal del art. 61 del Reglamento. En efecto, el Reglamento no es aplicable porque las medidas no afectan a un *menor* y, además, porque su art. 61, que es el que establece su aplicabilidad en relación con el Convenio, exige expresamente que se trate de un *menor*.

<sup>31</sup> *Informe explicativo de Paul Lagarde al Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996*, núm. 3.

## IV. La Unión Europea: cuando el problema es también la política legislativa

### 1. Una política legislativa ilógica

11. La legislación de DIPr. de la UE adolece de graves problemas, no sólo en el plano de la técnica legislativa, que, como hemos visto, es manifiestamente mejorable, sino también en el plano de la *política legislativa*. En relación con esta última, se la ha descrito de manera muy gráfica como la técnica de *poner el carro delante de los bueyes*, puesto que se han dictado ambiciosas normas para las que en los Estados miembros no existe la armonización suficiente, generándose nuevos problemas de aplicación, de interpretación y de nueva armonización<sup>32</sup>. Un ejemplo de esta técnica ilógica lo tenemos, en la actualidad, en el empeñamiento de la UE en querer suprimir en el Reglamento Bruselas I y con carácter general —excepto para las resoluciones derivadas de acciones en materia de difamación y de acciones indemnizatorias colectivas— el exequátur jurisdiccional, diseñando un sistema de exequátur automático<sup>33</sup>. Es cierto que no estamos ante una idea novedosa, puesto que en la UE ya tenemos ejemplos de esta nueva modalidad de obtención de la declaración de ejecutividad, sin necesidad de someter la resolución a procedimiento jurisdiccional alguno: el Reglamento Bruselas II en relación con determinadas resoluciones sobre derecho de visita y sobre restitución de un menor; el Reglamento sobre el título ejecutivo europeo; el Reglamento sobre el proceso monitorio europeo; el Reglamento sobre el proceso europeo de escasa cuantía; el Reglamento sobre obligaciones de alimentos<sup>34</sup>. Dejando de lado la cuestión de si también en estos casos se han pasado los bueyes delante del carro, puede encontrarse cierta justificación en la adopción hasta ahora de este sistema. Así, en el marco del Reglamento de Bruselas II se reduce a dos tipos de resoluciones que precisan de una gran celeridad en su ejecución, si no se quieren convertir en ilusorios sus pronunciamientos. Algo parecido, aunque con resultados técnicos globales muy criticables (véase *infra* el número 2 de este apartado), sucede con el Reglamento sobre obligaciones de alimentos. En los Reglamentos sobre procesos europeos (monitorio y escasa cuantía) estamos ante normas que configuran su tramitación procedimental, por lo que el respectivo proceso se ha desarrollado en todos los países con idénticas garantías procesales mínimas. Algo parecido sucede también en el marco del Reglamento del título ejecutivo europeo, que para que pueda beneficiarse de este tipo de exequátur es preciso que se trate de un grupo muy concreto de resoluciones —sobre créditos no impugnados y en el ámbito de determinadas materias— y que el proceso se haya desarrollado en el Estado de origen de acuerdo con las armonizadas normas procesales mínimas contenidas en su capítulo III. Pero hete aquí que ahora la UE pretende con carácter general que cualquier tipo de resolución en materia civil y mercantil comprendida en el ámbito de aplicación material del Reglamento Bruselas I (excepto las dos indicadas) se beneficie de ese sistema. Es, por tanto, indiferente el nivel de garantías procesales aplicadas en el procedimiento de origen, porque la resolución se ejecutará sin necesidad de controlar jurisdiccionalmente los presupuestos del reconocimiento y de la declaración de ejecutividad. Como justificación se suele invocar un socorrido, e ilusorio, principio de «confianza mutua», muy utilizado por el Tribunal de Justicia<sup>35</sup>. Nos hallamos ante un ingenuo buenismo en el que, como diría el castizo, «to er

<sup>32</sup> Véase S. SÁNCHEZ LORENZO, «La política legislativa de la Unión Europea en materia de Derecho internacional privado: de la técnica del carro ante los bueyes a la estrategia del avestruz», en C. ESPLUGUES MOTA, G. PALAO MORENO, *Nuevas fronteras del Derecho de la Unión Europea. Liber amicorum José Luis Iglesias Buhigues*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 133 ss.

<sup>33</sup> Véase la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, COM(2010) 748, Bruselas 15.12.2010, núm. 3.1.1.

<sup>34</sup> Respectivamente, Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, ya citado; Reglamento (CE) n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados; Reglamento (CE) n° 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo; Reglamento (CE) n° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía; Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. Sobre la declaración de ejecutividad automática véase F. GARAU SOBRINO, *Lecciones de Derecho Procesal Civil Internacional*, 2ª edic., Palma de Mallorca, Servicio de Publicaciones de la UIB, 2008, pp. 161 ss.

<sup>35</sup> Por ejemplo, STJUE 22 diciembre 2010, *Aguirre Zarraga*, C-491/10 PPU, núms. 46 y 70; STJCE 13 octubre 2011, *Prism Investments*, C-139/10, núms. 27 y 31; STJCE 26 abril 2012, *C.*, C-92/12 PPU, núm. 103, en la que se afirma que la *confianza*

mundo e güeno». ¿Los derechos procesales son iguales en todos los Estados de la UE?, ¿tienen el mismo nivel de protección? Pues no. Y para ello basta con leer, a título de ejemplo, la sentencia del TJUE en el *Asunto Gambazzi*, en el que determinadas disposiciones procesales del Reino Unido pueden ser consideradas contrarias al principio de audiencia tal como es entendido por otros Estados miembros, en el caso, Italia<sup>36</sup>. ¿No convendría haber empezado por garantizar un elenco mínimo de derechos procesales? Si la reforma acaba por salir adelante, supongo que se pretenderá nuevamente que el carro acabe tirando de los bueyes, cosa que no parece factible. Con razón, se ha afirmado que la «confianza comunitaria» es un puro señuelo para incautos<sup>37</sup>.

## 2. Una política legislativa que desemboca en un Derecho Internacional Privado extravagante

**12.** El *Reglamento (CE) n° 4/2009 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos* posiblemente sea la norma de la UE en materia de DIPr. más nefasta que se haya creado hasta el momento, y ya hemos visto que hay mucho donde elegir. Para empezar, es preciso señalar su rocambolesco mecanismo de aplicación. En principio, debía ser aplicable desde junio de 2011 siempre y cuando el Protocolo de La Haya de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias «sea aplicable en la Comunidad en esa fecha (art. 76, p. 3°). Pues bien, la UE firmó, en nombre de la Unión —su firma no vincula ni a Dinamarca ni al Reino Unido—, el Protocolo de 2007 en abril de 2010, declarando que aplicaría provisionalmente el Protocolo desde el 18 de junio de 2011, incluso si el Protocolo no hubiera entrado en vigor en esa fecha<sup>38</sup> (en el momento de redactarse estas líneas todavía no se han obtenido las ratificaciones necesarias —y solamente se precisan dos!— para su entrada en vigor). La situación no puede ser más chocante: la UE aplica provisionalmente una norma que no emana de la propia Unión y que todavía no ha entrado en vigor (el Protocolo de 2007), y todo para poder aplicar una norma propia (el Reglamento 4/2009).

Por lo que se refiere a su ámbito de aplicación territorial, el Reglamento se aplica en todos los Estados miembros de la UE (art. 1.2), por lo que estamos ante una norma pensada para regular las obligaciones alimenticias en el ámbito de la Unión. En su capítulo II se contienen las normas para determinar la *competencia internacional*, que sustituyen a las disposiciones que, en materia de alimentos, se contienen en el Reglamento Bruselas I (art. 68.1 Reglamento 4/2009). Como viene siendo habitual en las normas de la UE<sup>39</sup>, los foros atributivos de competencia deben leerse en orden inverso, empezando por el art. 5 e ir retrocediendo hasta el 3, luego se salta a los arts. 6 y 7 para acabar en las normas de funcionamiento procesales (arts. 8 a 14). Un auténtico *baile de la Yenka*: izquierda, derecha, adelante, atrás, un, dos, tres, y vuelta a empezar.

Inexplicablemente, la UE ha hecho dejación absoluta de su competencia para legislar sobre la *determinación de la ley aplicable* a las obligaciones alimenticias, remitiéndose el Reglamento 4/2009 al Protocolo de La Haya 2007, siempre que se trate de Estados miembros que estén vinculados por este instrumento (art. 15) —los Estados miembros que no sean parte en el Protocolo (Dinamarca y Reino Unido) continuarán aplicando sus normas de conflicto, de origen interno o convencional—. Y ahora llegamos a lo mejor: el Protocolo de 2007 sustituye «entre Estados contratantes» al Convenio de La Haya de 1973

---

*mutua* «ha permitido el establecimiento de un sistema obligatorio de competencias, que todos los órganos jurisdiccionales comprendidos en el ámbito de aplicación del Reglamento tienen el deber de respetar, y la renuncia correlativa por parte de los Estados miembros a sus reglas internas de reconocimiento y de exequátur en favor de un mecanismo simplificado de reconocimiento y de ejecución de resoluciones judiciales dictadas en el marco de procedimientos en materia de responsabilidad parental».

<sup>36</sup> STJUE 2 abril 2009, *Gambazzi*, C-394/07, *Rec.* 2009, p. I-2563.

<sup>37</sup> S. SÁNCHEZ LORENZO, «La política legislativa de la Unión Europea en materia de Derecho internacional privado», cit. p. 140.

<sup>38</sup> Es más, declaró que lo aplicaría también a las obligaciones alimenticias anteriores y reclamadas en un Estado miembro a través del Reglamento 4/2009 a partir de esa fecha. Véanse los arts. 4 y 5 de la Decisión del Consejo de 30 noviembre 2009 relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias (*DOUE* L 331 de 16 diciembre 2009, p. 17).

<sup>39</sup> Por ejemplo, el Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»), cuya regla general, la autonomía de la voluntad, se contiene en el art. 14, después de las reglas especiales.



sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias y al Convenio de La Haya de 24 de octubre de 1956 sobre obligaciones alimenticias respecto a menores (art. 18 del Protocolo) —a su vez, el Convenio de 1973 sustituye entre Estados contratantes al Convenio de 1956 (art. 18 del Convenio de 1973)—. Por tanto, España continuará aplicando los Convenios de 1973 y de 1956 en sus relaciones con aquellos países que no hayan ratificado el Protocolo (o aquellos que ratificaron el Convenio de 1956 pero no el de 1973). Por si alguien todavía no se ha perdido en esta maraña de fuentes, hay que apuntar un nuevo problema: en estos momentos, España tiene incorporado a su ordenamiento dos textos convencionales (el Protocolo de 2007 y el Convenio de 1973) de *aplicación universal* con partes contratantes que no coinciden —la sustitución se realiza «entre Estados contratantes»—, así como tampoco sus normas de conflicto<sup>40</sup>. A la vista de ello, y de momento, puede hablarse de la relatividad del carácter universal del Protocolo de 2007, o de su ámbito de aplicación *semi-universal*. Por si lo anterior fuera poco, no podemos olvidarnos de la convivencia del Protocolo de 2007 con el Convenio de 4 de noviembre de 1987 entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay sobre conflicto de leyes en materia de alimentos para menores y reconocimiento y ejecución de decisiones y transacciones judiciales relativas a alimentos<sup>41</sup>; el art. 19 del Protocolo de 2007 permite su coexistencia con otros textos convencionales en los que los Estados contratantes sean o lleguen a ser partes, siempre que los Estados parte no manifiesten lo contrario. Tampoco podemos pasar por alto el art. 6.3 del Convenio de Nueva York de 20 de junio de 1956 sobre la obtención de alimentos en el extranjero, que se limita a establecer, de forma imprecisa, que, salvo lo dispuesto en su propio articulado, «la Ley aplicable a la resolución de las acciones de alimentos y de toda cuestión que surja con ocasión de la misma será la Ley del Estado del demandado, inclusive el Derecho Internacional Privado de ese Estado»<sup>42</sup> —el Convenio de La Haya de 2007, cuando entre en vigor, sustituye entre los Estados que son parte al Convenio de Nueva York (art. 49).

Finalmente, las cuestiones relativas al *reconocimiento y declaración de ejecutividad de las resoluciones, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva* sobre obligaciones alimenticias se derivan hacia los capítulos IV y VI del Reglamento 4/2009, que prevé dos procedimientos, según la resolución, la transacción o el documento haya sido dictada, formalizada o registrado en un Estado miembro vinculado por el Protocolo de 2007 o en un Estado miembro no vinculados por el Protocolo de 2007 (Dinamarca y el Reino Unido). Por su parte, el *Convenio de La Haya de 2007 sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia* también contiene disposiciones sobre el reconocimiento y la declaración de ejecutividad de resoluciones en materia de alimentos, que serán aplicables en las relaciones entre Estados miembros de la UE y países no miembros que hayan ratificado el Convenio<sup>43</sup>. Lo mínimo que se puede decir de los procedimientos de reconocimiento y declaración de ejecutividad regulados en el capítulo V del Convenio es que no son muy favorables a su obtención, puesto que, además de contenerse en preceptos prolijos y farragosos, se trata de la vuelta a los clásicos procedimientos jurisdiccionales —nada de reconocimiento y, mucho menos, de declaración de ejecutividad automáticos— en los que se examina por el derecho y el revés la resolución que se pretende ejecutar<sup>44</sup>. Pero aquí no acaban las fuentes aplicables, pues nuestro país es parte también en el Convenio de La Haya de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias en materia de obligaciones alimenticias respecto a menores, y en el Convenio de La Haya de 1973 referente al reconocimiento y a la ejecución de las resoluciones relativas a las obligaciones alimentarias. Hay que reconocer

<sup>40</sup> Sobre el problema, F. GARAU SOBRINO, Las fuentes españolas en materia de obligaciones alimenticias. ¿Hacia un Derecho Internacional Privado extravagante?, *CDT*, 2011-2, pp. 136-137.

<sup>41</sup> *BOE* de 5 febrero 1992.

<sup>42</sup> *BOE* de 24 noviembre 1966; rectificación en *BOE* de 16 noviembre 1971. Sobre el problema de la colisión entre el Convenio de Nueva York, el Convenio de La Haya de 1973 sobre ley aplicable y el Protocolo de 2007 véase F. GARAU SOBRINO, Las fuentes españolas en materia de obligaciones alimenticias, cit., pp. 137-138; ID., Nota a la sentencia de la AP de las Islas Baleares de 23 de noviembre de 2010, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, vol. X (2010), p. 997.

<sup>43</sup> Este Convenio todavía no está en vigor y, en la línea de contención de algunos de los últimos textos de la Conferencia de la Haya, consta de 65 artículos, a pesar de que no reglamenta cuestiones de competencia internacional ni de ley aplicable. Su firma (¡cómo no!) ya ha sido autorizada por la UE mediante la Decisión del Consejo de 31 marzo 2011 (*DOUE* L 93 de 7 abril 2011).

<sup>44</sup> Sobre este texto convencional, F. GARAU SOBRINO, Las fuentes españolas en materia de obligaciones alimenticias, cit., p. 139.

que la aplicación de ambos es poco relevante, pues el Convenio de 1958 es sustituido entre Estados parte por el Convenio de 1973 (art. 29), y este último queda desplazado entre los Estados miembros de la UE por el Reglamento 4/2009 (art. 69.2) y en las relaciones entre Estados miembros y terceros países por el Convenio de 2007 (art. 48). Por otro lado, las normas sobre reconocimiento y declaración de ejecutividad de resoluciones, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva contenidas en el Reglamento Bruselas I no se aplican a las obligaciones alimenticias (art. 68.1 del Reglamento 4/2009). Ni tampoco serán aplicables las disposiciones del Reglamento (CE) n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, excepto cuando se trate de títulos ejecutivos europeos relativos a obligaciones alimenticias expedidos en el Reino Unido, pues no se halla vinculado por el Protocolo de 2007 (véase art. 68.2 Reglamento 4/2009). El ya citado Convenio bilateral con Uruguay, en relación con el reconocimiento y declaración de ejecutividad de decisiones y transacciones judiciales establece en su art. 9 que se atenderá al Convenio de 4 de noviembre de 1987 sobre cooperación jurídica entre el Reino de España y la República Oriental del Uruguay<sup>45</sup>, configurándose de este modo un nuevo despropósito de remisiones normativas.

**13.** Después de leer los párrafos anteriores, creo que lo más benévolo que se puede decir del sistema de DIPr. creado por la UE en materia de obligaciones alimenticias es que es un auténtico dislate: la rocambolesca aplicación «provisional» de la norma básica, que se hace depender de una norma convencional que no es de la UE y que no está en vigor aunque, según su tenor literal, no podía aplicarse hasta que no entrara en vigor; la incapacidad de la UE para legislar sobre la determinación de la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, remitiéndose a una norma que no es de la UE y que plantea múltiples problemas de colisión con una maraña de normas convencionales, multilaterales y bilaterales, que culmina con el sinsentido de la aplicación de dos Convenios de ámbito universal; la creación de una doble vía para el reconocimiento y declaración de ejecutividad de resoluciones, transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en el ámbito de la UE, y de una tercera vía para países no miembros; en este último caso, haciendo uso de una norma de principios anticuados y que vuelve a plantear problemas de colisión con otro cúmulo de normas convencionales. Creo que esto debe llevar a las instituciones competentes de la UE a abrir un proceso de reflexión sobre el Reglamento 4/2009 y sobre la conveniencia de *darle boleta*, de acabar con él sin dejar pasar mucho tiempo. La UE ha creado un laberíntico sistema de obligaciones alimenticias que, más que facilitar su reclamación y satisfacción, ha acabado por convertirlas en un problema complicado en exceso y al alcance de una minoría económicamente pudiente, pues no cualquier acreedor de alimento podrá pagarse los costes de un asesoramiento jurídico especializado. Lo peor que se puede decir del sistema es que, en estos momentos, es mucho más rentable y beneficioso hallarse en la posición jurídica de deudor de alimentos que en la de acreedor, pues la oscuridad del tema favorece que en la práctica sea muy difícil determinar la fuente a aplicar para resolver cada una de las cuestiones de DIPr.

## V. ¿Queremos para el siglo XXI un Derecho Internacional Privado comprensible y coherente?

**14.** Las páginas anteriores constituyen un muestrario, una suerte de *Cámara de los Horrores del Museo de Madame Tussaud*, de lo que creo no debe ser el DIPr.: un conjunto de normas crípticas o con origen en una política legislativa ilógica o alejada de la realidad. Un DIPr. *friki*, extravagante e hiperespecializado, creado en ocasiones por y para la autocomplacencia de una minoría de especialistas ocupados en la vana tarea de resolver complejísimo supuestos de laboratorio y en buscar soluciones para todas las situaciones que la vida real pudiera o pudiese presentar, y todo ello a pesar de las mejores intenciones que animan el trabajo de estos especialistas. En España, fieles a nuestra tradición histórica, hemos vivido un movimiento pendular de gran giro, pasando de un DIPr. en el siglo XIX compuesto por unos escasos preceptos simples, primitivos y *naïf* a un sistema actual de DIPr. integrado por un conjunto

<sup>45</sup> BOE de 30 abril 1998.

de normas de la más variopinta procedencia y muchas de ella incomprensibles para la mentalidad jurídica media. Este DIPr. de especialistas, completamente enajenado de la realidad, tiene como consecuencia que quienes deben aplicarlo, los prácticos del Derecho, la mayoría de las veces no lo comprenden ni, por supuesto, saben cómo utilizarlo. Luego, los que nos dedicamos a *la cosa* nos quejamos amargamente de la jurisprudencia, que al aplicar la norma llega a unos resultados totalmente contrarios a los teóricamente esperados o que, directamente, ignora la norma, porque no la entiende o se ve incapaz de aplicarla —al principio de este trabajo ya hemos visto el nivel de aplicación por nuestros tribunales de normas de DIPr.—. Sinceramente, creo que los internacionalprivatistas no podemos acabar por cargar la culpa de esta situación al mensajero, acusando a los abogados de ignorancia o a los jueces de escasa preparación. Nos quejamos amargamente de que en los programas oficiales a determinadas oposiciones los temas de DIPr. son testimoniales, pero no nos preguntarnos el porqué de este postergamiento a pesar de la creciente relevancia, cuantitativa y cualitativa, de la normativa de DIPr.

Me parece conveniente reflexionar sobre si queremos que el DIPr. siga por estos derroteros, fiel al principio *sostenella e non enmendalla*, o incluso vaya a más, *in crescendo* —recordemos que todo es susceptible de empeorar, como ha quedado demostrado en las páginas anteriores—, o si, por el contrario, nos parece conveniente replantearnos la metodología utilizada hasta ahora. En definitiva, si consideramos necesario realizar un cambio de rumbo. A continuación recojo una serie de sugerencias sobre posibles actuaciones que pueden ayudar a superar la situación en la que se halla inmerso el DIPr. no sólo en España sino también en la UE, en la medida en que esta última se ha convertido en el principal creador de normas de DIPr. de nuestro entorno.

15. 1) Las normas de DIPr. en general<sup>46</sup>, especialmente las normas de conflicto que establecen el ordenamiento jurídico aplicable a una determinada relación jurídica, deberían ser de redacción sencilla y comprensible, evitando en la medida de lo posible el juego de reglas generales, excepciones y excepciones a las excepciones. Lo que acabo de decir puede parecer una obviedad pero no lo es tanto si nos fijamos en los ejemplos citados a lo largo de las páginas anteriores. Hemos visto que el Convenio de La Haya de 1996 necesita de diez normas para determinar las autoridades competentes (una regla general y una matización, dos excepciones a las reglas anteriores, dos excepciones para situaciones específicas, dos reglas especiales, dos normas para resolver los problemas de aplicación de todas las anteriores) y ocho para establecer la ley aplicable, y eso sólo para el concreto tema de las medidas de protección de menores.

2) Las normas no deberían intentar prever *todas* las situaciones, reales o imaginables, presentes y futuras, sino que deberían dejar margen a la actuación judicial, para que sean los tribunales quienes puedan ajustarlas a las necesidades del caso concreto. Cualquier norma jurídica, incluso la más cuidadosamente elaborada, no puede contener una solución para cada caso que pueda incluirse en su ámbito de aplicación. El desarrollo judicial del Derecho posee una gran importancia, pues no sólo colma lagunas sino que también adopta y conforma nuevas ideas jurídicas insinuadas en la propia norma, rebasando su plan original y modificándolo en mayor o menor medida<sup>47</sup>. En este sentido, me parece preferible la redacción del antiguo art. 4 del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, que dejaba un margen de actuación a los tribunales para concretar la prestación característica de cada contrato, al art. 4 del Reglamento Roma I, que intenta cerrar la cuestión con un listado de presunciones en función de los tipos contractuales, pasándose de forma subsidiaria a la determinación prestación característica.

3) Sería deseable que las normas guardasen una estructura lógica entre ellas, lo que redundaría en una más fácil comprensión. A título de ejemplo, es difícilmente comprensible que en materia de ley aplicable a las obligaciones extracontractuales tengamos que esperar a llegar al art. 14 del Reglamento Roma II para comprobar que la conexión de la que se parte es el principio de autonomía de la voluntad. Efectivamente, después de la norma general, que establece la aplicación de la ley del lugar donde se ha

<sup>46</sup> Incluyo cualquier norma objeto de estudio por el DIPr., como las normas materiales específicas.

<sup>47</sup> Vid. K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1994, p. 359.

producido el daño, de las normas de conflicto relativas a determinados tipos de obligaciones extracontractuales (responsabilidad derivada de los productos, competencia desleal, daños ambientales, etc.) se llega a la última norma de conflicto y se constata con cierto estupor que contiene la conexión que debe ser aplicada en primer lugar, pues solamente en defecto de elección por las partes del ordenamiento aplicable se acudirá al resto de las conexiones, generales o específicas. Otro tanto puede decirse de las normas de competencia internacional del capítulo II del Reglamento 4/2009, que tienen que empezar a leerse por el art. 5 (foro de la sumisión tácita), para pasar luego al foro del art. 4 (sumisión expresa) y finalmente al foro general del art. 3. O que en el Protocolo de La Haya de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias haya que esperar a los arts. 7 y 8 para darse cuenta que la autonomía de la voluntad es la regla que excepciona a todas las contempladas en los preceptos anteriores.

4) En otro orden de cosas, creo que España debería empezar por denunciar todos aquellos textos convencionales farragosos y crípticos que, amén de haber sido aplicados apenas, entorpecen innecesariamente la práctica forense. En este punto cabe destacar por méritos propios los citados Convenio de La Haya de 1971 sobre accidentes de circulación y el Convenio de La Haya de 1973 responsabilidad por productos. Nuestro sistema de DIPr. no sólo no se resentiría sino que tendría la gran fortuna de librarse de dos textos apenas utilizados en la práctica y que, a mayor abundamiento, complican innecesariamente el tema. A favor de esta solución puede alegarse también que no se produciría vacío normativo ni habría que acudir a la norma residual del art. 10.9 del Cc, pues estos dos casos de responsabilidad extracontractual están incluidos en el Reglamento (CE) núm. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»), norma con la que en la actualidad plantean problemas de colisión<sup>48</sup>.

5) Paralelamente, creo aconsejable que la UE se replantee su política legislativa en materia de DIPr. Hay que recordar que la Unión está integrada por 27 países y alrededor de 500 millones de habitantes, lo que la convierte en una organización regional con suficiente potencia para reivindicar su autonomía normativa y reglamentar por sí misma las cuestiones jurídicas que le afectan, sin tener que tomar prestados instrumentos normativos pensados para otros ámbitos y, por tanto, basados en principios diferentes. La UE tiene un sistema de integración propio, derivado de la cooperación entre Estados miembros, que le dota de unos instrumentos jurídicos que difícilmente pueden ser utilizados con terceros países. Este es el caso del reconocimiento automático o, incluso, de la declaración de ejecutividad automática de resoluciones judiciales.

6) En aquellos casos en que la UE decida adherirse a algún texto convencional multilateral, creo que debería valorar muy cuidadosamente si ello le aporta alguna ventaja real en relación con el fin perseguido. Así, uno de los motivos que pueden impulsarle a ratificar convenios multilaterales puede ser la consecución de una mayor cooperación con terceros Estados en una determinada materia. Tomemos como ejemplo el caso de las obligaciones alimenticias. Como hemos visto, la UE ha decidido ratificar el Protocolo de La Haya de 2007, haciendo así dejación total de su capacidad para legislar sobre la materia y remitiendo todo el tema de la determinación de la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, tanto entre Estados miembros como con países terceros, a este texto convencional (véase el art. 15 del Reglamento 4/2009 e.r. con art 2 del Protocolo). Resulta, pues, que de los 15 Estados ratificantes del Convenio de La Haya de 1973 sobre ley aplicable a las obligaciones alimenticias —texto al que sustituye «en las relaciones entre Estados contratantes» el Protocolo de 2007—, 11 pertenecen a la UE (los países no miembros son Albania, Japón, Suiza y Turquía, que, por cierto, ninguno de ellos ha ratificado el texto de 2007, y lo más lamentable es que, a día de hoy y cinco años después de su conclusión, el Protocolo solamente ha sido ratificado por la UE), con el agravante de que ambos textos convencionales

<sup>48</sup> A favor de la denuncia del texto convencional de 1971, L. GARAU JUANEDA, La conveniencia de una denuncia por parte de España del Convenio de La Haya de 1971 sobre responsabilidad civil derivada de los accidentes de circulación, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, vol. VII (2007), p. 497 ss. Véase la relación de Notificaciones de conformidad con el artículo 29, apartado 1, del Reglamento (CE) n° 864/2007, relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Roma II) (*DOUE C* 343 de 17 diciembre 2010, p. 7).

se aplican con carácter universal —ya hemos visto cómo se come esto— y el Protocolo de 2007 es aplicado por los Estados miembros (menos por Dinamarca y el Reino Unido) aun cuando no ha entrado en vigor. ¿De verdad esto favorece la cooperación internacional con países terceros? Está más asegurada con el Convenio de 1973, del que, al menos, forman parte cuatro países no miembros. Por otro lado, creo que la UE, a la hora de valorar la conveniencia de adherirse a un texto convencional, debería también tener presente la elemental ecuación existente entre el número de ratificaciones o adhesiones recibidas y los años transcurridos desde que se concluyó. Puede ser un índice sintomático del éxito y acierto del Convenio en cuestión.

7) Cuando la UE decida hacer dejación de su competencia y acuda finalmente a textos convencionales multilaterales, también debe valorar si con la incorporación del nuevo tratado peligra la coherencia del sistema de la Unión. Ya hemos visto que, en materia de protección de menores, el Reglamento Bruselas II y el Convenio de La Haya de 1996 manejan conceptos diferentes de menor». O la complejidad normativa en la que ha derivado el tema de las obligaciones alimenticias, en el que ahora tenemos un cuádruple régimen de reconocimiento y declaración de ejecutividad de resoluciones, transacciones judiciales y documentos públicos, según el acto provenga de un Estado miembro vinculado por el Protocolo de La Haya 2007, de un Estado miembro no vinculado por el Protocolo (Dinamarca y Reino Unido), de un tercer país parte en el Convenio de La Haya de 2007 sobre cobro internacional de alimentos, y de un tercer país no parte en el Convenio de 2007.

8) Cuando la UE opte por ratificar textos convencionales multilaterales y con el objeto de evitar posibles problemas de colisión de fuentes, sería aconsejable que en los textos de la UE se incluyeran cláusulas que establecieran la primacía de la normativa de la UE sobre los textos convencionales<sup>49</sup>. Llegado el caso, si se comprueba que la incorporación al convenio plantea más inconvenientes que ventajas (p.ej., inadaptación con las normas de la Unión) la UE debería plantearse bien denunciar directamente los textos convencionales que perturben el funcionamiento de sus normas bien, cuando ello no sea posible por no tener asumida la competencia, recomendar a los Estados miembros su denuncia.

9) Si la UE opta por ejercer sus competencias normativas plenas en el ámbito del DIPr., aprobando las normas que considere más adecuadas, nada le impide decidir extenderlas, con carácter universal, a supuestos vinculados con Estados no miembros. De hecho, la UE ya ha extendido en algunas materias las normas de conflicto que ha creado para determinar la ley aplicable. Esta ha sido la solución adoptada por el Reglamento Roma I en tema de obligaciones contractuales (véase su art. 2) y por el Reglamento Roma II sobre obligaciones extracontractuales (véase su art. 3). En este mismo sentido, en la reforma del Reglamento Bruselas I se ha propuesto también extender la aplicación de las normas de competencia internacional directa a los demandados domiciliados en terceros países<sup>50</sup>.

10) En determinadas materias, la UE podría plantearse adoptar un sistema semejante al que ha utilizado en el ámbito del seguro de responsabilidad civil de automóviles. Es decir, a través de las tres primeras Directivas que adoptó sobre el seguro de responsabilidad civil derivada de la circulación de automóviles, la UE reglamentó su propio sistema de seguro, basado en el sistema de Carta Verde creado en los años 50 del siglo pasado por las Oficinas Nacionales firmantes del *Convenio Tipo Interbureaux*. Tras ello, la UE permitió que otros países europeos no miembros interesados en aplicar su sistema a través de sus Oficinas Nacionales pudieran hacerlo mediante la ratificación del *Convenio multilateral de garantía*, del que en la actualidad, y tras las últimas ampliaciones de la UE, forman parte los países del Espacio Económico Europeo, Andorra, Croacia, Serbia y Suiza. De este modo, se permitiría que terceros Estados pudieran acabar aplicando el sistema diseñado por la UE en determinadas materias.

<sup>49</sup> Ejemplos de ello no nos faltan: arts. 69, 70 y 71 Reglamento Bruselas I; arts. 60 y 61 Reglamento Bruselas II.

<sup>50</sup> Véase el documento COM(2010) 748, Bruselas 15.12.2010, cit., núm. 3.1.2. En idéntico sentido el documento «L'application des règles de l'Union européenne sur la compétence judiciaire aux situations externes», aprobado por el *Groupe européen de droit international privé – European Group for Private International Law (GEDIP)* en su reunión celebrada el 16 de septiembre de 2007 en Hamburgo (documento accesible en la dirección <http://www.gedip-egpil.eu/>).

**16.** Con las anteriores propuestas he querido ofrecer elementos de reflexión y soluciones para tratar de mejorar, de hacer comprensibles y asequibles las normas de DIPr. Sería imperdonable que en estos momentos en los que se vive una eclosión normativa del DIPr., especialmente en el ámbito de la UE, acabase por convertirse en una rama marginal y esotérica del ordenamiento jurídico, porque sus normas solamente son comprensibles para una minoría especializada, los propios internacionalprivatistas. Por otro lado, no pretendo con mis propuestas patrocinar el aislamiento de la UE en un medio estéril y no contaminado, sino que sea capaz de crear en el ámbito del DIPr. de la Unión un sistema coherente entre todos los Estados miembros. La UE no puede actuar como un Estado más, que decide y organiza la creación de normas propias y la incorporación a textos convencionales en función de su particular interés, puesto que su caso es más complejo al tener que tomar en consideración e integrar a 27 ordenamientos jurídicos diferentes. Por encima de sus relaciones con países terceros está la labor de coordinación entre los propios Estados miembros.

Es importante que tanto el legislador nacional como el de la Unión en materia de DIPr. recuerden que los destinatarios de las normas no son sus creadores ni sus asesores, ni que la labor legislativa es un ejercicio de virtuosismo. Los destinatarios de la normativa son no sólo los sufridos ciudadanos sino también los que se han dado en llamar *operadores jurídicos*; eufemismo utilizado para designar a los tribunales y a los profesionales de Derecho cuyo cometido es aplicarlo. Si no se olvida este extremo, se tendrá también presente que cuando se legisla se debe ser claro, se deben crear normas fácilmente comprensibles por sus destinatarios. ¡Ah!, por si a alguien le queda la duda, los técnicos, los especialistas, somos unos pésimos legisladores, aunque en nuestro trabajo pongamos la mejor de las intenciones<sup>51</sup>. La opinión técnica debe ser matizada por las decisiones de política legislativa, y ésta ni la dominamos ni es competencia nuestra.

Hemos visto el tipo de normas de DIPr. que nos han traído los siglos XIX, XX y los comienzos del XXI: al principio simples, *naïf* e insuficientes, y con el paso del tiempo transformadas en complejas, crípticas y, en algunos casos, *frikis* e incoherentes. ¿Queremos que el DIPr. del siglo XXI continúe por los mismos derroteros?

---

<sup>51</sup> Comparto totalmente la afirmación «quizá no haya peor legislador que un profesor universitario, y existen magníficos ejemplos al respecto» (S. SÁNCHEZ LORENZO, «La política legislativa de la Unión Europea en materia de Derecho internacional privado», cit. p. 145).

# EFICACIA INTERNACIONAL DE LAS NACIONALIZACIONES SOBRE LAS MARCAS DE EMPRESA: EL ASUNTO «HAVANA CLUB» ANTE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

AURORA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Cantabria*

CAROLINA MACHO GÓMEZ

*Becaria de Investigación FPU de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Cantabria*

Recibido: 29.07.2012 / Aceptado: 07.08.2012

**Resumen:** Con este trabajo se trata de analizar, al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de diciembre de 2010, en el asunto «Havana Club», el tratamiento que en la actualidad otorga el Derecho Internacional Privado a una materia como la eficacia internacional de las nacionalizaciones de empresas. Concretamente, se centrará en los problemas jurídico internacionales que plantean las nacionalizaciones de las marcas de sociedades y en las soluciones que los mismos reciben por parte de la doctrina y de la jurisprudencia.

**Palabras clave:** nacionalizaciones, marcas, sociedades, Derecho Internacional Privado, conflicto de leyes, conflicto de jurisdicciones, conflicto de autoridades, eficacia extraterritorial, indemnización, orden público internacional.

**Abstract:** This work attempts to analyze, in line with the Supreme Court judgment of December 30, 2010, in the «Havana Club», the treatment currently given to private international law as a matter of international effectiveness nationalization of enterprises. Specifically, will focus on international legal issues raised by the nationalization of corporate brands and the solutions that they receive from the doctrine and jurisprudence.

**Key words:** nationalizations, company brands, enterprises, private international law, conflict of laws, conflict of jurisdiction, conflict of authorities, extraterritorial recognition, compensation, international public order.

**Sumario:** I. Introducción. II. Hechos y cuestiones jurídicas. 1. Hechos. 2. Cuestiones jurídicas planteadas. III. Problemas jurídico-internacionales de las nacionalizaciones de marcas de sociedades. 1. Consideraciones previas. 2. Perspectiva de Derecho Internacional Privado. A) Competencia internacional del Estado que dicta el acto público expropiatorio. a) Principio de territorialidad. b) Principio de vinculación efectiva. B) Conformidad con el orden público internacional español. a) Orden público internacional como excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto. b) Orden público internacional como condición de validez extraterritorial del acto de nacionalización. IV. Conclusiones.

## I. Introducción

1. Las nacionalizaciones de sociedades por parte del Estado se han convertido en un fenómeno relativamente frecuente desde la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros días. Claro ejemplo de ello, se encuentra en la reciente expropiación de Repsol YPF por parte del Gobierno argentino. Hoy en día nadie

niega el derecho de todo Estado a nacionalizar las sociedades vinculadas a su soberanía, cuestión distinta y tal vez más compleja desde el punto de vista jurídico, por la carencia de una normativa específica, será determinar si dicho acto tendrá eficacia en el territorio de los demás Estados, esto es, determinar el régimen jurídico de la eficacia internacional de las nacionalizaciones.

2. El objeto de este estudio no es otro sino analizar el tratamiento de este tema en Derecho internacional privado español, al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de diciembre de 2010, en el asunto «Havana Club». Asunto este que se centra en la delicada cuestión de la eficacia internacional de las nacionalizaciones respecto a las marcas de empresa<sup>1</sup>.

## II. Hechos y cuestiones jurídicas planteadas

### 1. Hechos

3. Mediante la Ley 890 de 13 de octubre de 1960, la República de Cuba nacionalizó todos los bienes, derechos y acciones de *José Arechabala SA*, sociedad cubana, fundada en 1921, con establecimiento industrial en Cárdenas, y dedicada a la elaboración y venta de ron. En el momento de la nacionalización, y como parte de los bienes que conformaban el patrimonio social de *José Arechabala SA*, se encontraba la marca española nº 99.789, concedida a la citada sociedad por el Registro de la Propiedad Industrial el 10 de abril de 1935, y cuya estructura denominativa estaba formada por las palabras *Havana Club*.

4. Una vez producida la nacionalización, el Estado cubano, entendiéndose también propietario de la voluntad social de *Jose Arechabala SA*, decidió rehabilitar en su nombre la marca nº99.789 ante el citado Registro. Dicha rehabilitación se produjo el 15 de abril de 1967.

5. Posteriormente, el 27 de junio de 1968, el gobierno cubano transmitió la marca a la *Empresa Exportadora de Alimentos y Productos Varios (Cubaexport)*. Siendo ésta quien logró la inscripción de las dos mencionadas adquisiciones en el Registro de la Propiedad Industrial español el 13 de septiembre de 1968.

6. Años más tarde, el 29 de octubre de 1993, *Havana Rum & Liquors SA* adquirió de *Cubaexport* tanto la marca nº 99.789 como otras dos marcas mixtas, la nº 682.245 y la nº 1.000.370. A su vez, el 22 de noviembre del mismo año, aquélla transmitió las mismas a favor de *Havana Club Holding SA*, la cual también obtuvo en 1998, el registro de las marcas españolas derivativas nº 2.068.448, nº 2.068.449, nº 2.094.862 y nº 2.094.863.

7. A pesar de la citada Ley 890, así como de la Ley 965 de 24 de agosto de 1961, y el Convenio, de 16 de noviembre de 1986, entre España y Cuba sobre indemnización por los bienes españoles afectados por las leyes, disposiciones y medidas dictadas por el Gobierno de la República de Cuba a partir del 1 de enero de 1959, ni *José Arechabala SA*, ni sus socios recibieron indemnización alguna por la nacionalización de la marca nº 99.789.

8. Por su parte, los socios de *José Arechabala SA*, ante la imposibilidad de poder seguir ejerciendo su objeto social, acordaron su disolución en 1997, para a continuación, constituir en Vaduz, Liechtenstein, *José Arechabala International Limited*. El 17 de abril del mismo año, dicha sociedad, formada por prácticamente los mismos socios que *José Arechabala SA*, obtuvo de esta última los derechos sobre la marca española nº 99.789, para finalmente transmitirla a *Barcardi & Company Limited*.

9. Así las cosas, el 23 de junio de 1999, *José Arechabala SA*, *José Arechabala International Limited* y *Barcardi & Company Limited* interpusieron demanda contra la República de Cuba, la *Empresa*

<sup>1</sup> Westlaw, JUR\2011\46320.



*Exportadora de Alimentos y Productos Varios (Cubaexport), Havana Rum & Liquors SA y Havana Club Holding SA* solicitando: la declaración de nulidad de pleno derecho de la doble inscripción de la transmisión de la marca nº 99.789, y de todas las transmisiones subsiguientes, así como de los registros de las marcas nº 682.245, nº 1.000.370, nº 2.068.448, nº 2.068.449, nº 2.094.862, nº 2.094.863; la ineficacia de los derechos que sobre todas ellas pudieran haberse constituido; la cancelación de todas las inscripciones registrales de dominio posteriores a las de *José Arechabala SA*; la inscripción de la titularidad de la citada marca a favor de *Barcardi & Company Limited*; y finalmente, la condena en todas las costas del litigio.

10. El Juzgado de Primera Instancia nº 54 de Madrid desestimó la demanda mediante sentencia de 23 de junio de 1995. Tras dicho pronunciamiento, los demandantes recurrieron en apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid, la cual dictó sentencia el 9 de febrero de 2006 desestimando igualmente las pretensiones de los demandantes. Ante tal resultado, éstos decidieron interponer recurso de casación, el cual fue admitido el 23 de junio de 2009.

## 2. Cuestiones jurídicas planteadas

11. En primer lugar, antes de entrar al análisis de los motivos planteados por los demandantes, el Tribunal Supremo se encarga de reafirmar la legitimación activa de los mismos. Pues si bien, *José Arechabala SA* nunca había procedido a la renovación de la marca nº 99.789 desde su concesión en 1935, la sociedad aún conservaba dicha facultad cuando el gobierno cubano procedió a su rehabilitación, ya que no había empezado a correr el plazo de tres años de caducidad a contar desde su publicación en el Boletín Oficial de la Propiedad Industrial.

12. Una vez aclarado este punto, el Tribunal Supremo se centra en precisar la calificación de las acciones ejercidas por los demandantes, en orden a determinar su régimen de prescripción extintiva. En este sentido, entiende que las acciones son la declarativa de nulidad de la inscripción registral a favor del Estado cubano, así como la de las sucesivamente practicadas, y la acción de restablecimiento de la situación registral anterior a la expropiación, teniendo en cuenta, en todo caso, las posteriores transmisiones realizadas, en primer lugar, a favor de *José Arechabala International Limited*, y posteriormente, de *Barcardi & Company Limited*.

13. En cuanto a la acción de nulidad sobre la titularidad registral del Estado cubano en relación a la marca nº 99.789, el Tribunal Supremo declara, siguiendo lo establecido también por la Audiencia Provincial, que la nacionalización sólo se produjo sobre el patrimonio social de *José Arechabala SA*, pero no sobre sus acciones, ya que ésta no era propietaria de las mismas, sino sus socios. Sin embargo, el gobierno cubano, entendiendo que la nacionalización se había extendido también a dichas acciones, y por tanto, que era dueño de la voluntad social, decidió modificar la titularidad registral de la marca española *Havana Club* a su favor, todo ello sin la correspondiente y debida indemnización. Por todo ello, el Tribunal Supremo estima que la adquisición de la marca no pudo constituir causa lícita para provocar el cambio de titularidad registral, esto es, que su inscripción registral fue contraria al orden público internacional español (art.12.3 Cc). Y en consecuencia, tampoco fueron válidos los subsiguientes asientos registrales debido al principio de tracto sucesivo del régimen registral español.

14. A continuación, aunque el Tribunal estima la imprescriptibilidad de las acciones de nulidad, en cuanto a la acción restitutoria de la titularidad registral a favor de *José Arechabala SA*, y por consiguiente, de *Barcardi & Company Limited*, entiende que es puramente personal, y por tanto, se debe aplicar el plazo de quince años establecido en el art. 1964 Cc. De manera que el cómputo del plazo comenzó a contar al día siguiente de la inscripción de la titularidad registral de la marca nº 99.789 a favor del Estado cubano, el 14 de septiembre de 1968, prolongándose la inactividad de *José Arechabala SA* hasta el 14 de diciembre de 1993, cuando el plazo de prescripción ya había vencido. Por ello, y como consecuencia de este último extremo, el Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación.

15. Una vez expuestos los hechos y las cuestiones jurídicas planteadas que dieron lugar a la sentencia, este comentario se centrará en estudiar la validez en España de la nacionalización de la marca *Havana Club* llevada a cabo por Cuba, extremo que se configura como cuestión previa al examen de la acción de nulidad de la titularidad registral del Estado cubano en relación con la citada marca, es decir, a la titularidad sobre dicho bien inmaterial registrado en España.

### III. Problemas jurídico-internacionales de las nacionalizaciones de marcas de sociedades

#### 1. Consideraciones previas

16. Los Estados pueden adoptar diferentes medidas en orden a adquirir bienes de los particulares sitios en su territorio. Estas acciones son: la nacionalización, la expropiación y la confiscación. A pesar de que, desde la perspectiva del Derecho internacional privado, gocen de un tratamiento análogo, lo cierto es que son conceptos diferentes<sup>2</sup>. En general, se entiende que la confiscación es una medida de carácter penal, y que como tal, no conlleva compensación; por otra parte, la expropiación se caracteriza por ser un acto administrativo dirigido a bienes específicos, y que siempre implica una indemnización, aspectos que la diferencian de la nacionalización, medida legislativa que afecta a todo el sistema económico de un país, o a sociedades globalmente consideradas, pero no a bienes aislados, y no siempre va acompañada de la debida compensación<sup>3</sup>.

17. En el caso que aquí se comenta, Cuba, mediante la Ley 890 de 13 de octubre de 1960, llevó a cabo una nacionalización general de su economía, como consecuencia de un cambio en la estructura política y económica del país, siendo el propio Estado el que se declaró subrogado en el lugar de las personas propietarias de la sociedad en cuestión<sup>4</sup>. Aunque no se previó la correspondiente indemnización en la ley antes citada, sí se hizo en la Ley 956 de 24 de agosto de 1961, y posteriormente, en el Convenio de 16 de noviembre de 1986, entre España y Cuba sobre indemnización por los bienes españoles afectados por las leyes, disposiciones y medidas dictadas por el Gobierno de la República de Cuba a partir del 1 de enero de 1959, sin embargo, dicha compensación nunca llegó a hacerse efectiva<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Esta diferenciación conceptual tendrá sus efectos a la hora de analizar su conformidad con el orden público internacional español, como se verá más adelante.

<sup>3</sup> Acerca de la diferenciación entre estos tres conceptos, *vid.* P. ADRIAANSE, *Confiscation in private international law*, The Hague, 1956, pp. 5-9, 96-97; M. AGUILAR NAVARRO (Dir.), *Derecho Civil Internacional*, Vol. II, Madrid, 1975, pp. 712; M. BODGAN, *Expropriation in Private International Law*, Lund, 1975, pp. 12-13; M. DOMKE, «Foreign nationalizations», *AJIL*, Vol. 55, nº 3, 1961, pp. 587-590; T. HEFTI, *La protection de la propriété étrangère en droit international public*, Neuchâtel, 1989, pp. 78-80; F. KNOEPFLER, «Les nationalisations françaises face à l'ordre juridique suisse», *ASDI*, vol. XXXIX, 1983, pp. 149-153; F. MUNCH, «Les effets d'une nationalisation à l'étranger», *Recueil de Cours*, vol. 98, 1959, pp. 418-422; S. PETREN, «La confiscation des biens étrangers et les réclamations internationales auxquelles elle peut donner lieu», *Recueil de Cours*, vol. 109, 1963, pp. 493-496; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Eficacia Internacional de las nacionalizaciones: nombre comercial y marcas*, Madrid, 1988, pp. 23-24; *Id.*, «Problemas jurídico-internacionales relativos a la propiedad de la marca Dry Sack y otras surgidos a raíz de la expropiación del holding Rumasa», *Diario La Ley*, 1984, tomo 3, pp. 816; A. SADEK EL-KOCHERI, «Les nationalisations dans les pays du Tiers monde devant le juge occidental», *Revue critique de droit international privé*, LVI, 1967, pp. 249-251; M. SAVATIER, «Les nationalisations en droit international privé», *Travaux du Comité français de Droit international privé 1946-1948*, Paris, 1951, pp. 50-51; B.A. WORTLEY, *Expropriation in public international law*, Cambridge, 1959, pp. 36-37. A su vez, se han distinguido también 3 tipos de nacionalizaciones: a) las realizadas por países occidentales, en las cuales siempre se acuerda la debida compensación; b) las ejecutadas por la Unión soviética, que por razones ideológicas contra la propiedad privada no han ido acompañadas de indemnización alguna (sobre la mismas *vid.* B.A. WORTLEY, *Expropriation in public...op. cit.*, pp. 115-117) y; c) las llevadas a cabo como consecuencia de los procesos de descolonización, las cuales han conllevado compensación, *vid.* A. SADEK EL-KOCHERI, «Les nationalisations dans...», *loc. cit.*, pp. 251-253. Por ello, las nacionalizaciones que no han ido acompañadas de indemnización, a pesar de estar prevista en las leyes nacionalizadoras o en convenios, equivalen, de hecho, a las confiscaciones, *vid.* T. HEFTI, *La protection de la propriété étrangère en droit international public*, Neuchâtel, 1989, p. 133.

<sup>4</sup> *Vid.* C. GARREAU DE LOUBRESSE, «Les nationalisations cubaines», *AFDI*, 1961, pp. 220-221, 223-224.

<sup>5</sup> Para hacer un estudio general de las nacionalizaciones llevadas a cabo por Cuba, *vid.* C. GARREAU DE LOUBRESSE, «Les nationalisations...», *loc. cit.*, 1961, pp. 215-226.

18. El tratamiento jurídico-internacional de las nacionalizaciones es ciertamente complejo, en tanto que se deben combinar tanto una perspectiva de Derecho internacional público, como una perspectiva de Derecho internacional privado<sup>6</sup>. En virtud de la primera, cada Estado es competente para tomar las medidas de nacionalización que estime oportunas siempre que éstas sólo afecten a bienes dentro de sus fronteras<sup>7</sup>. Por otro lado, el Derecho internacional privado se encarga de fijar las condiciones para proceder a la validez extraterritorial de los actos de nacionalización, ya que el Derecho internacional público no obliga al resto de Estados a reconocer tales medidas, sino que cada Estado es libre de reconocer o no, efectos extraterritoriales de los actos de otros Estados. Todo ello se complica cuando la nacionalización abarca bienes inmateriales, como las marcas, que es precisamente lo que ocurre en este caso<sup>8</sup>.

19. En el siguiente apartado se procederá a analizar la sentencia del Tribunal Supremo núm. 747/2010 desde la perspectiva de Derecho internacional privado, esto es, se examinarán las condiciones que la nacionalización cubana debe cumplir para obtener eficacia jurídica en España. Si bien, teniendo siempre presente en dicho análisis la otra perspectiva anteriormente citada, el Derecho internacional público.

## 2. Perspectiva de Derecho Internacional Privado

20. Para saber si la nacionalización tendrá eficacia extraterritorial, y ante la ausencia de instrumentos internacionales específicos sobre la materia, se debe verificar el cumplimiento de dos condiciones: 1º) competencia del Estado nacionalizador para adoptar tal medida y; 2º) no contrariedad de la medida de nacionalización con el orden público<sup>9</sup>.

### A) Competencia internacional del Estado que dicta el acto público expropiatorio

21. En función del tratamiento jurídico que se otorgue a la naturaleza del acto de nacionalización, cabe distinguir *grosso modo* dos mecanismos para efectuar el control de la competencia internacional del Estado que dicta el acto público expropiatorio: a) el principio de territorialidad; b) el principio de vinculación efectiva.

#### a) Principio de territorialidad

22. Los métodos tradicionalmente utilizados en orden a examinar la competencia internacional del Estado que dicta el acto público expropiatorio han sido el principio de la territorialidad, aplicado en el Derecho continental, y la doctrina del *Act of State*, propio del Derecho anglosajón. Aunque guarden ciertas diferencias, lo cierto es que ambos basan la eficacia internacional de la nacionalización en la localización del bien litigioso dentro de la esfera de soberanía del Estado nacionalizador, esto es, dentro de su territorio<sup>10</sup>.

<sup>6</sup> Sobre la relación de ambas perspectivas en materia de nacionalizaciones, M. SAVATIER, «Les nationalisations en droit...», *loc. cit.*, pp. 49-50.

<sup>7</sup> Estas medidas tendrán plenos efectos en dicho Estado, *vid.* F. BOULANGER, *Les nationalisations en droit...op. cit.*, p. 53; A. SADEK EL-KOCHER, «Les nationalisations dans...», *loc. cit.*, pp. 254-255; B.A. WORTLEY, *Expropriation in public...op. cit.*, pp. 17. La práctica totalidad de la doctrina destaca la falta de utilidad del Derecho internacional público para resolver el problema de la eficacia extraterritorial de las nacionalizaciones, dejando dicho extremo al Derecho internacional privado. Sin embargo, A.K. BOYE en su tesis sobre las nacionalizaciones (*vid. infra*, p. 8) otorga un papel más relevante al Derecho internacional público, será éste el que recogerá las condiciones de la eficacia internacional de las nacionalizaciones, para dejar al Derecho internacional privado la determinación de dicha eficacia, *vid. L'acte de nationalisation*, Dakar, 1979, pp. 127-134, 175-199.

<sup>8</sup> En este sentido, *vid.* A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Eficacia Internacional...op.cit.*, pp. 189-192; I. SEIDL-HOHENVELDERN, «The impact of public international law on conflict of law rules on corporations», *Recueil de Cours*, vol. 123, 1968, pp. 8-12.

<sup>9</sup> *Vid.* A-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado Vol.II*, 12ª ed., Granada, 2011, pp. 908-909.

<sup>10</sup> Mientras que el principio de territorialidad utiliza una técnica conflictual para situar los bienes nacionalizados, la doctrina del *Act of State* emplea un método unilateral, fundamentado en la división de poderes, concretamente en la idea de que el poder judicial no debe inmiscuirse en las tareas propias del poder ejecutivo, como son las relaciones diplomáticas con otros Estados. De

**23.** El Estado tiene una competencia exclusiva en su territorio. Por tanto, las medidas de nacionalización no pueden afectar más que a los bienes situados en el territorio del Estado nacionalizador. En cualquier caso, los demás Estados son libres para reconocer o no efectos a los actos de otros Estados. El principio de territorialidad se traduce en el conflicto de leyes en la determinación de la ley de situación del bien como criterio de verificación de la competencia internacional del Estado. Desde esta perspectiva, seguida de forma mayoritaria por la doctrina y por la jurisprudencia en el derecho comparado, incluido el Tribunal Supremo como veremos más adelante en la sentencia que aquí analizamos, se procede no sólo a una localización de los bienes litigiosos sino de la misma sociedad nacionalizada, incidiéndose de esta forma en el alcance que la medida de nacionalización pueda tener en el patrimonio social de la misma. Así, mientras la personalidad jurídica de la sociedad se regula por la *lex societatis*, los bienes de la misma —el patrimonio social—, se hallan disgregados y regulados por leyes distintas.

**24.** Esta afirmación, que constituye la vertiente positiva del principio de territorialidad, genera grandes problemas si de lo que se trata es de situar bienes incorpóreos, precisamente lo que ocurre en el caso: Cuba nacionaliza, entre otros bienes, una marca, es decir, un bien que por su propia naturaleza no se encuentran físicamente en el territorio de ningún Estado<sup>11</sup>.

**25.** En cuanto al principio de territorialidad se refiere, la aplicación de la técnica conflictual como método localizador de las marcas, supone situar el derecho a la misma donde se encuentra registrada y se reclama su protección, en nuestro caso, la marca se encontraba registrada en España, que es donde se interpone la demanda, luego Cuba no podría haber nacionalizado un bien español, esto es, un bien situado fuera de su territorio<sup>12</sup>. Por todo ello, y en aplicación de la vertiente negativa del principio de territorialidad, la nacionalización de la marca no tendría efectos, ya que es un bien situado fuera de las fronteras de Cuba, esto es, la marca *Havana Club* no ha podido ser objeto de la ley de nacionalización cubana<sup>13</sup>.

**26.** Sin embargo, esta no es la única posición doctrinal en torno a la protección de las marcas. En contraposición a la protección territorialista, se encuentra la protección internacionalista, teoría minoritaria según la cual, no se puede dejar a un lado la vinculación existente entre la marca y los productos que ésta designa, productos pertenecientes a una explotación económica. De manera que si la nacionali-

---

ahí que se establezca que ningún tribunal puede denegar efectos a una nacionalización siempre que el Estado tome esta medida respecto de bienes situados en su territorio. Al igual que ocurre en la jurisprudencia continental, en la jurisprudencia anglosajona también es común alegar la excepción de orden público para denegar efectos a las nacionalizaciones. *Vid.* I. GUARDANS I CAMBÓ, *Contrato internacional y Derecho imperativo extranjero: de la jurisprudencia comparada al Convenio de Roma de 19-6-1980*, Pamplona, 1992, pp.236-238; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Eficacia Internacional...op.cit.*, pp. 42-54; I. SEIDL-HOHENVELDERN, «Expropiaciones de Estados extranjeros y tribunales internos», *Revista de Estudios Políticos*, 1966, pp. 110-124.

<sup>11</sup> En lo que respecta al principio de territorialidad y su influencia en la negación de la eficacia extraterritorial de las nacionalizaciones, *vid.*, T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, 1982, pp. 844-845; H. BATIFFOL/P. LAGARDE, *Droit international privé*, 7ª ed., tome II, Paris, 1983, pp. 186-193; I. GUARDANS I CAMBÓ, *Contrato internacional...op. cit.*, pp. 233-236; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Eficacia Internacional...op. cit.*, pp. 35-42.

<sup>12</sup> *El Convenio de la Unión de París para la protección de la propiedad industrial de 20 de marzo de 1883*, BOE, núm. 114, de 23 de abril de 1956, (BOE núm. 28 de 1 de febrero de 1974, última modificación). Este Convenio, que entró en vigor para España el 7 de julio de 1884, recoge, precisamente, la protección territorialista de la marca. Ello se desprende del art. 2.2, norma de conflicto que aplica la *lex loci protectionis*, si bien su consideración como norma de conflicto, al igual que ocurre con el art. 2.1, no es una cuestión pacífica dentro de la doctrina, *vid.* F.J. SORIANO GUZMÁN/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Marca comunitaria. Competencia, procedimiento y derecho internacional*, Granada, 2006, pp. 174-175. Aunque el art.10.4 Cc no sea de aplicación debido a la existencia del citado instrumento internacional —además, cuando se produjo la nacionalización en 1960, esta disposición no existía, ya que se introdujo con ocasión de la reforma del Título Preliminar del Código civil mediante el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo— se debe destacar que también establece el mismo criterio, la *lex loci protectionis*. Sobre el art.10.4 Cc, *vid.* A-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...op. cit.*, pp. 929-933; F.J. SORIANO GUZMÁN/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Marca comunitaria...op. cit.*, pp. 175-181.

<sup>13</sup> Según la misma, la localización de la marca puede darse en cada uno de los países donde esté registrada y se reclame su protección, *vid.* Cour de Cassation, 15 marzo 1966, caso «Zeiss». Esta teoría es aplicada por la mayor parte de la jurisprudencia, *vid.* F. BOULANGER, *Les nationalisations en droit international privé comparée*, Paris, 1975, pp. 248-253; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Eficacia Internacional...op.cit.*, pp. 66-68; *Id.*, «Problemas jurídico-internacionales relativos...», *loc. cit.*, pp. 821.

zación recae sobre una sociedad, aquélla se extiende a las marcas propiedad de esa empresa, esto es, la marca se rige por la ley del lugar de la explotación económica de la empresa<sup>14</sup>.

27. Finalmente, existe otra tesis, que aunque pueda considerarse como intermedia, por intentar vincular la idea de marca y explotación económica debilitando así el estricto factor territorial de la primera teoría, lleva al mismo resultado que esta última. En definitiva, se trata de ligar la eficacia de la nacionalización de las marcas, a la subsistencia de la sociedad nacionalizada, de manera que si ésta subsiste en un país distinto al del Estado nacionalizador, la marca no se considera nacionalizada, sino que sigue perteneciendo a dicha sociedad<sup>15</sup>.

28. Siguiendo dicho razonamiento, la jurisprudencia, en orden a evitar la nacionalización de la marca, ha elaborado diferentes argumentos que permiten considerar la sobrevivencia de la sociedad nacionalizada en otro Estado diferente del nacionalizador. Por tanto, aparece aquí otra cuestión a resolver, esta vez referida a la existencia de las sociedades en otros países distintos de aquel que las nacionalizó. La continuidad de una sociedad nacionalizada en otro Estado tiene su origen en las acciones llevadas a cabo por los perjudicados, esto es, socios o administradores de la sociedad nacionalizada. En este sentido, la mayor parte de dichas acciones son realizadas con posterioridad a la nacionalización<sup>16</sup>: a) El no reconocimiento de la disolución de la sociedad nacionalizada, pero sí su sobrevivencia en el extranjero, a través de la creación de una nueva sociedad, por la transferencia de la sede social, o bien, por la fusión con otra sociedad extranjera<sup>17</sup>; b) la ficción consistente en dividir la sociedad nacionalizada en varias personas jurídicas con un patrimonio social cada una de ellas<sup>18</sup>; c) teoría del control: La nacionalidad de una sociedad no la determina la sede social, sino los socios, por tanto, el Estado no nacionaliza la sociedad, sino en todo caso, bienes aislados<sup>19</sup> y; d) admisión tácita de la sobrevivencia de la sociedad nacionalizada, al conceder los bienes de propiedad industrial a la sociedad creada o transferida en detrimento de aquélla. A través de esta vía, se pasa por alto la cuestión de la sobrevivencia de la sociedad

<sup>14</sup> Diferentes autores han defendido esta teoría, entre ellos F. BOULANGER, en su obra *Les nationalisations en droit...op. cit.*, pp. 254-256; Y. LOUSSOUARN/P. BOUREL, *Droit international privé*, Paris, 1980, pp. 532-533. Sin embargo, esta tesis no ha sido seguida por la jurisprudencia. En este sentido, sólo pueden citarse, la sentencia del Tribunal de Apelación de París, de 2 de diciembre de 1950 (caso «Hardmuth Koh-I-Noor»); la sentencia del Tribunal de Milán, de 13 de junio de 1955 (caso «Eichler c. Ornati») y; la sentencia del Tribunal de Roma, de 17 de diciembre de 1954 (caso «Sociedad alemana Merck c. sociedad americana Merck»), *vid.* A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Eficacia Internacional...op.cit.*, pp. 59-63; *Id.*, «Problemas jurídico-internacionales relativos...», *loc. cit.*, pp. 821-823.

<sup>15</sup> *Vid.* A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Eficacia Internacional...op.cit.*, pp. 77-83.

<sup>16</sup> Si bien, también se ha conseguido evitar la nacionalización a través de actos anteriores a la misma, concretamente mediante la constitución de una nueva sociedad en el extranjero a la que se ceden los derechos de la sociedad que previsiblemente será nacionalizada, *vid.* A. Quiñones Escámez, *Eficacia Internacional...op.cit.*, pp. 142-157; *Id.*, «Problemas jurídico-internacionales relativos...», *loc. cit.*, pp. 818-819.

<sup>17</sup> *Vid.* M. AGUILAR NAVARRO (Dir.), *Derecho Civil...op. cit.*, p. 175. Esta opción fue puesta en práctica como consecuencia de las nacionalizaciones soviéticas, *vid.* P. ADRIAENSE, *Confiscation in private...op. cit.*, pp. 96-126; F. BOULANGER, *Les nationalisations en droit...op. cit.*, pp. 118-119, 165-186; F. MUNCH, «Les effets d'une nationalisation...», *loc. cit.*, pp. 474-477; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Eficacia Internacional...op.cit.*, pp. 89-100; I. SEIDL-HOHENVELDERN, «The impact of public international law...», *loc. cit.*, pp.17-18, 20, 38-39, 43-46, 51-57, 70.

<sup>18</sup> Esta vía se divide a su vez en dos métodos posibles: a) la teoría de la escisión de la empresa, puesta en práctica como consecuencia de la división de Alemania tras la II Guerra mundial, según la cual, a partir de la nacionalización se crean dos sociedades, igualmente válidas, con los mismos derecho y el mismo patrimonio, sólo que situadas en Estados distintos y; b) la *communio incidens*, elaborada por la jurisprudencia austriaca, en virtud de la cual, la sociedad reconstituida formada por los ex socios de la sociedad nacionalizada, es una sociedad de hecho, cuyos bienes situados fuera del Estado nacionalizador forman una copropiedad indivisa de los socios. *Vid.* M. AGUILAR NAVARRO (Dir.), *Derecho Civil...op. cit.*, pp. 715-717; F. BOULANGER, *Les nationalisations en droit...op. cit.*, pp. 200-204; F. MUNCH, «Les effets d'une nationalisation...», *loc. cit.*, pp. 476 y 480; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Eficacia Internacional...op.cit.*, pp. 100-115; I. SEIDL-HOHENVERLDERN, «The impact of public international law...», *loc. cit.*, pp. 28, 46-51, 71-74.

<sup>19</sup> Esta teoría fue aplicada por los tribunales franceses para resolver las nacionalizaciones ocurridas como consecuencia de la independencia de sus colonias, especialmente, de Argelia. *Vid.* M. AGUILAR NAVARRO (Dir.), *Derecho Civil...op. cit.*, pp. 717-719; F. BOULANGER, *Les nationalisations en droit...op. cit.*, pp. 123-127; 196-198; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Eficacia Internacional...op.cit.*, pp. 115-122; I. SEIDL-HOHENVERLDERN, «The impact of public international law...», *loc. cit.*, pp. 28-29; J. TOUSCOZ, «La nationalisation des sociétés pétrolières françaises en Algérie et le droit international», *Revue belge de droit international*, vol. VIII, nº 2, 1972, pp. 482-502.

nacionalizada, de manera que simplemente se resuelve la nacionalización de los bienes reivindicados, como puede ser una marca<sup>20</sup>.

29. En este supuesto de hecho, el Tribunal Supremo aplica la primera opción de las mencionadas. Considera que la sociedad, que reconoce cubana, no fue nacionalizada, tan sólo el patrimonio social situado dentro de territorio cubano. De manera que la sociedad, *José Arechabala SA*, continuó existiendo, si bien en el momento de la demanda, se encontraba en período de liquidación por la evidente imposibilidad de realizar su objeto social. Aunque, en cualquier caso, los mismos socios ya habían creado otra nueva sociedad en Liechtenstein, *José Arechabala International Limited*, que no era más que la continuación de la anterior. Con este telón de fondo, el tribunal español decide que la nacionalización no comprendía a la sociedad, sino tan sólo al patrimonio social sito en Cuba. Llega a tal conclusión mediante la interpretación de la ley cubana de nacionalización<sup>21</sup>. Todo ello, a pesar de que la Ley 980 de nacionalización cubana declaraba *al Estado subrogado en el lugar y grado de las personas naturales o jurídicas propietarias de las mencionadas empresas*, y que la Ley 914 mencionaba *el traspaso de esta modalidad a favor del Estado Cubano por nacionalización de la entidad José Arechabala SA*, o incluso que tal nacionalización constara en escritura pública otorgada ante notario en La Habana, el 27 de junio de 1968<sup>22</sup>. Sin olvidar, el propio concepto de nacionalización, según el cuál, ésta recae sobre sectores económicos, y sociedades, pero no sobre bienes aislados, individualmente considerados.

30. No obstante, y conforme a la técnica conflictual clásica, *José Arechabala SA* era una sociedad sometida al Derecho cubano, ya que su sede social se encontraba en Cuba<sup>23</sup>. Por tanto, la modificación que la ley de nacionalización haya podido operar sobre la personalidad jurídica de la sociedad constituye un efecto territorial de la nacionalización que debe ser reconocido en el extranjero salvo excepción de orden público. Admitir la sobrevivencia de una sociedad, nacionalizada en su país de origen supone una ficción jurisprudencial. Sin embargo, el Tribunal Supremo niega la existencia de tal nacionalización a través de su propia interpretación de la ley nacionalizadora cubana, para así fundamentar la apropiación fraudulenta de la marca por parte de Cuba<sup>24</sup>. Sin embargo, es *José Arechabala SA* quien en

<sup>20</sup> Vid. M. AGUILAR NAVARRO (Dir.), *Derecho Civil...op. cit.*, pp. 715-716; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Eficacia Internacional... op.cit.*, pp. 122-142; I. SEIDL- HOHENVERLDERN, «The impact of public international law...», *loc. cit.*, p. 22. Esta opción ha sido la más utilizada por la jurisprudencia. En este sentido, y dejando a un lado la situación de las sociedades, para resolver la eficacia de la nacionalización de los bienes, concretamente de las marcas, se ha acudido mayoritariamente a la protección territorialista.

<sup>21</sup> Dicha interpretación, recogida en el Fundamento Jurídico 11º de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 747/2010, se basa en la misma interpretación realizada por la sentencia de la Audiencia Provincial núm.35/2007, en su Fundamento jurídico 3º.

<sup>22</sup> Tanto la Audiencia Provincial (F.J. 3º), como el Tribunal Supremo (F.J. 11º), a pesar de interpretar la ley cubana como no nacionalizadora de la sociedad *José Arechabala SA*, llegan a reconocer que posiblemente la intención de Cuba, por la redacción de las mismas leyes de nacionalización que utilizan para dicho argumento en contrario, fuera la de apropiarse de la sociedad, y no sólo de su patrimonio social.

<sup>23</sup> En 1960, cuando se produce la nacionalización, aún no existía el actual Título Preliminar del Código civil, fruto del Decreto 1836/1974, de 31 de mayo. En tal fecha, el art. 9 del Cc se refiere al estatuto personal, el art. 10 Cc al estatuto real, y el art. 11 a la forma de los actos y negocios jurídicos. Partiendo de tal regulación, concretamente del art.9 Cc, se interpreta que la ley aplicable a las sociedades es su ley personal. Siendo el mismo criterio reflejado en el vigente art. 9.11.1 Cc. El problema se encuentra a la hora de determinar cuál es la nacionalidad de la sociedad. Este término de la nacionalidad utilizado para las personas físicas no tiene el mismo significado que para las personas jurídicas, *sino que se emplea en sentido analógico por la necesidad de conectar a las sociedades con un ordenamiento jurídico estatal (...)*, vid. A-L. CALVO CARAVACA, «Artículo 9, apartado 11», en M. ALBALADEJO/S. DIAZ ALABART (Dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Tomo 1, vol. 2, artículos 8 a 16 del Código civil, 2ªed., Madrid, 1995, pp. 479-525, en especial, pp.481-482. Dicho vínculo se ha entendido que era la sede social de la persona jurídica, vid. M. ARJONA COLOMO, *Derecho internacional privado. Parte especial*, Madrid, 1949, pp. 156-157; Id., *Derecho internacional privado. Parte especial*, Barcelona, 1954, pp. 189-190; J.R. DE ORUE Y ARREGUI, *Manual de Derecho internacional privado*, 3ª ed., Madrid, 1952, pp. 196-197, 780; A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho internacional privado, Parte especial II*, 3ª ed., Madrid, 1963, pp. 342-347. De lo hechos relatados en la sentencia, se sabe que la sede social de *José Arechabala SA* sí se encontraba en Cuba. Hoy en día, la aplicación del art. 9.11.1 Cc, sigue creando el mismo problema de la determinación de la nacionalidad de las sociedades, si bien ésta se resuelve mediante la aplicación de los arts. 8 y 9.2 TRLSC, vid. A-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...op. cit.*, pp. 539-545.

<sup>24</sup> Tal y como indica C. GARREAU DE LOUBRESSE, las leyes nacionalizadoras cubanas se caracterizan por su ambigüedad e imprecisión en su vocabulario jurídico, apartándose de la teoría general de las nacionalizaciones, «Les nationalisations...», *loc.*

1997 transmite la marca a *José Arechabala International Limited* de forma completamente nula, pues la primera sociedad está sometida a la ley cubana, y según la misma, dicha persona jurídica está nacionalizada, esto es, sus ex-socios no tienen ya dicha facultad de transmisión. En cualquier caso, aunque el Tribunal Supremo hubiera pasado por alto la cuestión de la nacionalización de la sociedad, lo cierto es que siguiendo la técnica conflictual (art. 2.2 Convenio de la Unión de París), la marca se regía por la ley española, se encontraba situada en España, por tanto fuera de territorio cubano, y en consecuencia, no susceptible de ser nacionalizada por dicho Estado<sup>25</sup>.

**31.** El Tribunal Supremo, ha seguido uno de los métodos normalmente aplicados por los tribunales para resolver este tipo de litigios. En primer término, no reconoce la nacionalización de la sociedad, aferrándose a la interpretación que él mismo realiza de la Ley cubana nacionalizadora, para después reconocer su sobrevivencia en el extranjero a través de la creación de una sociedad nueva, la cual se considera titular derivativa de la marca. Así, afirma la adquisición fraudulenta de la marca española, negando de este modo su nacionalización, y abriendo la posibilidad de ser considerada como bien perteneciente a la sociedad reconstituida.

**32.** Sin embargo, esta forma de tratar la eficacia extraterritorial de las nacionalizaciones cuando existen bienes inmateriales de por medio, ha sido criticado por gran parte de la doctrina, que, a su vez, ha propuesto otras teorías, —situadas en el ámbito del conflicto de leyes—, dirigidas a favorecer los efectos extraterritoriales de las nacionalizaciones, sobre la idea de sociedad como una explotación económica indivisible, y de la unidad del acto de nacionalización. Dicho acto de nacionalización, por definición, persigue continuar la actividad económica de las sociedades, de ahí que deba considerarse necesariamente el vínculo existente entre sociedad y patrimonio social. La técnica conflictual sigue siendo necesaria como primer paso para verificar la relación entre el bien y la esfera económica del Estado nacionalizador. Sin embargo, la misma lleva a tratar como elementos completamente desvinculados la sociedad y el patrimonio social, lo cual conduce a regulaciones aisladas, a resultados indeseados, sobre todo si entran en juego bienes incorpóreos como las marcas. De ahí que se haya optado por la idea de la unidad económica como un elemento corrector a esta técnica. En este sentido, la marca está unida a la explotación económica, es accesoria a la misma, en tanto que aquélla identifica una calidad y unas características de unos productos concretos, un factor a tener en cuenta a la hora de aceptar o denegar la extraterritorialidad de la marca<sup>26</sup>.

**33.** En nuestro caso, siguiendo esta última propuesta doctrinal, la sociedad *José Arechabala SA* se situaría en Cuba, sometiéndose a la ley cubana, mientras que la marca *Havana Club* se sitúa y regula por la ley española, por tanto, la nacionalización de esta última no produciría ningún efecto extraterritorial. Sin embargo, *Havana Club* identifica un determinado ron, de cierta calidad, hecho en Cuba, con materias primas del citado país, de manera que está unida irremediabilmente a la explotación económica *José Arechabala SA* sita también en dicho Estado. Este razonamiento facilitaría la validez extraterritorial de la nacionalización de la marca, a falta de analizar la conformidad con el orden público internacional español.

**34.** Esta idea relativa a la vinculación entre la marca y la calidad del producto que designa —cuestión que se reiterará en las subsiguientes propuestas doctrinales—, está íntimamente relacionada con el concepto de denominación de origen<sup>27</sup>. La marca *Havana Club* identifica un ron de una determinada calidad,

---

*cit.*, 1961, pp 215-216. Sin embargo, ello no significa que no sea una nacionalización, efectivamente, lo es, con todo lo que esto implica.

<sup>25</sup> Dicha afirmación, basada en el principio de territorialidad, fue enunciada por la Audiencia Provincial en su Fundamento jurídico 3º.

<sup>26</sup> En este sentido, F. BOULANGER, *Les Nationalisations en droit international privé comparé*, Paris, 1975, pp. 254-260.

<sup>27</sup> La denominación geográfica sirve para diferenciar los productos en el mercado. La llamada *denominación geográfica directa* puede estar constituida por el nombre de una ciudad o localidad determinada. Ésta genera una conexión entre el producto y un lugar, que puede ser el lugar donde el producto es extraído o cultivado, o bien, donde es elaborado, o incluso donde es fabricado. El principal interés económico que protege tales denominaciones es el general del país exportador de dichos

cuya característica esencial es su elaboración a partir de materias primas cubanas, de ahí el uso de la palabra *Havana*, traducción inglesa de *Habana*, capital de la República de Cuba. En este sentido, se debe mencionar el *Convenio comercial entre el Reino de España y la República de Cuba, de 23 de enero de 1979*<sup>28</sup>. Concretamente su art. 4, el cual establece que las denominaciones de origen, tales como *Habana*, no podrán ser utilizadas para identificar comercialmente a productos, entre los que se encuentra el ron, cuando éstos no sean realmente originados en Cuba. Comprometiéndose ambos Estados a concederse todas las facilidades necesarias, con arreglo a sus legislaciones respectivas, para la inscripción, renovación o traspaso en los Registros de la Propiedad Industrial correspondientes (...), a favor de sus titulares o de las entidades legalmente autorizadas para la industrialización y exportación de los mismos.

35. Sin duda, si se hubiera atendido a la naturaleza del acto de nacionalización, así como a la idea de la unidad de la explotación económica, esta cuestión ni siquiera hubiera surgido. La marca se hubiera considerado parte de la sociedad cubana, y por tanto, objeto de nacionalización. Sin embargo, al crearse la ficción de la sobrevivencia de la sociedad nacionalizada, y aplicarse el principio de territorialidad a la marca, surgen estos problemas en torno a la utilización de los signos distintivos. En todo caso, resulta claro que el uso que pudiera hacer de la marca *Havana Club*, la empresa *Barcardi & Company Limited*, como consecuencia de la transmisión que hizo de la misma *José Arechabala International Limited*, es contraria al art. 4 del Convenio bilateral antes citado, así como al art. 22.3 del *Acuerdo sobre los aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio, de 15 de abril de 1994* y al art.10 del *Convenio de la Unión de París*, desarrollado por el *Arreglo de Madrid de 14 de abril de 1891 relativo a la represión de las indicaciones de procedencia falsas o engañosas*<sup>29</sup>.

## b) Principio de vinculación efectiva

36. La doctrina actual ha sometido a constantes críticas la utilización que la jurisprudencia ha realizado del método conflictual en esta materia. Partiendo de la idea de la «unidad económica» de la empresa se intenta flexibilizar el reconocimiento extraterritorial de la medida de nacionalización, subsumiendo esta cuestión en el ámbito del conflicto de jurisdicciones, —posición elaborada por P. MAYER<sup>30</sup>—, o en el de conflicto de autoridades, —postura mantenida por A.K. BOYE<sup>31</sup>—.

37. En los litigios derivados de una nacionalización, no se trata de acudir al conflicto de leyes para elegir la norma aplicable, pues ya existe una que es única, de manera que tan sólo habrá que determinar la aceptación o rechazo de los efectos de ésta en el foro<sup>32</sup>. Si la sociedad sobre la que recae la nacionalización se encuentra en la esfera económica del Estado nacionalizador, los bienes dependientes de la misma deben considerarse también nacionalizados, siguiendo no el criterio conflictual, sino la idea de la unidad económica. Por tanto, es necesario determinar el vínculo económico entre sociedad y Estado nacionalizador. En este sentido, debe prestarse atención al lugar donde la empresa realiza su

---

productos. Si bien, también existen otros intereses importantes, como el interés particular de las empresas que elaboran tales productos con tal denominación; el de los consumidores, ya que pueden identificar las diferentes cualidades de los productos; y finalmente, el interés de las empresas competidoras en el sector del mercado que corresponda, *vid.* C. FERNÁNDEZ NOVOA, *La protección internacional de las denominaciones geográficas de los productos*, Madrid, 1970, pp. 1-15.

<sup>28</sup> BOE núm.66, de 17 de marzo de 1979.

<sup>29</sup> BOE núm. 25, de 29 de enero de 1974 (última modificación).

<sup>30</sup> P. MAYER, construye su tesis en la obra, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, Paris, 1973.

<sup>31</sup> A.K. BOYE, realiza su aportación en *L'acte de nationalisation*, Dakar, 1979.

<sup>32</sup> P. MAYER entiende que el método del conflicto de leyes debe utilizarse con las reglas, mientras que las decisiones, como son las nacionalizaciones, deben tratarse a través del método del conflicto de jurisdicciones, *ibid.*, pp.102-121. Por su parte, A.K. BOYE, no habla de decisión, sino de acto. Según esta construcción doctrinal, al igual que la defendida por P. MAYER, los tribunales sólo pueden decidir si aceptan o rechazan la nacionalización, si bien, éstos se encuentran dentro del ámbito del conflicto de autoridades, no de jurisdicciones. En todo caso, los tribunales deben dilucidar si la autoridad que dictó dicho acto era o no competente. Para ello, se tendrá en consideración la idea de la unidad económica que supone una sociedad. Aunque, a diferencia de la anterior tesis, en esta última no se descarta la aplicación de la norma de conflicto como una herramienta de control a la hora de analizar las condiciones para otorgar eficacia extraterritorial a las nacionalizaciones, si bien, su utilización sería extraordinaria. *Vid. L'acte...op. cit.*, pp. 150-173.



actividad económica, su objeto social. Si es dentro del territorio del Estado nacionalizador, la nacionalización deberá surtir efectos no sólo respecto de la sociedad, sino respecto de todos sus bienes, ya que estos también se utilizan para desarrollar tal actividad<sup>33</sup>.

38. Si se subsume esta teoría a nuestro supuesto, se debiera admitir la eficacia extraterritorial de la nacionalización —sin perjuicio de tener que analizar posteriormente la conformidad de la misma con el orden público internacional español—. *José Arechabala SA* tenía su único establecimiento, y su centro de explotación en Cuba, su actividad económica consistía en fabricar ron, fabricación producida en dicho Estado, ya que era donde se encontraban las materias primas, siendo además dicha sociedad, la propietaria de la marca *Havana Club*. En definitiva, *José Arechabala SA*, se encontraba en la esfera económica de Cuba, y por ende, todos sus bienes, incluida la citada marca, de manera que Cuba debiera considerarse competente para nacionalizar toda la sociedad, incluidos todos sus bienes, también la marca *Havana Club*.

39. Ahora bien, ante la falta de una regulación específica para determinar la unidad económica de empresa y su vinculación con el Estado que adopta la medida nacionalizadora, sólo cabe recurrir a un criterio fáctico: que efectivamente la sociedad, y con ella todos sus bienes, se encuentra en la esfera económica del Estado nacionalizador. Sin embargo, este criterio sigue siendo demasiado indeterminado, en ocasiones, se va a necesitar *localizar* dicha sociedad. De ahí que la postura óptima para determinar la unidad económica de empresa y su vinculación con el Estado que adopta la medida nacionalizadora, sea la toma en consideración de un criterio tanto jurídico como económico —éste último a modo de corrector del anterior—. El citado criterio jurídico para determinar dicho vínculo se concretará, o bien, mediante la técnica conflictual, o bien, por la competencia exclusiva del Estado sobre sus sociedades nacionales, pero habrá que tener en cuenta también el criterio económico, es decir, el lugar donde se realice la actividad económica real, el centro de explotación económica principal de la sociedad<sup>34</sup>.

40. En el caso que se estudia, ambos criterios —jurídico y económico— coinciden, la sociedad objeto de nacionalización era cubana, y su centro de explotación económica único y principal era Cuba. Además, teniendo en cuenta que era una empresa dedicada al sector primario, las materias primas utilizadas para la elaboración de los productos también procedían de Cuba. Tal es así, que la propia sociedad reconoce encontrarse en período de liquidación debido a la imposibilidad de poder llevar a cabo su objeto social desde que se produjo la nacionalización.

41. Por todo ello, y siguiendo estos planteamientos, más flexibles y favorecedores de la eficacia extraterritorial de las nacionalizaciones, el Tribunal Supremo debería de haber reconocido la competencia de Cuba en orden a nacionalizar la sociedad cubana y con ella la nacionalización de todos sus bienes, también aquellos sitios fuera de su territorio, como la marca española objeto del litigio. No puede obviarse que la sociedad es objeto también de la medida de nacionalización, ni tampoco puede admitirse que sociedad y patrimonio social tengan un tratamiento diferente, cuando atendiendo a la idea de unidad económica de empresa, lo cierto es que están completamente unidas. La marca *Havana Club* designa un determinado producto con unas características concretas, resultado de su elaboración con productos cubanos, cuya elaboración se lleva a cabo en Cuba. En definitiva, y atendiendo también a esta tesis, la primera de las condiciones para otorgar la validez extraterritorial de la nacionalización se cumple.

## B) Conformidad con el orden público internacional español

42. Una vez que se ha comprobado la competencia del Estado nacionalizador para tomar tal medida de privación de la propiedad privada, la segunda condición a cumplir, si se quiere otorgar eficacia extraterritorial a una nacionalización, es la conformidad con el orden público internacional español.

<sup>33</sup> *Ibid.*, pp. 205-213.

<sup>34</sup> *Vid.* esta propuesta es elaborada por A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Eficacia Internacional...op.cit.*, pp. 189-235.

43. Ahora bien, la función que cumple el orden público internacional en materia de nacionalizaciones está condicionada por el mecanismo utilizado para verificar la competencia internacional del Estado nacionalizador, pudiéndose distinguir dos supuestos: a) Orden público internacional como excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto; b) Orden público internacional como condición de validez extraterritorial del acto de nacionalización.

#### a) Orden público internacional como excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto

44. Cuando se utiliza la técnica conflictual, y por tanto el principio de territorialidad, para verificar la competencia internacional del Estado nacionalizador, como hace la mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia en derecho comparado, el orden público internacional queda completamente desnaturalizado. Y ello, por dos razones: 1ª) si el bien litigioso se encuentra localizado fuera del territorio del Estado nacionalizador no quedará afectado por la medida de nacionalización; 2ª) Y como consecuencia de lo anterior, el orden público no aparece como excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto sino como condición para aceptar o rechazar efectos extraterritoriales a la nacionalización. Afirmación esta que queda totalmente reforzada en aquellos litigios relativos a las marcas de empresa<sup>35</sup>.

45. La situación de las marcas en el lugar de registro y protección conduce a la aplicación de la ley del foro. Si, en virtud de la protección territorialista, procede aplicar en general la ley del lugar de su registro y no la ley del país de origen —país nacionalizador—, no cabe en ningún modo aplicar la excepción de orden público (art. 12. 3 Cc). El recurso a dicho mecanismo resulta del todo superfluo. Aun así, resulta del todo llamativo que los tribunales recurran de forma reiterada a dicho mecanismo.

46. Esto es precisamente lo que hace el Tribunal Supremo que, tras no reconocer la nacionalización de la sociedad cubana y confirmar la adquisición fraudulenta de la marca española por parte del Estado cubano —lo cual bastaría para denegar la eficacia de la nacionalización cubana en España—, añade la falta de conformidad de dicha nacionalización con el orden público por la inexistencia de una indemnización económica a favor de los perjudicados<sup>36</sup>. Es importante matizar que el Tribunal Supremo podía haber alegado la excepción de orden público respecto de la nacionalización de la sociedad, a la cual, según la técnica conflictual clásica, se le aplicaba la ley cubana, pero de ningún modo a la marca, sita en España, tal y como el propio Tribunal Supremo dice, *sometida a la ley española*<sup>37</sup>.

47. Una vez más, se observa como la técnica conflictual no se acaba de adaptar a la naturaleza y funcionamiento de las nacionalizaciones. Su verdadera función es localizar el bien y verificar así la competencia territorial del Estado nacionalizador, designando, tan sólo en un sentido formal, la ley aplicable, pues a la hora de analizar el orden público, los tribunales no toman como referencia la ley designada por la norma de conflicto, sino que toman en consideración la ley nacionalizadora. Algo que confirma que,

<sup>35</sup> En este apartado también confluyen tanto la perspectiva del Derecho internacional público, como del Derecho internacional privado. Si bien, debido a la utilización del orden público como «cajón de sastre» por parte de los tribunales, es más evidente la existencia de intereses políticos, económicos y sociales del Estado requerido, *vid.* A. QUIÑONES ESCÁMEZ, «Problemas jurídico-internacionales relativos...», *loc. cit.*, pp. 823-824; *Id.*, *Eficacia Internacional...op.cit.*, pp. 257-267.

<sup>36</sup> *Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo, Fundamento Jurídico 11º.

<sup>37</sup> *Vid.* Sentencia del Tribunal Supremo, Fundamento Jurídico 11º. A pesar del grave error a la hora de entender la función de la excepción de orden público en el ámbito del conflicto de leyes, ha sido un argumento muy utilizado en toda la jurisprudencia relativa a la nacionalización de las marcas: Tribunal de Apelación de París, de 25 junio 1958, caso «Hardmuth Kok-I-Noor»; Tribunal de Apelación de Turín, de 17 junio 1958, caso «Hardmuth Kok-I-Noor»; Tribunal de Distrito de Oslo, de 11 julio 1959, caso «Hardmuth Kok-I-Noor»; Tribunal de Gran Instancia de París, de 15 diciembre 1971 «caso Zeiss»; Tribunal de Apelación de París, de 9 julio 1975, «caso Zeiss»; Tribunal del Distrito de Nueva York, de 7 noviembre 1968, «caso Zeiss»; Tribunal de Apelación de Milán, de 10 agosto 1956, «caso Zeiss»; Tribunal de Milán, de 14 junio 1965, «caso Zeiss»; Tribunal de París, de 19 marzo 1963 «caso Agfa»; Tribunal Supremo holandés, de 18 enero 1965, «caso Kjllberg»; Tribunal Supremo israelí, de 30 junio 1971, «caso Bacardí»; Tribunal Supremo italiano, de 5 octubre 1959, «caso Archimedes»; Tribunal Supremo austriaco, de 3 febrero 1954, «caso Danuvia»; Tribunal Supremo austriaco, 14 enero 1953 y 14 septiembre 1955, «caso Carborundum»; *vid.*, A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Eficacia Internacional...op.cit.*, pp. 239-247.

de facto, el orden público internacional es utilizado por los tribunales como una condición para aceptar o rechazar efectos internacionales a las nacionalizaciones realizadas por otros Estados.

## b) Orden público internacional como condición de validez extraterritorial del acto de nacionalización

48. Desde un enfoque competencial, —conflicto de jurisdicciones o autoridades—, y aceptando por tanto la competencia personal del Estado para nacionalizar la sociedad y la marca, resulta absolutamente necesario analizar la compatibilidad de la nacionalización con el orden público internacional. Teniendo en cuenta que, en este caso, no se constituye como excepción al normal funcionamiento de la norma de conflicto, sino como una condición a la eficacia extraterritorial de la nacionalización. Se observa otra vez, en el análisis sobre la utilización del orden público, como, dentro de la eficacia extraterritorial de decisiones, encaja mucho mejor la perspectiva competencial que la conflictual.

49. Una vez que se entiende la aplicación del *orden público como condición de la validez extraterritorial del acto de nacionalización*, se debe concretar qué elementos configuran tal concepto en dicha materia. En general, se entiende que los principios configuradores del orden público internacional español en materia de nacionalizaciones son: a) la existencia de una causa de interés general; b) un procedimiento de privación de la propiedad que permita la defensa jurídica del expropiado; c) la existencia de una indemnización justa; d) que no haya existido discriminación<sup>38</sup>; e) ni que suponga una sanción o represalia, si bien, esta característica pertenece, por definición, a las confiscaciones. En cualquier caso, debido a la función que aquí cumple el orden público internacional, esto es, condición para la validez extraterritorial de una decisión extranjera, debe verificarse que aunque éste se vulnere, el caso tenga suficiente vinculación con España<sup>39</sup>.

50. Así, en cuanto a la primera condición, —existencia de una causa de interés general—, se ha argumentado que la voluntad de un Estado de querer cambiar su modelo económico resulta una causa suficiente como para llevar a cabo una nacionalización<sup>40</sup>. En lo relativo a la exigencia de un procedimiento contradictorio, difícilmente podrá ser utilizado en las nacionalizaciones que, por definición, se llevan a cabo a través de leyes donde son objeto de la medida, como ocurre en este caso, la práctica totalidad de la economía de un país<sup>41</sup>. Finalmente, se debe analizar la exigencia de indemnización, el motivo más utilizado a la hora de fundamentar la no conformidad con el orden público en los casos de validez extraterritorial de nacionalizaciones<sup>42</sup>.

En la sentencia comentada, el Tribunal Supremo, aunque también se basa en las garantías constitucionales relativas a la expropiación forzosa, se centra fundamentalmente y como no podía ser de

<sup>38</sup> Este requisito ha sido alegado, especialmente, en las nacionalizaciones de los países del tercer mundo, a los cuales se les acusa de nacionalizar sociedades que sólo afectan a los intereses de las personas con una determinada nacionalidad, los nacionales de los respectivos países colonizadores. Por el contrario, se ha defendido dichas nacionalizaciones como instrumentos para restablecer una igualdad antes inexistente. De manera que con tales actos, se trata de forma diferente situaciones que eran desiguales, como era la situación privilegiada de la que gozaban los países colonizadores, respecto de otros países en dicha ex colonia. En este sentido, se pronunció el Tribunal de Apelación de Bremen, en relación con la nacionalización de propiedades holandesas, entre ellas plantaciones de tabaco, por parte de Indonesia, *vid.* A.K. BOYE, *L'acte...op. cit.*, pp. 107-113; M. DOMKE, «Indonesian nationalization measures before foreign courts», *American Journal of International Law*, Vol. 54, n° 2, 1960, pp. 305 a 323, en especial pp.315-316, 322-323; *Id.*, «Foreign...», *loc. cit.*, pp. 600-603; T. HEFTI, *La protection...op. cit.*, pp. 229-230; A. SADEK EL-KOCHERI, «Les nationalisations dans...», *loc. cit.*, p. 260.

<sup>39</sup> *Vid.*, A-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...op. cit.*, p. 909.

<sup>40</sup> En este sentido, la propia ley nacionalizadora cubana, la Ley 890, justificaba la nacionalización por causa de *interés público, social y nacional* (art.6). Tal y como señala M. DOMKE, alegar la ausencia de interés público por parte de los perjudicados, en pocas ocasiones, podrá tener éxito, a menos que la nacionalización hubiera ido mucho más allá de cualquier límite razonable, *vid.* «Foreign...», *loc. cit.*, pp. 590-591. Esta idea también la expresa, T. HEFTI, *La protection...op. cit.*, p.228.

<sup>41</sup> En el caso de las nacionalizaciones cubanas, los procedimientos fueron muy breves, sin apenas formalidad alguna, basándose en una mera notificación a los perjudicados, *vid.* C. GARREAU DE LOUBRESSE, «Les nationalisations...», *loc. cit.*, 1961, p. 224.

<sup>42</sup> *Vid.* M. DOMKE, «Foreign...», *loc. cit.*, p. 603; T. HEFTI, *La protection...op. cit.*, p.227; A.K. BOYE, fija no sólo el principio de indemnización, sino también el de no discriminación como principales causas para la no concesión de la validez extraterritorial de las nacionalizaciones, *L'acte...op. cit.*, p. 91.

otra manera en el requisito de la indemnización. La falta de tal compensación sirve de argumento para fundamentar la contrariedad de tal nacionalización con el orden público<sup>43</sup>.

51. Por tanto, cabe afirmar que en esta materia la vulneración o no del orden público internacional con vistas a rechazar o aceptar efectos a una medida de nacionalización gira en torno a la existencia de indemnización<sup>44</sup>.

52. Aunque no es una cuestión pacífica, se ha llegado a defender por un sector de la doctrina que la obligación de pago de una indemnización como condición de validez de la nacionalización constituye un principio general de derecho positivo dentro del Derecho internacional público<sup>45</sup>. Si bien, esta postura no se puede fundamentar en la *Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948*, en tanto que en su art.17, sobre el derecho de propiedad, no establece tal garantía, lo cierto es que la práctica internacional de los Estados impone la existencia de tal obligación: *las nacionalizaciones deben ir acompañadas de una indemnización razonable en el tiempo, efectiva y adecuada*. El argumento más utilizado para fundamentar dicha práctica internacional de los Estados es que incluso los países de corte comunista han concluido Convenios con tal previsión de compensación como consecuencia de nacionalizaciones, y no sólo han elaborado dichos Convenios con Estados occidentales, sino incluso entre los propios países comunistas<sup>46</sup>.

53. Precisamente, en la sentencia que aquí se comenta, la indemnización estaba prevista tanto en las leyes del Estado nacionalizador (Cuba) —en la Ley 890 de 13 octubre 1960, en relación con la Ley 956 de 24 agosto 1961<sup>47</sup>—, como en el Convenio entre España y Cuba sobre indemnización por los bienes españoles afectados por las leyes, disposiciones y medidas dictadas por el Gobierno de la República de Cuba a partir del 1 enero 1959, firmado en La Habana el 16 noviembre 1986<sup>48</sup>. El citado Convenio bilateral es un acuerdo de compensación global o *lump sum agreement*, esto es, un acuerdo mediante el cual, el Estado nacionalizador y el Estado cuya nacionalidad ostentan los perjudicados, fijan una suma global como indemnización, fijando unos plazos para su pago. A cambio, el Estado cuyos nacionales sufrieron la nacionalización renuncia a presentar cualquier reclamación o reivindicación con este objeto<sup>49</sup>. Sin embargo, la aplicación de dicho Convenio a este caso concreto resulta cuando menos dudosa. Y lo es porque en los hechos fijados por la sentencia, nada se dice sobre la nacionalidad de los perjudicados, dato éste fundamental, en tanto que en el marco del mencionado texto convencional, el Estado cubano sólo se obliga a indemnizar a las personas físicas o jurídicas de nacionalidad española (arts. 1 y 3). En definitiva, si los perjudicados tenían nacionalidad española, el Convenio sería de aplicación, mientras que si conservaban su nacionalidad cubana, no les sería aplicable<sup>50</sup>. En cualquier caso, el citado instrumento internacional no hace más que recoger la obligación de Derecho

<sup>43</sup> Vid. Sentencia del Tribunal Supremo, Fundamento Jurídico 10º.

<sup>44</sup> La ausencia de indemnización ha sido y es el argumento generalmente utilizado para alegar el incumplimiento del orden público, y con el, denegar la eficacia extraterritorial de las nacionalizaciones, vid. I. GUARDANS I CAMBÓ, *Contrato internacional...op. cit.*, p. 240; Y. LOUSSOUARN/P. BOUREL, *Droit international...op. cit.*, pp. 344, 358, 526-528; A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Eficacia Internacional...op. cit.*, p. 253; M. SAVATIER, «Les nationalisations en droit...», *loc. cit.*, pp. 55-57.

<sup>45</sup> Sobre la controversia en torno a la existencia de tal obligación en el Derecho internacional público, vid. A.K. BOYE, *L'acte...op. cit.*, pp. 92-93; T. HEFTI, *La protection...op. cit.*, pp. 230-231, 250-251; A. REMIRO BROTONS, *Derecho internacional público. Principios fundamentales*, 1ª ed., Madrid, 1987, pp. 307-309; M. Savatier, «Les nationalisations en droit...», *loc. cit.*, pp. 52-53; I. SEIDL-HOHENVELDERN, «Expropiaciones de Estados extranjeros...», *loc. cit.*, p. 127.

<sup>46</sup> Vid. M. DOMKE, «Foreign...», *loc. cit.*, pp. 603 -604; T. HEFTI, *La protection...op. cit.*, pp. 147-152.

<sup>47</sup> En cualquier caso, se debe matizar que de los hechos relatados tanto por la Audiencia Provincial como por el Tribunal Supremo, se infiere que los perjudicados no eran susceptibles de la compensación prevista en la Ley 956. Dicha norma establecía como condición (...) *haber dejado al sujeto pasivo sin medios para su subsistencia* (STS F.J. 5º), y queda probado según la Audiencia Provincial, que la familia Arechabala, o al menos parte de sus miembros, tenían una muy buena situación económica en España (SAP F.J. 6º).

<sup>48</sup> BOE, núm.67, de 18 marzo 1988.

<sup>49</sup> Vid., A-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...op. cit.*, p. 910; T. HEFTI, *La protection...op. cit.*, pp. 136-139; S. PETREN, «La confiscation...», *loc. cit.*, p. 555.

<sup>50</sup> Sobre el diferente tratamiento entre nacionales y no nacionales del Estado nacionalizador, vid. T. HEFTI, *La protection...op. cit.*, pp. 139-142, 251-252.

internacional público en este ámbito concreto: la indemnización para los perjudicados extranjeros debe ser pronta, efectiva y adecuada<sup>51</sup>.

54. Por tanto y con este telón de fondo, habrá que analizar si el Estado cubano cumplió o no con su obligación de pago en dos supuestos distintos: de un lado, presumiendo la nacionalidad española de los perjudicados, y de otro considerando que éstos eran extranjeros.

55. En el primer caso, —presunción de la nacionalidad española de los perjudicados—, y por lo que a la prontitud de la indemnización se refiere, dicho requisito no se cumple. La nacionalización se produjo en 1960, y aunque tras la promesa de compensación de la ley nacionalizadora<sup>52</sup>, se aprobó otra ley fijando la obligación de pago del Estado cubano, e incluso un Convenio bilateral en este mismo sentido, el pago no se había realizado todavía cuando se interpuso la demanda, casi cuatro décadas después de la nacionalización, y más de diez años desde la entrada en vigor del citado Convenio. En conclusión, si se aplica el concepto de indemnización configurado en el Derecho internacional público como consecuencia de la práctica de los Estados, se observa que, aunque sobre el papel, Cuba cumplió con tal exigencia mediante la elaboración del citado Convenio —siempre y cuando se presuma la nacionalidad española de los perjudicados—, la realidad es que la familia *Arechabala* nunca recibió ninguna compensación. En consecuencia, la nacionalización no se considerará conforme con el orden público internacional español.

56. Por otra parte, si se considera que los perjudicados eran cubanos, se debe tomar como punto de partida la STS de 25 septiembre 1992, sobre un asunto también relativo a una nacionalización cubana de una marca registrada en España<sup>53</sup>. En este supuesto, el tribunal fijaba tres requisitos a cumplir en orden a reconocer en España efectos a una nacionalización extranjera: a) la presencia de causas reales concretas; b) la existencia de un expediente contradictorio previo y; c) la verificación de una compensación económica. Estas tres condiciones coinciden con las garantías de la propiedad privada frente al poder expropiatorio recogidas en el art. 33.3 de la Constitución española (CE).

57. Sin embargo, la utilización de estas tres garantías como contenido del orden público internacional español a la hora de otorgar eficacia extraterritorial a las nacionalizaciones extranjeras ha sido criticada. Dichas garantías están pensadas para procedimientos de expropiación, llevados a cabo mediante la aplicación de la Ley de 16 diciembre 1954 de expropiación forzosa<sup>54</sup>, pero no para otorgar eficacia en España a nacionalizaciones extranjeras. Así, en cuanto a la primera de ellas —la presencia de causas reales y concretas—, y como se dijo anteriormente, es causa más que suficiente querer modificar el modelo económico de un país<sup>55</sup>, además también se ha argumentado que, en este caso, se está exigiendo más incluso que en un procedimiento expropiatorio, donde se debe especificar no la causa de la expropiación en sí, sino el fin al cual se va a dedicar el bien expropiado<sup>56</sup>. En lo relativo al requisito del procedimiento, se debe decir que, incluso en casos de urgencia, este requisito no es exigible en una

<sup>51</sup> En este punto, existe cierta controversia entre la doctrina, M. DOMKE, apoya la citada perspectiva, *vid.* «Foreign...», *loc. cit.*, pp. 609-610, S. PETREN, «La confiscation...», *loc. cit.*, p.556. Sin embargo, otros autores entienden que estos convenios son la manifestación de otra nueva práctica internacional, *vid.* T. HEFTI, *La protection...op. cit.*, pp. 139-142.

<sup>52</sup> M. DOMKE afirma que la promesa de compensación futura en la ley nacionalizadora no es suficiente para cumplir con esta exigencia, *vid.* «Foreign...», *loc. cit.*, pp. 604-607. Sin embargo, también se ha defendido que dicha promesa no es vulnerable del orden público, en este sentido, se ha propuesto la suspensión de los efectos extraterritoriales de la nacionalización en tanto no se llegue a un acuerdo en torno a la indemnización, pero no la denegación inmediata de los mismos, *vid.* A. SADEK EL-KOCHERI, «Les nationalisations dans...», *loc. cit.*, pp. 261-262 y 274

<sup>53</sup> *Westlaw*, STS, 25 septiembre 1992, RJ\1992\7325

<sup>54</sup> Sobre la regulación de la expropiación forzosa en España, *vid.* E. GARCÍA DE ENTERRÍA/T.-R. FERNÁNDEZ, *Curso de derecho administrativo*, Vol. II, 12º ed., Cizur Menor, 2011, pp. 217-368; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los principios de la nueva Ley de expropiación forzosa*, Madrid, 1984.

<sup>55</sup> *Vid.* F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «25 de septiembre de 1992. Nacionalización extranjera. Efectos sobre marcas registradas en España. Contrariedad con el orden público», *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, nº30, 1992, pp.883-884.

<sup>56</sup> *Vid.* P. JIMÉNEZ BLANCO, «Comentario a la STS (Sala 1ª) de 25 de septiembre de 1992», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol. XLVI, 1994, p. 382.

expropiación<sup>57</sup>. Del requisito constitucional de la indemnización, el más importante, y en el que se centra la sentencia del Tribunal Supremo comentada, se desprende que ésta debe existir en todo caso<sup>58</sup>. Ahora bien, aunque esta exigencia se refiera a la expropiación, el Tribunal Constitucional admite que dicha compensación no tiene porqué ser siempre previa, si bien, sí que debe existir *un razonable equilibrio entre daño expropiatorio y su reparación*, esto es, *la indemnización debe corresponder con el valor económico del bien o derecho expropiado*<sup>59</sup>. En definitiva, el contenido del orden público internacional en esta materia, conformado principalmente por lo establecido en el art. 33.3 CE, debiera adecuarse a la propia naturaleza y características de las nacionalizaciones, especialmente, en relación a los rasgos definidores de la indemnización, por ser ésta la exigencia más decisiva<sup>60</sup>.

**58.** En cualquier caso, en nuestro supuesto, y con independencia del contenido que debiera tener la indemnización, su inexistencia es precisamente el motivo que dio lugar a que el Tribunal Supremo declarara la nacionalización cubana como contraria al orden público internacional español. En el supuesto que dio lugar a la sentencia de 25 septiembre 1992, se ha defendido que, siendo no aplicable el Convenio bilateral, Cuba era libre de indemnizar o no a sus nacionales, tal y como se deriva del principio de soberanía económica de cada Estado, sin que ello supusiera una vulneración del orden público internacional español, ya que ni la exigencia de una indemnización es un derecho fundamental, ni la nacionalización afectaba a la libertad de mercado defendida por nuestra Constitución<sup>61</sup>. En la sentencia que ahora se comenta, la nacionalización tampoco afecta a la libertad de mercado (art. 38 CE), pero sí que se incumple el requisito de la indemnización (art.33.3), el cual, al igual que el primero, no necesitan ser derechos fundamentales (Sección 1ª, Capítulo II, Título I CE) para formar parte del orden público internacional español<sup>62</sup>. Nuestro orden público contiene la necesidad de que exista una compensación cuando por razones de interés general se pierde la propiedad de un bien, es una consecuencia directa del derecho de propiedad privada, que aunque no es un derecho fundamental, sí se considera uno de los principios básicos de nuestro ordenamiento jurídico, y valor esencial de la sociedad a la que éste sirve<sup>63</sup>.

**59.** Siguiendo estos planteamientos, tanto si los perjudicados eran cubanos, como si eran españoles, parece claro que el Tribunal Supremo acierta cuando se pronuncia sobre este punto. La nacionalización es contraria al orden público internacional español debido a la falta de indemnización a favor de los perjudicados. Sin embargo, para verificar la denegación o no de la eficacia extraterritorial de la nacionalización cubana, queda por analizar si, efectivamente, el caso está suficientemente vinculado con España como para dañar dicho orden público.

**60.** Partiendo de la inexistencia de normas que concreten dicho vínculo, se ha entendido como conexión suficiente la situación del bien nacionalizado en el Estado donde se pretende su eficacia ex-

<sup>57</sup> Vid. F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «25 de septiembre de 1992...» *loc. cit.*, p.884.

<sup>58</sup> Esta exigencia está presente aunque no esté expresamente prevista en la ley expropiadora, de manera que si ésta la negase, podría ser declarada inconstitucional, *vid.* F. GARRIDO FALLA (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, 3ª ed., Madrid, 2001, pp. 789-790.

<sup>59</sup> Vid. STC de 19 diciembre 1986.

<sup>60</sup> Vid. A. QUIÑONES ESCÁMEZ, *Eficacia Internacional...op.cit.*, pp. 252-253. En relación a la indemnización, A.K. BOYE, entiende que no se puede asimilar la nacionalización a la expropiación por causa de utilidad pública, *L'acte...op. cit.*, pp. 91-92, 97.

<sup>61</sup> Vid. F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «25 de septiembre de 1992», *loc. cit.*, pp. 885-886.

<sup>62</sup> Éste está formado por principios, los cuales, pueden extraerse tanto de la Constitución, como de otros cuerpos legales, *vid.*, A-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional...op. cit.*, Vol.1, pp. 440-443.

<sup>63</sup> No sólo es un pilar fundamental del ordenamiento jurídico español, sino también de los ordenamientos jurídicos europeos, prueba de ello es que es un derecho reconocido, en una forma muy similar a la recogida en la CE, por el art. 1 (Protocolo nº 1) del *Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, Roma, 4 de noviembre de 1950, (BOE núm. 108, de 6 de mayo de 1999) y la interpretación que de éste ha dado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y por el art. 17 de la *Carta de los Derechos fundamentales de la Unión Europea* (DOUE C 83/02, 30 marzo 2010), incluida en el Tratado de Lisboa por referencia del art. 6 del *Tratado de la Unión Europea*, (DOUE C 83/01, 30 marzo 2010).

tratorritorial<sup>64</sup>. El Tribunal Supremo, en su sentencia de 25 de septiembre de 1992, fijó dicha conexión con la localización de la marca, situada en España en virtud de su inscripción en el Registro español de Propiedad Industrial. Este criterio territorialista podría ser utilizado en nuestro caso, pues la marca *Havana Club* también está inscrita en el citado Registro español. Sin embargo, si se atiende a la idea de la unidad económica de empresa, la marca debe considerarse como accesoria a la explotación económica a la que pertenece, que también fue nacionalizada —aquí no hay duda de que es cubana—, y que designa sus productos. Sin olvidar que *Havana Club* identifica un producto de cierta calidad y características, todas ellas adquiridas, precisamente, por su elaboración en Cuba. Por todo ello, la marca *Havana Club* tendría más proximidad con Cuba, a pesar de estar registrada en España. Por otra parte, aunque la familia *Arechabala* reclama la titularidad de la marca, no son ellos los titulares registrales de la misma, sino la sociedad cubana *Havana Club Hoding*, que es precisamente la que la utiliza. Además la sociedad reconstituida por la familia *Arechabala* no tiene domicilio en España, sino en Liechtenstein. Por último, aunque hoy en día la marca *Havana Club* es comercializada en España por la sociedad cubana titular de la misma, durante el período que *José Arechabala SA* fue su titular no fue utilizada en España, nunca se exportó dicho ron. Si a esto se une, la eventual nacionalidad cubana de los perjudicados, se debe entender que la conexión con España no es suficiente como para dañar nuestro orden público.

**61.** La intensidad de dicho vínculo y la rigurosidad con la que se considere el incumplimiento del orden público tienen que ir necesariamente unidas<sup>65</sup>. En este caso, aunque no existió indemnización, por todos los datos anteriormente mencionados y considerados en su conjunto, es un supuesto suficientemente alejado de España como para no dañar su orden público. Además, hay un hecho que no se puede dejar de lado, y que denota, cuanto menos, el poco interés de parte de los demandantes en los perjuicios que le ocasionó la nacionalización, siendo esa escasa preocupación, la causante de la desestimación del recurso por parte del Tribunal Supremo. El ejemplo más claro se refiere a la marca: el cambio de titularidad registral a favor del Estado cubano se produjo en 1968, prolongándose la inactividad de *José Arechabala SA* hasta 1993, y sin ceder la marca, sobre la cual se consideraba titular, hasta 1997. Sin pasar por alto que, si se denegara la nacionalización de la marca —aunque como estableció el Tribunal la acción reivindicatoria había prescrito—, ésta no podría ser utilizada por *Barcardi & Company Limited*, ya que está no respeta la denominación de origen inserta en la marca *Havana Club*, al elaborar el ron en las Bahamas. Convirtiéndose la infracción del orden público, tal y como indicó la sentencia de la Audiencia Provincial, en el fundamento para obstaculizar la actividad comercial de un competidor directo, *Havana Club Hoding*<sup>66</sup>.

#### IV. Conclusiones

**62.** Tradicionalmente, tanto la doctrina como la jurisprudencia en derecho comparado han resuelto los problemas suscitados por la eficacia internacional de las nacionalizaciones recurriendo al principio de territorialidad y a la normas de conflicto. En virtud del primero, se reconoce libertad a todo Estado para adoptar medidas de nacionalización sobre los bienes que se encuentran sobre su territorio, de tal forma que el problema queda reducido a una mera localización del bien litigioso, localización ésta que se lleva a cabo mediante la norma de conflicto correspondiente.

**63.** Desde esta perspectiva, la técnica conflictual, y por ende la excepción de orden público, queda totalmente desvirtuada en tanto que no se utiliza la norma de conflicto en sí para designar el derecho aplicable al supuesto litigioso. La ley aplicable a la nacionalización ya ha quedado previamente determinada: la nacionalización realizada por un Estado sólo puede llevarse a cabo según su ley. Por tanto, no

<sup>64</sup> Vid. I. SEIDL-HOHENVELDERN, «Expropiaciones de Estados extranjeros...», *loc. cit.*, pp. 126-127.

<sup>65</sup> Vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, «Comentario a la STS...», *loc. cit.*, pp. 382-383; I. SEIDL-HOHENVELDERN, «Expropiaciones de Estados extranjeros...», *loc. cit.*, p. 128.

<sup>66</sup> A. QUIÑONES ESCÁMEZ, se refiere también a la toma en consideración de las consecuencias fácticas de la nacionalización, a la hora de examinar el orden público, *vid. Eficacia Internacional...op.cit.*, pp. 254-255.

se trata de resolver un conflicto de leyes sino de reconocer o no efectos en el foro a una decisión que ha sido adoptada por otro Estado. Sin olvidar, además que cuando un Estado nacionaliza una sociedad, se subroga en su personalidad jurídica y en su patrimonio social sin distinciones siempre y cuando exista una vinculación económica suficiente que sirva para la explotación de la empresa. En el caso de las nacionalizaciones de marcas puede conducir además a resultados indeseados para el comercio internacional, tales como competencia desleal y confusión de los propios consumidores ante las cualidades de un producto que designa una misma marca, con diversos titulares.

**64.** El recurso a la técnica conflictual por parte de los tribunales conduce a todo lo contrario: a reconocer la supervivencia de la sociedad nacionalizada en el extranjero sobre la base de ficciones legales y a escindir el patrimonio social de la misma. Y todo ello con el afán de no reconocer las nacionalizaciones realizadas por otros Estados y que puedan afectar los intereses jurídicos, pero también y en ocasiones, políticos y económicos del foro.

**65.** Razón esta que explica, más en ningún caso justifica, que los tribunales, entre ellos el Tribunal Supremo español, en el asunto «Havana Club» ante la ausencia de una normativa específica que resuelva el problema de la eficacia internacional de las nacionalizaciones, sigan recurriendo a la técnica conflictual cuando resulta más que obvio, como ha puesto de manifiesto la doctrina más reciente, que se trata de un problema competencial que se debe situar en el ámbito de la eficacia extraterritorial de decisiones. Si bien en este marco, la verificación de la competencia del Estado nacionalizador ha de efectuarse conforme a un criterio de vinculación jurídico y económica efectiva de la sociedad nacionalizada y el Estado que la nacionaliza, —por tanto, no cabría el recurso a ficciones legales que abogaran por la supervivencia en el extranjero de la sociedad nacionalizada—, y el orden público internacional no podría ser alegado como excepción a la norma de conflicto sino como condición de validez extraterritorial de un acto. Y en este último contexto, solo cabrían dos razones para no reconocer efectos a una nacionalización extranjera, o en otras palabras, para que se vulnerara el orden público internacional: por un lado, que el Estado nacionalizador no hiciera efectiva su obligación de indemnizar a los perjudicados extranjeros con tal medida y por otro, que la medida en sí produjese por su vinculación con el foro efectos perjudiciales sobre el mismo.



# EL CRITERIO DEL *INTERNATIONAL STREAM-OF-COMMERCE* Y LOS FOROS DE COMPETENCIA EN MATERIA DE CONTRATOS ELECTRÓNICOS CELEBRADOS CON CONSUMIDORES

RAÚL LAFUENTE SÁNCHEZ

*Doctor en Derecho, Profesor asociado de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Alicante, Abogado*

Recibido: 20.03.2012 / Aceptado: 12.04.2012

**Resumen:** En la contratación electrónica el consumidor puede activar la protección prevista en el artículo 15.1 c) del Reglamento 44/2001 y demandar ante sus tribunales al prestador de servicios siempre que se cumpla el criterio del *International Stream-of-Commerce*. Este trabajo analiza la aproximación a este criterio llevada a cabo tanto por la jurisprudencia norteamericana cuanto por el TJUE con diferentes resultados. Mientras la reciente doctrina del Tribunal Supremo norteamericano en los asuntos *Nicastro* y *Goodyear* ha limitado su aplicación por considerarlo demasiado expansivo, el TJUE en su Sentencia *Pammer* y *Alpenhof* ha dado un paso más al definir los indicios que acreditan cuando la web de un prestador de servicios ha dirigido su actividad al Estado miembro del domicilio del consumidor, y apostar claramente en favor de la competencia del *forum actoris* en la contratación electrónica *B2C*.

**Palabras clave:** Competencia judicial internacional, Reglamento 44/2001, protección del consumidor, *Forum actoris*, *International Stream-of-Commerce*, actividad dirigida al Estado miembro del domicilio del consumidor, página *web* interactiva, página *web* pasiva.

**Abstract:** In electronic contracting the consumer can activate the protection provided for in article 15.1 (c) of Regulation 44/2001 and sue before his courts to the service provider subject to compliance with the criterion of the *International Stream-of-Commerce*. This paper analyzes the approach to this criterion carried out by both U.S. jurisprudence as of the ECJ with different results. While the recent U.S. Supreme Court doctrine in *Nicastro* and *Goodyear* affairs has limited its application for considering it to be too expansive, the ECJ in its judgment *Pammer* and *Alpenhof* has taken one further step to define the indications that accredit when a service provider website has directed its activity to the Member State of the consumer's domicile and clearly bet for the jurisdiction of the *forum actoris* in electronic contracting *B2C*.

**Key words:** International jurisdictions of courts, Regulation 44/2001, consumer protection, *Forum actoris*, *International Stream-of-Commerce*, activity directed to the Member State of the consumer's domicile, interactive websites, passive *websites*.

**Sumario:** I. Introducción. II. Condiciones para justificar la competencia judicial internacional de los tribunales del domicilio del consumidor. 1. Que la parte contratante ejerza actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor. 2. Que la parte contratante dirija, por cualquier medio, sus actividades comerciales o profesionales al Estado miembro del domicilio del consumidor. III. El criterio del *international stream of commerce* o mercado de conquista. 1. En la jurisprudencia norteamericana. 2. En la jurisprudencia del TJUE. A) La sentencia *Pammer* y *Alpenhof*. a) Hechos. b) La «actividad dirigida a un Estado miembro» como criterio de atribución de

competencia judicial internacional. c) Valoración de los indicios objetivos que permiten considerar que una actividad se ha dirigido al estado miembro del domicilio del consumidor. B) Posibilidad de extender este criterio a otro tipo de acciones o de contratos diferentes a los de consumo. IV. requisitos que ha de reunir una web para que sea de aplicación el criterio del *international stream of commerce*. 1. Página web interactiva del prestador de servicios. 2. Página web pasiva del prestador de servicios. 3. Distinción entre consumidores activos y pasivos. V. ¿Hacia una mayor protección del consumidor en materia de contratos electrónicos? VI. Consecuencias futuras de la doctrina *Pammer* y *Alpenhof* en la aplicación del criterio del *international stream of commerce*.

## I. Introducción

1. El Reglamento 44/2001, como instrumento para determinar la competencia judicial internacional en materia civil y mercantil de los jueces y tribunales españoles dispone de varios foros que protegen al consumidor<sup>1</sup>. En particular, establece normas específicas para determinar la competencia judicial en materia de contratos celebrados por los consumidores en virtud de las cuales el prestador de servicios (la parte contratante, según la redacción del artículo 15 del Reglamento 44/2001) podrá ser demandada ante los tribunales del Estado miembro en el que estuviere domiciliado el consumidor (*forum actoris*). Para ello, impone como condición *sine qua non* que en aquellos contratos que no regulen la venta a plazos de mercaderías, los préstamos a plazos u otras operaciones de crédito vinculadas a la financiación de la venta de tales bienes, es decir, «en los demás casos», la parte contratante que realiza la prestación característica:

- a) ejerza actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor, o
- b) dirija sus actividades comerciales o profesionales, por cualquier medio, al Estado miembro del domicilio del consumidor o a varios Estados miembros, incluido este último, y el contrato estuviere comprendido en el marco de dichas actividades<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> *Vid.*, los artículos 15 al 17 del Reglamento 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (Reglamento Bruselas I) (DO L 12, de 16.01.2001). Sobre los foros de protección del consumidor que establece el Reglamento *Vid.*, entre otros, los siguientes trabajos: R. ARENAS GARCÍA, «Tratamiento jurisprudencial del ámbito de aplicación de los foros de protección en materia de contratos de consumidores del Convenio de Bruselas de 1968», *Revista Española de Derecho Internacional*, 1996-I, pp. 39-70; P. CACHIA, «Consumer contracts in European private international law: The sphere of operation of the consumer contract rules in the Brussels I and Rome I Regulation», *European Law Review*, Vol. 34, N° 3, June 2009, pp. 476-490; J. CARRASCOSA GONZALEZ, «Operaciones internacionales de consumo», en A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZALEZ (DIRS.), *Derecho Internacional privado vol. II*, décimo segunda edición, Granada, Comares, 2011-2012, pp. 807-819; F. CARRILLO POZO, «Competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores», en A. L. Calvo Caravaca (Ed.), *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Universidad Carlos III y BOE, Madrid, 1994, pp. 305-318; E. CASTELLANOS RUIZ, «Las normas de Derecho internacional privado sobre consumidores en la Ley 34/2002 de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2009), Vol. 1, N° 2, pp. 134-159, en <http://www.uc3m.es/cdt>; C. ESPLUGUES MOTA, «Noción de consumidor. Delimitación de la misma en el artículo 13 del Convenio de Bruselas de 1968 sobre competencia judicial internacional, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales, en materia civil y mercantil», *Comunidad Europea Aranzadi*, Año XX, n° 12, 1993, pp. 31-36; F. ESTEBAN DE LA ROSA, *La protección de los consumidores en el mercado interior europeo*, Comares, Granada, 2003; E. FERNÁNDEZ MASIÁ, «Contratos de consumo y competencia judicial internacional en el Reg.44/2001», *Estudios sobre consumo*, num.63, 2002, pp. 9-24; E. GAMBARO / N. LANDI, «Consumer Contracts and Jurisdiction, Recognition and Enforcement of Judgments in Civil and commercial Matters», *European Business Law Review*, 2006-5, pp. 1355-1371; R. LAFUENTE SÁNCHEZ, *Contratos internacionales electrónicos de fondos de inversión*, Madrid, Marcial Pons, 2008; J. NORMAND / F. BALATE, «Relations transfrontalières et consommation: Quels(s) juge(s) et quelle(s) loi(s)?», *Cahiers de Droit Européen*, vol. 26, 1990, pp. 273-351; A. RODRIGUEZ BENOT, «La contratación electrónica en el tráfico externo», en L. COTINO HUESO (coord.), *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 195-199; TAMBURINI, «Unificazione del diritto internazionale privato e tutela del consumatore nel contesto europeo», *Studi M.Giuliano*, Padova, 1989, pp. 869-879; H. UNBERATH / A. JOHNSTON, «The Double-Headed Approach of the ECJ concerning Consumer Protection», *Common Market Law Review*, 2007, pp. 1237-1284; M. VARGAS GOMEZ-URRUTIA, «Protección internacional de los consumidores, contratos y comercio electrónico», en G. A. Botana García (Coord) *Comercio electrónico y protección de los consumidores*, La Ley, Madrid, 2001, p. 637-687.

<sup>2</sup> *Vid.*, el artículo 15 del Reglamento 44/2001.

2. Con estas normas especiales para determinar la competencia judicial internacional en los contratos de consumo el Reglamento pretende garantizar la protección de la parte más débil en la relación contractual evitando así que la otra parte, considerada más fuerte, pueda imponer el tribunal más favorable a sus intereses<sup>3</sup> y que el consumidor se vea abocado a litigar ante los tribunales de este último con los problemas que ello conlleva —desconocimiento del sistema judicial, de la ley aplicable y del idioma del proceso, así como el elevado coste que representa litigar en el extranjero— o que, debido a estas circunstancias, el consumidor desista de ejecutar su derecho a reclamar frente al empresario<sup>4</sup>. Esta protección se complementa con la limitación de la autonomía de la voluntad de las partes para establecer cláusulas de *electio fori* en los contratos de consumo<sup>5</sup>.

3. Así como los Convenios de Bruselas<sup>6</sup> y Lugano<sup>7</sup> —además de los contratos de venta a plazos de mercaderías, de préstamo a plazos o de otra operación de crédito vinculada a la financiación de la venta de tales bienes— limitan el ámbito de aplicación del artículo 13 a los contratos que tengan por objeto una prestación de servicios o un suministro de mercaderías<sup>8</sup>, el Reglamento 44/2001 no acoge esta limitación al utilizar el término «*en todos los demás casos*» sin distinción. Con ello está ampliando el ámbito de aplicación de este precepto al objeto de que todos los contratos en los que intervenga un consumidor, y que cumplan las condiciones antes señaladas, puedan beneficiarse de la aplicación de esta norma de competencia judicial internacional. Huelga, por tanto, la delimitación de los contratos en virtud de su objeto ya que el hecho concluyente no será el objeto del contrato sino el ejercicio de la actividad comercial o profesional, o la dirección de tal actividad, hacia el Estado miembro del domicilio del consumidor.

4. Por otra parte, ya no se requiere que el consumidor realice los actos necesarios para la celebración del contrato en el Estado en el que se encuentra domiciliado, tal y como dispone el artículo 13.3 b) de los CB/CL<sup>9</sup>, siendo irrelevante el lugar en el que se haya concluido el contrato ya sea en el Estado miembro del domicilio del consumidor o en cualquier otro Estado. Lo determinante será que la parte contratante ejerza su actividad comercial o profesional en el Estado del domicilio del consumidor o que

<sup>3</sup> *Vid.*, R. ARENAS GARCÍA, «Tratamiento jurisprudencial del ámbito de aplicación de los foros ...», *loc. cit.*, pp. 41-50. Respecto a la justificación de estas normas especiales por la distinta posición que ocupan las partes en conflicto, *Vid.*, los informes oficiales sobre el Convenio de Bruselas: P. JENARD: Informe sobre el Convenio relativo a la competencia judicial internacional y al reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, firmado en Bruselas el 27 de septiembre de 1968 (DOCE C 189, de 28.07.1990, pp. 122-179); P. SCHLOSSER, Informe sobre el Convenio relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio relativo a la competencia judicial internacional y al reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia (DOCE C 189, de 28.07.1990, pp. 184.256); D. EVRIYENIS Y K.D. KERAMEUS: Informe sobre la adhesión de la República Helénica al Convenio relativo a la competencia judicial internacional y al reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil (DOCE C 189, de 28.07.1990, pp. 257-284); y M. DE ALMEIDA CRUZ, M. DESANTES REAL y P. JENARD: Informe sobre el Convenio relativo a la adhesión del Reino de España y de la República Portuguesa al Convenio relativo a la competencia judicial internacional y al reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil (DOCE C 189, de 28.07.1990, pp. 35-56).

<sup>4</sup> *Vid.*, DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho privado de Internet*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 2011, p. 963.

<sup>5</sup> *Vid.*, R. ARENAS GARCÍA, «Tratamiento jurisprudencial del ámbito de aplicación de los foros ...», *loc. cit.*, pp. 43-45; y A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Conflictos de leyes y conflictos de jurisdicción en internet*, Colex, Madrid, 2001, p. 86.

<sup>6</sup> Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas, el 27 de septiembre de 1968 (DOCE C 27, de 26.01.1990).

<sup>7</sup> Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano, el 16 de septiembre de 1988 (BOE nº 251, de 20.10.1995).

<sup>8</sup> El artículo 13 de los Convenios de Bruselas y Lugano dispone: «*En materia de contratos celebrados por una persona para un uso que pudiere considerarse ajeno a su actividad profesional, en lo sucesivo denominada «el consumidor», la competencia quedará determinada por la presente Sección, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4 y en el punto 5 del artículo 5: 1. cuando se tratare de una venta a plazos de mercaderías; 2. cuando se tratare de un préstamo a plazos o de otra operación de crédito vinculada a la financiación de la venta de tales bienes; 3. para cualquier otro contrato que tuviere por objeto una prestación de servicios o un suministro de mercaderías...*»

<sup>9</sup> Las condiciones que impone el artículo 13.3 de los Convenios de Bruselas y Lugano son que «*a) la celebración del contrato hubiese sido precedida, en el Estado del domicilio del consumidor, de una oferta, especialmente hecha o de publicidad; y b) el consumidor hubiere realizado en este Estado los actos necesarios para la celebración de dicho contrato*».

haya dirigido sus actividades a ese Estado<sup>10</sup>, teniendo en cuenta que el uso de *internet* permite a éste llevar a cabo los actos necesarios para la conclusión del contrato desde cualquier Estado —diferente al de su domicilio— en el que pueda encontrarse temporalmente<sup>11</sup>, y la dificultad que entraña en las transacciones electrónicas la prueba del lugar en el que se realizan los actos necesarios para la celebración del contrato.

5. Consecuentemente, este cambio de criterio que acoge el Reglamento 44/2001 respecto a la determinación de la competencia judicial internacional en los contratos celebrados con consumidores parece especialmente diseñado para proteger al consumidor en los contratos celebrados por medios electrónicos, es decir, en la contratación *Business to Consumer (B2C)*, y tiene su origen en el desarrollo de las nuevas tecnologías y, en particular, de las comunicaciones a través de *internet* que permiten dirigirse virtualmente a múltiples jurisdicciones y facilitan este tipo de contratación pero, al mismo tiempo, incrementan la vulnerabilidad del consumidor frente a la otra parte contratante.

## II. Condiciones para justificar la competencia judicial internacional de los tribunales del domicilio del consumidor

### 1. Que la parte contratante ejerza actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor

6. En la contratación internacional la primera condición que impone el Reglamento 44/2001, para que sean de aplicación las normas especiales de competencia que dispone en materia de contratos celebrados con los consumidores, es que la parte contratante ejerza su actividad en el Estado miembro donde se encuentre domiciliado el consumidor (criterio del «*Doing Business*» en el Derecho internacional privado norteamericano)<sup>12</sup>.

Pese al evidente desequilibrio existente entre las partes en la contratación electrónica *B2C* el cumplimiento de este requisito trata de no desequilibrar la balanza del lado del consumidor, ya que de no aplicar este criterio el prestador de servicios se vería abocado a litigar ante el *forum actoris* por el simple hecho de disponer de una *web* accesible al consumidor —a través de la cual ha contratado— y con independencia de que realizase actividades comerciales o profesionales en el mencionado Estado con el consiguiente beneficio para éste y perjuicio para el primero.

Por el contrario, cuando el prestador de servicios desarrolle sus actividades comerciales o profesionales en el Estado miembro del domicilio del consumidor estará actuando en su mercado natural y tendrá que contemplar entre sus previsiones la posibilidad de ser demandado por el consumidor ante los tribunales de estos países. En estos casos puede afirmarse el cumplimiento del requisito del «*Doing Business*» desde el momento en que resulta probada la comercialización de sus productos entre los consumidores domiciliados en un determinado territorio.

### 2. Que la parte contratante dirija, por cualquier medio, sus actividades comerciales o profesionales al Estado miembro del domicilio del consumidor

7. Ahora bien, cabe la posibilidad de que la parte contratante no ejerza sus actividades comerciales en el Estado miembro del domicilio del consumidor pero desee introducirse en el mismo. Se considera entonces que tiene una vocación clara de penetrar en un mercado que no es su mercado natural (criterio del «*Internacional Stream-of-Commerce*» o mercado de conquista de acuerdo con el Derecho internacional privado norteamericano)<sup>13</sup>. También en estos supuestos, el Reglamento prevé que será

<sup>10</sup> Vid., Y. FARAH, «Allocation of jurisdiction and the internet in EU law», *European Law Review*, Vol. 33, Nº 2, April 2008, pp. 265-266; y M. VARGAS GOMEZ-URRUTIA, «Protección internacional de los consumidores ...», *loc. cit.*, pp. 669-670.

<sup>11</sup> Vid., N. ROSNER, «Internacional Jurisdiction in European Union E-commerce Contracts», en [http://www.llrx.com/features/eu\\_ecom.htm](http://www.llrx.com/features/eu_ecom.htm)

<sup>12</sup> Vid., A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Conflictos de leyes ...; op. cit.*, p. 85.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 85.

competente el foro del domicilio del consumidor y el prestador de servicios habrá de tenerlo en cuenta a la hora de planificar el desarrollo de su actividad.

De este modo, cuando el prestador de servicios oriente su oferta —ya sea a través del correo electrónico o de su página *web*— a los consumidores domiciliados en un país en el que no desarrolla normalmente su actividad, se considera que está tratando de introducirse en un mercado nuevo para él, por lo que se darán las condiciones necesarias para hablar del «*Internacional Stream of Commerce*».

El elemento nuclear de esta cuestión será identificar cuándo se considera que un prestador de servicios domiciliado en el territorio de un Estado miembro, y que desarrolla su actividad a través de la red, está orientando su actividad a otros Estados miembros y ofertando sus servicios a los consumidores allí domiciliados, es decir, dirigiendo su actividad hacia esos Estados miembros. ¿Será necesario que dirija su oferta a los potenciales clientes mediante el envío de comunicaciones electrónicas?, o ¿basta el mero acceso del consumidor al sitio *web* del prestador del servicio donde oferta su actividad comercial o profesional?

8. Si bien el envío de comunicaciones a través del correo electrónico puede cumplir las condiciones necesarias para considerar que el prestador de servicios se ha dirigido al Estado miembro del domicilio del consumidor, el mero acceso del consumidor a su *web* sería cuestionable pues, aunque la *web* no se dirige a una jurisdicción particular sino que es susceptible de ser consultada pasivamente desde cualquier Estado en el que se pueda acceder a *internet*, este hecho no supone necesariamente que su titular esté dirigiendo sus actividades hacia todos esos Estados.

Por consiguiente, parece excesivo que el prestador de servicios pueda verse sometido a la competencia judicial de los tribunales del Estado del consumidor con el que contrató por vía electrónica una actividad comercial o profesional por el mero hecho de que tuviese acceso a su página *web*, siempre que pueda demostrarse que no dirigía sus actividades al Estado miembro donde se encuentra domiciliado el consumidor.

De no ser así, los prestadores de servicios que desarrollen su actividad a través de *internet* podrían verse demandados ante los tribunales de cualquier Estado donde el consumidor que ha accedido a su *web* se encuentre domiciliado y verse abocados al cumplimiento de las disposiciones nacionales de los diferentes Estados miembros. Esto podría generar un efecto negativo en la contratación electrónica y una restricción importante en la comercialización transfronteriza ya que las empresas que no deseen verse sometidas en caso de disputa a la competencia de los tribunales del domicilio del consumidor —por la incertidumbre legal y el coste económico que estas demandas pueden representar—, optarán por no ofertar sus productos a través de *internet* en determinados mercados limitando así las posibilidades de elección para el consumidor<sup>14</sup>.

Esta circunstancia no favorecería la libre prestación de servicios, al contrario, podría fomentar un fraccionamiento del mercado único y la discriminación de los consumidores en función de su domicilio en contra de lo que dispone la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior<sup>15</sup>, si bien es cierto que esta norma permite un tratamiento diferenciado cuando este venga justificado por causas objetivas. En mi opinión, limitar la contratación con consumidores con el fin de evitar posibles demandas ante los tribunales de los Estados donde se encuentran domiciliados podría ser considerado una causa objetiva y no discriminatoria tal y como prevé la mencionada Directiva<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Como señalan A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZALEZ (Dirs.), *Derecho Internacional privado vol. II, op. cit.*, pp. 817-818, la aplicación de este criterio (tesis de la accesibilidad) resulta muy riguroso con los empresarios por lo que el Reglamento 44/2001 no ha acogido esta interpretación; *Id.*, R. LAFUENTE SÁNCHEZ, *Contratos internacionales electrónicos... op. cit.*, p. 340.

<sup>15</sup> El artículo 20 de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 (DO L 376, de 27.12.2006) dispone «1. Los Estados miembros harán lo necesario para que el destinatario no se vea sujeto a requisitos discriminatorios basados en su nacionalidad o en su lugar de residencia. 2. Los Estados miembros harán lo necesario para que las condiciones generales de acceso a un servicio que el prestador ponga a disposición del público no contengan condiciones discriminatorias basadas en la nacionalidad o el lugar de residencia del destinatario, sin que ello menoscabe la posibilidad de establecer diferencias en las condiciones de acceso directamente justificadas por criterios objetivos».

<sup>16</sup> S. MARINO, «I contratti di consumo *on line* e la competenza giurisdizionale in ambito comunitario», *Contratto e impresa/ Europa*, 1/2011, p. 253, afirma que el criterio adoptado por el Reglamento 44/2001 no resulta eficiente en un mercado único

9. La solución a este conflicto pasa por definir los mercados en los que los prestadores de servicios desean actuar dirigiendo a los mismos sus actividades de manera voluntaria, si bien hay que considerar que en el ámbito de la Unión Europea las empresas deberían valorar si la renuncia a contratar electrónicamente con consumidores domiciliados en otros Estados miembros, con el fin de evitar posibles demandas ante sus tribunales, compensa la pérdida de actividad que pueden sufrir en esos mercados, teniendo en cuenta la existencia de diversos instrumentos normativos que facilitan la solución de litigios transfronterizos en el territorio de la Unión Europea en caso de conflicto<sup>17</sup>.

De esta forma, confirmar que la parte contratante ha orientado sus actividades a uno o varios Estados miembros y, por ende, a los consumidores allí domiciliados implicará el análisis de aspectos más concretos y específicos tales como las ofertas y publicidad que realice, el perfil de los consumidores a los que dirige sus productos o servicios, el idioma utilizado en la redacción de la *web* y la documentación que incorpora en la misma, la moneda utilizada para efectuar sus transacciones o las contrataciones reales efectuadas en ese Estado o Estados en los últimos tiempos.

En definitiva, la carga de la prueba para demostrar que el prestador del servicio ha dirigido su actividad hacia un determinado país recaerá sobre el consumidor que pretenda invocar la protección conferida por los artículos 15 y 16 del Reglamento 44/2001<sup>18</sup>.

### III. El criterio del *international stream of commerce* o mercado de conquista

10. De acuerdo con este criterio procedente del Derecho internacional privado norteamericano se considera que los prestadores de servicios que pretenden conquistar un determinado mercado, alentados por las potenciales ventajas que en el mismo van a obtener, actúan creando una corriente de comercio internacional que se manifiesta en concretos y específicos actos de comercio hacia el país del mercado de conquista<sup>19</sup>.

En estos casos, resulta manifiesto que la ley de ese país presentará los vínculos más estrechos con los contratos que el prestador de servicios lleve a cabo con los consumidores domiciliados en el mismo como resultado de la corriente de comercio internacional activada. Esto significa que debe conocer los riesgos que implica competir en ese mercado extranjero y, entre ellos, la posibilidad de que en caso de conflicto resulte demandado ante sus tribunales por el hecho de haber vendido sus productos o prestado sus servicios allí cumpliendo así el criterio del *International Stream of Commerce*.

La consecuencia directa de la aplicación de este criterio será que el prestador de servicios no podrá imponer pactos de sumisión expresa a los tribunales de su país con la finalidad de concentrar todos sus litigios ya que, de hacerlo, no resultarán operativos en los contratos de consumo<sup>20</sup>.

---

donde los prestadores han de desarrollar su actividad sin ningún tipo de discriminación por razones geográficas. Cfr. D. J.B. SVANTESSON, «*Pammer and Hotel Alpenhof – ECJ decisión creates further uncertainty about when e-businesses «direct activities» to a consumer's estate under the Brussels I Regulation»*, *Computer Law & Security Review*, 27 (2011) pp. 303, quien considera que no se produce tal discriminación sino, en todo caso, una discriminación basada en la localización geográfica del consumidor en el momento de la contratación.

<sup>17</sup> Vid., en este sentido, el Reglamento (CE) n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados (DO L 143 de 30.4.2004); el Reglamento (CE) n° 1896/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo (DO L 399 de 30.12.2006); el Reglamento (CE) n° 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía (DO n° L 199 de 31.07.2007); así como el propio Reglamento 44/2001.

<sup>18</sup> Vid., A. L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento de Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2009), Vol. 1, N° 2, p. 100, en <http://www.uc3m.es/cdt>

<sup>19</sup> Vid., A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Conflictos de leyes...*, op. cit., pp. 88-89; y J. CARRASCOSA GONZALEZ, «Contratos internacionales, prestación característica y la teoría de la *Stream-Of-Commerce*», en A.-L. CALVO CARAVACA / P. BLANCO-MORALES LIMONES, *Globalización y Derecho*, Ed. Colex, Madrid, 2003, pp. 113-114.

<sup>20</sup> Vid., al respecto, las limitaciones que impone el artículo 17 del Reglamento 44/2001 al objeto de establecer acuerdos atributivos de competencia entre las partes en los contratos celebrados por los consumidores. En la doctrina, Vid., por todos, DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho privado ...*, op. cit., p. 964.

## 1. En la jurisprudencia norteamericana

11. En la jurisprudencia norteamericana no existe una línea bien definida respecto a los límites en la aplicación del criterio del *International Stream of Commerce*. Si bien en los años 80 fue defendido por el Tribunal Supremo de Estados Unidos en el asunto *World-Wide Volkswagen Corporation*<sup>21</sup>, en 1987, a raíz de la Sentencia *Asahi Metal Industry*<sup>22</sup>, el Tribunal Supremo matizó su aplicación argumentando que para que el demandante —adquirente del producto— pudiese invocar la protección de los tribunales de su Estado era exigible no solo que el producto de una empresa alcanzase el *forum* del demandante sino también que el vendedor hubiese dirigido sus actividades a dicho mercado. A partir de ese momento este criterio ha sido objeto de un gran debate por lo que durante muchos años se ha esperado una nueva decisión del Tribunal Supremo norteamericano en la que clarificase las incertidumbres generadas al socaire de este criterio, especialmente a raíz de las diferentes opiniones vertidas por sus jueces en la citada Sentencia *Asahi*.

12. Esta decisión se ha producido recientemente en los asuntos *Nicastro*<sup>23</sup> y *Goodyear*<sup>24</sup> donde el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de interpretar de nuevo este criterio y establecer ciertos límites al mismo por considerarlo demasiado expansivo. El Tribunal considera que para aplicar el *International Stream of Commerce* no basta que el vendedor haya previsto la posibilidad de que sus productos alcancen el mercado de conquista sino que, además, ha de confluír su voluntad manifiesta de dirigir los productos hacia ese mercado. Añade, además, que cada caso ha de ser evaluado de forma individualizada («*personal jurisdiction requires forum-by-forum analysis*») atendiendo a sus circunstancias, no pudiendo aplicarse este criterio de forma generalizada.

Sin embargo, lejos de conseguir el objetivo de clarificar este criterio tal vez con estas nuevas decisiones el Tribunal ha podido contribuir a incrementar las dudas existentes debido a la ausencia de consenso y a las opiniones contradictorias emitidas por sus jueces —así, mientras cuatro de ellos eran partidarios de aplicar de forma restrictiva este criterio, otros tres pretendían mantener el estándar existente en la Sentencia *Asahi* y los dos restantes parecían indecisos<sup>25</sup>.

Por otra parte, resulta muy interesante la referencia que hace el Tribunal en el asunto *Nicastro* a la contratación electrónica, planteando la dificultad añadida que entraña valorar la intención del vendedor de dirigir su actividad a otros mercados en el entorno del comercio electrónico donde, por las especiales características que aportan los medios electrónicos, las páginas *web* son accesibles en todo el planeta y sus productos y servicios se ofertan a nivel mundial.

Sin duda alguna, esta declaración va a tener implicaciones significativas en el desarrollo de la futura jurisprudencia norteamericana en materia de la «*personal jurisdiction*», pues anuncia una interpretación más restrictiva del criterio del *Internacional Stream of Commerce* en el ámbito de la contratación electrónica *B2C*.

Finalmente, considero muy significativa la mención de las tres Jueces del Tribunal Supremo —a través de su voto particular en el que discrepan de la Sentencia— al Reglamento 44/2001 y, en particular, a su artículo 5.3, si bien el mencionado precepto se refiere a la competencia judicial en materia delictual o cuasidelictual<sup>26</sup>. Comparando los criterios de atribución de competencia judicial internacional previs-

<sup>21</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, *World-Wide Volkswagen Corporation*, 444 U.S. 286 (1980), en <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/444/286/case.html>

<sup>22</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, *Asahi Metal Industry Co. v. Superior Court of California*, 480 U.S. 102 (1987), en <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/480/102/case.html>

<sup>23</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, *J. McIntyre Machinery, Ltd. v. Nicastro*, Nº 09-1343, 546 U.S. (2011), en <http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-1343.pdf>

<sup>24</sup> Sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, *Goodyear Dunlop Tires Operations, S.A. v. Brown*, Nº 10-76, 546 U.S. (2011), en <http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/10-76.pdf>

<sup>25</sup> *Vid.*, al respecto, A. B. MORRISON, «The impacts of *McIntyre* on minimum contacts», *Arguendo, The George Washington Law Review*, October 2011, Vol. 80, p. 12; y T. D. PETERSON, «The timing of minimum contacts after *Goodyear* and *McIntyre*», *Arguendo, The George Washington Law Review*, September 2011, Vol. 80, p. 39.

<sup>26</sup> El artículo 5.3 del Reglamento 44/2001 dispone que en materia delictual o cuasidelictual las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro «...ante el tribunal del lugar en el que se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso».

tos en los ordenamientos jurídicos la Unión Europea y de Estados Unidos, su conclusión es que en el supuesto de no aplicarse el criterio del *International Stream of Commerce* los demandantes norteamericanos se encontrarían en desventaja respecto a los europeos en virtud del foro de competencia previsto en el mencionado artículo 5.3 del Reglamento 44/2001.

En resumen, lo determinante será la concurrencia de la voluntad clara y manifiesta del vendedor de dirigir su actividad hacia el mercado de conquista, lo que ha venido a denominarse «*the targeting-based test*». Sin embargo, el Tribunal Supremo norteamericano sigue sin esclarecer qué actividades pueden considerarse suficientes para acreditar esa voluntad del vendedor, habiendo perdido una ocasión magnífica para identificar el tipo de contactos (*minimum contacts*) relevantes al objeto de aplicar el *International Stream of Commerce* —por ejemplo, en lo que respecta a las ventas en el mercado de conquista, la frecuencia, el volumen o los ingresos generados que se consideran determinantes—, por lo que habrá que esperar a futuras decisiones más clarificadoras en esta materia. Entretanto, y en ausencia de un criterio claro y único, los tribunales inferiores se verán abocados a seguir adoptando decisiones inconsistentes respecto a la interpretación de este criterio<sup>27</sup>.

**13.** En el ámbito de la contratación electrónica con consumidores, con excepción de la referencia ya mencionada en el asunto *Nicastro*, no existe ningún precedente en la doctrina del Tribunal Supremo norteamericano respecto a la aplicación del criterio del *International Stream of Commerce*, ya que la interpretación del mismo se ha circunscrito a supuestos de responsabilidad del fabricante por daños derivados de sus productos con el fin de justificar la competencia de los tribunales del Estado al que dirigía su actividad y en el que se encontraba domiciliado el destinatario de la misma.

A pesar de ello, el debate y posterior generación de doctrina jurisprudencial respecto a las cuestiones de competencia judicial internacional en el ámbito de la contratación electrónica *B2C* ha llegado mucho antes en Estados Unidos que en la Unión Europea, y lo ha hecho de la mano de las decisiones de los diferentes Tribunales Federales de Distrito entre las que es posible distinguir dos líneas bien diferenciadas.

**14.** Siguiendo la primera de ellas, los tribunales se han declarado competentes para conocer de una acción en aquellos supuestos en los que el proveedor realiza publicidad a través de su página *web* dirigida al foro donde ya había celebrado otros contratos. Precisamente, en el asunto *Inset Systems, Inc.*<sup>28</sup>, donde se planteaba por vez primera la determinación de la competencia judicial en el ámbito de *internet*, el Tribunal de Distrito de Connecticut ponía de manifiesto que con el cumplimiento de estos criterios actuaba la regla del «*Doing Business*» pues el prestador deseaba dirigir su actividad comercializadora hacia un determinado mercado. Además, el Tribunal consideraba que la existencia de la *web* del demandado, y los múltiples accesos a la información contenida en la misma por parte de los potenciales consumidores domiciliados en el Estado hacia el que el demandado dirigía su actividad, constituían contacto mínimo suficiente con el foro del consumidor al objeto de justificar la competencia del mismo<sup>29</sup>.

**15.** Posteriormente, a partir de la Sentencia *Bensuan Restaurant Corporation*<sup>30</sup> los Tribunales de Distrito adoptaron una línea interpretativa más restrictiva y se pueden encontrar numerosas decisiones

<sup>27</sup> *Vid.*, T. D. PETERSON, «The timing of minimum contacts ...», *loc. cit.*, p. 39; K.M. WATTERSON and P. H. FORSTER, «Due Process Requires That a Defendant Purposefully Target Activities Toward a Particular State in Order To Be Subject to Jurisdiction There», June 2011, en [http://www.reedsmith.com/library/search\\_library.cfm?WidCall1=CustomWidgets.content\\_view\\_printfriendly&cit\\_id=31669](http://www.reedsmith.com/library/search_library.cfm?WidCall1=CustomWidgets.content_view_printfriendly&cit_id=31669); y S. WILSKE, «A New Era or just a respite? U.S. Supreme Court Stops Jurisdiction over foreign manufacturers from spiraling out of control», October 2011, en <http://www.genre.com/sharedfile/pdf/CasualtyMattersInt201110-en.pdf>.

<sup>28</sup> Sentencia del *United States District Court, D. Connecticut*, de 17 de abril de 1996. Caso *Inset Systems, Inc. v. Instruction Set, Inc.*, 937 F. Supp. 161 (D. Conn. 1996), en <http://www.internetlibrary.com/pdf/Inset-Systems-Instruction-Set.pdf>

<sup>29</sup> *Vid.*, Y. A. TAMAYO, Y. A. TAMAYO, «Who? What? When? Where? Personal Jurisdiction and the World Wide Web», *The Richmond Journal of Law and Technology*, vol. IV, Issue 3, Spring 1998, pp. 3-4; y M. J. DUNNE y A.L. MUSACCHIO, «Jurisdiction Over the Internet», *The Business Lawyer*, vol. 54, November 1998, pp. 391-392.

<sup>30</sup> Sentencia del *United States District Court, S.D. New York*, de 9 de septiembre de 1996, Caso *Bensuan Restaurant Corporation v. Richard B. King*, 937 F. Supp. 295, en <http://bulk.resource.org/courts.gov/c/F3/126/126.F3d.25.96-9344.1383.html>. *Vid.*, al respecto, Y. A. TAMAYO, «Who? What? When? Where? ...», *loc. cit.* pp. 6-7; y M. J. DUNNE y A.L. MUSACCHIO, «Jurisdiction Over ...», *loc. cit.*, pp. 389-391.



que se dirigen en la otra dirección, al considerar que la mera existencia de una página *web* pasiva no es suficiente justificación para que el titular de la misma deba quedar sujeto a la jurisdicción de cualquier parte contratante que tenga acceso a la misma.

En esta Sentencia, donde se dilucidaba si la existencia de una página *web* pasiva en *internet* resultaba suficiente para establecer contactos mínimos con el foro, y de este modo permitir a los tribunales del Estado de residencia de la otra parte contratante declararse competente frente a la demanda presentada ante el titular de la página *web*, el Tribunal de Distrito de Nueva York se refería a la existencia de contactos mínimos con el foro y señalaba la necesidad de analizar la naturaleza de la *web* en cuestión, pues la mera existencia de un «sitio *web*» al que pueda acceder cualquier persona no es suficiente para conferir jurisdicción sobre un demandado ya que: «*Creating a site, like placing a product into the stream of commerce, may be felt nationwide –or even worldwide- but, without more, it is not an act purposefully directed toward the forum State*»

16. Siguiendo esta línea doctrinal existen otras sentencias muy significativas. Por ejemplo, la adoptada en el asunto *Zippo Manufacturing Co*<sup>31</sup>, donde el Tribunal de Distrito de Pennsylvania declaró que no bastaba la existencia de una *web* y que ésta fuese accesible desde cualquier mercado para que su titular quedase sometido a los tribunales del foro del demandante y aceptaba su competencia basándose en que el demandado había concluido contratos con varios residentes en el Estado de su jurisdicción. Establecía, de esta manera, una clara distinción entre las páginas *web* pasivas —como elemento insuficiente para atribuir la competencia a los tribunales del domicilio del consumidor— y las páginas *web* interactivas —en cuyo caso el prestador del servicio sí quedaría sometido a los tribunales del foro del consumidor— (*the Passive versus Active Test*).

En este sentido, señalaba el Tribunal: «*At one end of spectrum are situations where a defendant clearly does business over the Internet. If the defendant enters into contracts with residents of a foreign jurisdiction that involve the knowing and repeated transmissions of computer files over the internet, personal jurisdiction is proper. At the opposite end are situations where a defendant has simply posted information on an internet web site which is accessible to users in foreign jurisdictions. A passive web sites that does little more than make information available to those who are interested in it is not grounds for the exercise of personal jurisdiction. The middle ground is occupied by interactive web sites, where a user can exchange information with the host computer. In these cases, the exercise or jurisdiction is determined by examining level of interactivity and commercial nature of the exchange of information that occurs on the web site*».

17. Por su parte en la sentencia *Cybersell Inc.*<sup>32</sup>, el Tribunal de apelación (*United States Court of Appeals for the Ninth Circuit*) negaba la jurisdicción del tribunal del demandante argumentando que el único contacto del demandado con el foro había sido el mantenimiento de su página *web* pero que el mismo no había dirigido sus actividades comerciales a través de su *web* al domicilio del demandante. En fin, la *web* del demandado no era una *web* activa ya que se limitaba a ofrecer en la misma un número de teléfono local de Florida donde se encontraba establecida la empresa para que llamasen al mismo los posibles interesados en los servicios publicitados en la *web*. Esta circunstancia no acreditaba la realización de acciones publicitarias dirigidas al Estado de Arizona por lo que, de nuevo, el Tribunal reiteraba la idea ya expresada en el asunto *Zippo* y advertía que no bastaba con el mantenimiento de una página *web* pasiva sino que se requería algo más.

<sup>31</sup> Sentencia del *United States District Court for the Western District of Pennsylvania*, de 16 de enero de 1997. Caso *Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com, Inc.*, 952 F. Supp. 1119 (W.D. Pa. 1997), en [http://apps.americanbar.org/litigation/litigationnews/top\\_stories/docs/zippo.pdf](http://apps.americanbar.org/litigation/litigationnews/top_stories/docs/zippo.pdf). *Vid.*, al respecto, M. J. DUNNE y A.L. MUSACCHIO, «Jurisdiction Over ...», *loc. cit.*, p. 395; y M. CHISSICK y A. KELMAN, *Electronic Commerce, Law and Practice*, 3ª edición, Sweet & Maxwell, London, 2002, pp. 124-125.

<sup>32</sup> Sentencia del *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit*, de 2 de diciembre de 1997. Caso *Cybersell Inc. an Arizona corporation v. Cybersell Inc. a Florida corporation and others*, 130 F.3d 414 (9th Cir. 1997), en <http://bulk.resource.org/courts.gov/c/F3/130/130.F3d.414.96-17087.html>. *Vid.*, al respecto, M. J. DUNNE y A.L. MUSACCHIO, «Jurisdiction Over ...», *loc. cit.*, p. 395.

18. Sin embargo, aún cuando los Tribunales de Distrito han elaborado una jurisprudencia bien definida respecto a la distinción entre páginas *web* interactivas y pasivas, y a pesar de la amplia aceptación que ha tenido la doctrina *Zippo*, en los últimos tiempos los Tribunales de Distrito han limitado la aplicación de este criterio, tal y como recientemente ha hecho el Tribunal Supremo en sus asuntos *Nicastro* y *Goodyear*, utilizando otros criterios más allá del «*Passive versus Active Test*», es decir, de la simple distinción entre páginas *web* interactivas y pasivas. En definitiva, se han mostrado cada vez más reticentes a aplicar la doctrina *Zippo* en favor de la aplicación de un nuevo principio basado en la voluntad del prestador de servicios de dirigir su actividad hacia el mercado de conquista

Un buen ejemplo de ello lo constituye la Sentencia del *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit* en el asunto *Panavision International*<sup>33</sup>, donde señalaba que resulta esencial que el demandado tenga la voluntad de dirigir su actividad de manera indubitada hacia el Estado del foro y que la demanda tenga su origen en la actividad desarrollada por el prestador del servicio en el Estado del foro. En definitiva, se ha de evaluar la intencionalidad del prestador de servicios y valorar las actuaciones que ha llevado a cabo con el fin de dirigirse a una jurisdicción o evitar la misma (*the targeting-based análisis*)<sup>34</sup>.

Sin embargo, al igual que sucede con la doctrina del Tribunal Supremo, los Tribunales de Distrito siguen sin identificar un elenco de indicios o criterios que pongan de manifiesto la voluntad del prestador de servicios de dirigir su actividad al Estado de conquista.

19. En fin, a la vista de la importancia que el Tribunal Supremo parece conceder a los «contactos físicos» con el foro (*minimum contacts*) en su Sentencia *Nicastro*, resultan evidentes las dificultades que entraña delimitar la aplicación del *International Stream of Commerce* en las demandas que tengan su origen en la contratación electrónica pues, como es bien sabido, las actividades desarrolladas a través de *internet* no suelen presentar contacto físico con el foro del demandante<sup>35</sup>.

## 2. En la jurisprudencia del TJUE

### A) La Sentencia *Pammer y Alpenhof*<sup>36</sup>

#### a) Hechos

20. Esta Sentencia tiene su origen en dos supuestos bien delimitados, el primero de ellos se refería a la contratación a través de *internet* de un viaje en carguero desde Trieste (Italia) hasta Asia Oriental. El Sr. Pammer, ciudadano domiciliado en Austria, reservó el mencionado viaje con la empresa *Reederei Kart Schlüter GMBH & Co KG*, con domicilio social en Alemania, a través de la *web* de la sociedad intermediaria *Internationale Frachtschiffreisen Pfeiffer GMBH* domiciliada en Alemania. Posteriormente, al considerar que las condiciones del buque en el que debía embarcar no se correspondían con las que el prestador del servicio indicaba en su *web*, el Sr. Pammer decidió no embarcar y solicitó la devolución del importe que ya había abonado por el mencionado viaje.

Al no obtener el reembolso total del pago, el Sr. Pammer demandó a la empresa *Reederei Kart Schlüter GMBH & Co KG* ante el Tribunal de primera instancia austriaco y ésta interpuso una excepción de incompetencia por falta de jurisdicción internacional del Tribunal austriaco por considerar que no ejercía ninguna actividad profesional o mercantil en Austria. Esta excepción fue rechazada por el Tribu-

<sup>33</sup> Sentencia del *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit*, de 17 de abril de 1998. Caso *Panavision International L.P. v. Toeppen*, 141 F 3d 1316, 1320 (9<sup>th</sup> Cir. 1998), en [http://scholar.google.com/scholar\\_case?case=18039958431907373662&q=141+F.3d+1316&hl=en&as\\_sdt=2002](http://scholar.google.com/scholar_case?case=18039958431907373662&q=141+F.3d+1316&hl=en&as_sdt=2002). Vid., M. J. DUNNE y A.L. MUSACCHIO, «Jurisdiction Over ...», *loc. cit.*, pp. 396-397.

<sup>34</sup> En relación al análisis del «*Targeting Test*» en la jurisprudencia de los Tribunales de Distrito norteamericanos, Vid., el trabajo de M. A. GEIST, «Is there a there there? Towards greater certainty for Internet jurisdiction», 16 *Berkeley Technology Law Journal*, pp. 1345-1406 (2002), en <http://www.law.berkeley.edu/journals/btlj/articles/vol16/geist/geist.pdf>

<sup>35</sup> Vid., A. B. MORRISON, «The impacts of *McIntyre* ...», *loc. cit.*, p. 1.

<sup>36</sup> Sentencia del TJUE, de 7 de diciembre de 2010, *Pammer y Hotel Alpenhof*, en los asuntos acumulados C-585/08 y C-144/09, *Rec. . Rec.* 2010, p. I-12527.

nal de instancia alegando que se trataba de un contrato de consumo y que la demandada había llevado a cabo su actividad promocional en Austria a través de la *web* de su sociedad intermediaria *Internationale Frachtschiffreisen Pfeiffer GMBH*. Sin embargo, el órgano jurisdiccional de apelación, el *Landesgericht Krems an der Donau*, calificó el contrato en cuestión como un contrato de transporte y no de consumo, tal y como contempla la Sección 4 del Reglamento 44/2001, y revocó esta decisión aduciendo que los tribunales austriacos no eran competentes.

En el posterior recurso de casación interpuesto por el Sr. Pammer, ante el *Oberster Gerichtshof*, este órgano planteó ante el TJUE una cuestión prejudicial con el fin de «conocer los requisitos que debe reunir una página *web* para que pueda considerarse que las actividades desarrolladas por el vendedor están dirigidas al Estado miembro del consumidor» en el sentido del artículo 15.1 c) del Reglamento 44/2001.

**21.** El segundo asunto se planteó a raíz de la reserva de varias habitaciones en el Hotel *Alpenhof*, situado en Austria, efectuada por el Sr. Heller, ciudadano residente en Alemania, a través del correo electrónico que figuraba en la *web* del mencionado hotel. Tras haber disfrutado de su estancia en el Hotel, el Sr. Heller se marchó sin pagar la factura por considerarse insatisfecho con los servicios recibidos por lo que el Hotel *Alpenhof* demandó al Sr. Heller ante un Tribunal austriaco, el *Bezirksgericht Sankt Johann im Pongau*. Ante esta demanda, el Sr. Heller interpuso una excepción de incompetencia al considerar que en su calidad de consumidor, y en virtud del artículo 15 del Reglamento 44/2001, solo podía ser demandado ante los tribunales alemanes por ser el Estado en el que se encontraba domiciliado.

Aplicando este criterio el Tribunal de instancia se declaró incompetente y lo mismo sucedió con el Tribunal de segunda instancia, el *Landesgericht Salzburg*, por lo que el Hotel *Alpenhof* interpuso recurso de casación ante el *Oberster Gerichtshof* que suspendió el procedimiento y planteó ante el TJUE la siguiente cuestión prejudicial: «¿Basta con que se pueda acceder a través de Internet a la página *web* del cocontratante del consumidor para que pueda afirmarse que la actividad está dirigida a un Estado, en el sentido del artículo 15.1 c) del Reglamento 44/2001?»

## **b) La «actividad dirigida a un Estado miembro» como criterio de atribución de competencia judicial internacional**

**22.** Hasta la Sentencia *Pammer y Alpenhof*, el TJUE no había tenido ocasión de analizar la expresión «*dirigiese tales actividades a dicho Estado miembro o a varios Estados miembros*» prevista en el artículo 15.1 c) del Reglamento 44/2001 ya que, como he señalado, se trata de un término novedoso en relación a la redacción del artículo 13 del CB/CL donde se requiere que el prestador haya efectuado una «oferta» o «publicidad» en el domicilio del consumidor y que éste haya realizado en ese Estado los actos necesarios para la celebración de dicho contrato.

**23.** En este sentido, resulta interesante recordar el texto de la Propuesta inicial del Reglamento 44/2001 en el que la Comisión señalaba que la comercialización de bienes o servicios por un medio electrónico accesible en un Estado miembro constituía una «actividad dirigida a dicho Estado»<sup>37</sup>. Sin embargo, esta redacción no prosperó y fue modificada por el Parlamento Europeo que consideró excesivas estas condiciones porque las mismas podrían condenar a los prestadores de servicios a verse demandados ante los tribunales de cualquier jurisdicción donde su *web* fuese accesible.

Por lo tanto, hasta la Sentencia *Pammer y Alpenhof* el criterio que servía como guía era la Declaración conjunta del Consejo y la Comisión relativa al artículo 15 del Reglamento 44/2001 en la que ambas instituciones afirmaban que «el mero hecho de que un sitio Internet sea accesible no basta para que el artículo 15 resulte aplicable, aunque se dé el hecho de que dicho sitio invite a la celebración de

<sup>37</sup> *Vid.*, el Considerando 13 de la Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Documento COM (1999) 348 final, de 7.09.1999 (DOCE C 376 E, de 28.12.1999).

*contratos a distancia y que se haya celebrado efectivamente uno de estos contratos a distancia, por el medio que fuere. A este respecto, la lengua o la divisa utilizada por un sitio Internet no constituye un elemento pertinente»<sup>38</sup>.*

Con ello se cumple el objetivo de proteger al consumidor siempre que el contrato celebrado con un prestador de servicios presente vínculos suficientes con el Estado miembro en el que se encuentra domiciliado. *A sensu contrario*, garantiza al prestador de servicios que en ausencia de una conexión suficiente con el Estado del domicilio del consumidor, porque su actividad no se ha dirigido a ese mercado, no se verá sometido a los tribunales de dicho Estado.

**24.** En esta Sentencia, el TJUE ha tenido ocasión de analizar por primera vez los requisitos que ha de reunir la página *web* de un prestador de servicios para que pueda considerarse que sus actividades se dirigen al Estado miembro en el que se encuentra domiciliado el consumidor y determinar de ese modo el órgano jurisdiccional competente en caso de conflicto.

La Sentencia es importante por cuanto el Reglamento 44/2001 no define la noción de «actividad dirigida a otros Estados miembros»<sup>39</sup>. Se trata de un concepto que ha de interpretarse de forma autónoma<sup>40</sup>, teniendo en cuenta que el artículo 15. 1 c) del Reglamento 44/2001 ha asumido la tarea de protección del consumidor como parte más débil en la relación contractual en los contratos *B2C* que antes venía atribuida al artículo 13 del CB/CL<sup>41</sup>. De este modo, al socaire de las cuestiones prejudiciales planteadas por los tribunales nacionales, el TJUE ha tenido la oportunidad de delimitar el umbral de exigencia que se ha de aplicar para considerar que la página *web* de un prestador de servicios dirige su actividad a los consumidores domiciliados en otro Estado miembro.

Por otra parte, si bien la Sentencia se refiere a supuestos donde se dilucidaba la competencia judicial internacional no es menos cierto que los criterios adoptados por el TJUE son extrapolables al ámbito de la ley aplicable a las obligaciones contractuales, por lo que resultará de gran ayuda a la hora de interpretar el artículo 6.1 b) del Reglamento Roma I y, en particular, la ley aplicable a los contratos de consumo<sup>42</sup>.

**25.** El hecho concluyente para definir este concepto ha de ser la voluntad del prestador del servicio de acceder y dirigir su actividad a otros mercados (*Internacional Stream of Commerce*) adoptando las medidas necesarias para conseguir un fin eminentemente económico. Teniendo en cuenta que no todos los elementos que coadyuvan al cumplimiento de ese fin tienen un efecto económico —por ejemplo, el nombre de dominio, la dirección de correo electrónico o el idioma utilizado en la *web*— se puede concluir que todo gira alrededor de la voluntad del prestador del servicio<sup>43</sup>.

Justamente, cabe plantearse aquí si resulta suficiente que el prestador de servicios manifieste su voluntad de dirigir sus actividades a otro Estado miembro y, de ser así, cómo ha de exteriorizar la misma ¿basta que sea de forma tácita o se requiere una manifestación expresa a través de la *web*?

<sup>38</sup> *Vid.*, la Declaración conjunta del Consejo y de la Comisión relativa a los artículos 15 y 73 del Reglamento 44/2001, Documento 13742/00, en [http://ec.europa.eu/civiljustice/homepage/homepage\\_ec\\_es\\_declaration.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/homepage/homepage_ec_es_declaration.pdf)

<sup>39</sup> Tampoco incorpora ninguna definición al respecto el texto presentado para modificar el actual Reglamento 44/2001, cuyo artículo 15 conserva su redacción actual. *Vid.*, al respecto la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, Doc. COM (2010) 748 final, de 14.12.2010.

<sup>40</sup> Tal y como ha tenido ocasión de confirmar el TJUE en sus Sentencias de 11 de julio de 2001, *Gabriel*, C-96/00, *Rec.* 2002 p. I-6367, en su apartado 37, y de 14 de mayo de 2009, *Ilseger*, C-180/06, *Rec.* 2009 p. I-3961, en su apartado 41; y como también se pone de manifiesto en el considerando 19 del propio Reglamento 44/2001. Por su parte, en las Conclusiones de la Abogada General, Sra. Trstenjak, en el Asunto *Pammer y Hotel Alpenhof*, ésta considera que para llevar a cabo esta interpretación han de tomarse en consideración cuatro criterios: la interpretación literal, la interpretación teleológica, la interpretación histórica y la interpretación sistemática de dicho concepto. *Vid.* al respecto, el apartado 62 de las Conclusiones.

<sup>41</sup> Así se pone de manifiesto en la doctrina del TJCE. *Vid.*, al respecto, sus Sentencias de 20 de enero de 2005, *Gruber*, C-464/01, *Rec.* 2005 p. I-439, apartado 34; y *Engler* C-27/02, *Rec.* 2005, p. I-481, apartado 39.

<sup>42</sup> Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DOCE L 177, de 4.07.2008).

<sup>43</sup> *Vid.*, F. F. WANG, *Internet Jurisdiction and Choice of Law: Legal practices in the EU, US and China*, Cambridge University Press, 2010, p. 62.

Para dar respuesta a este interrogante el TJUE procede a interpretar este concepto definiendo y acotando los indicios que puedan aseverar que el prestador se ha esforzado activamente en captar clientes domiciliados en otros Estados miembros, en definitiva, que sea este el objetivo y el resultado de su actuación<sup>44</sup>.

26. Ahora bien, cabe sugerir en este punto la posibilidad de que un prestador de servicios no tuviese como objetivo dirigir sus actividades hacia los consumidores establecidos en otro Estado miembro y, sin embargo, el resultado final fuese la captación de los mismos. En estos casos, la ausencia de este objetivo tendría que llevar aparejada la no concurrencia de los indicios a los que se refiere el TJUE en su Sentencia por lo que sería factible distinguir entre objetivo y resultado y concluir que, en ausencia de un objetivo claro y de indicios que así lo justifiquen, el prestador del servicio no habría dirigido sus actividades hacia el Estado del domicilio del consumidor<sup>45</sup>.

Consecuentemente, el hecho de que una página *web* sea accesible no basta *per se* para que resulte aplicable el artículo 15.1 c) del Reglamento 44/2001, ya que si el legislador hubiese querido que la mera existencia o accesibilidad a la página *web* del prestador de servicios fuese indicio suficiente para considerar que éste dirige sus actividades a cualquier Estado miembro desde el que el consumidor pueda acceder a la misma, podría haber adoptado una redacción diferente a la actualmente existente pero no fue así<sup>46</sup>. Será necesario, por tanto, que concurran una serie de indicios objetivos para poder afirmar que ha dirigido sus actividades hacia el Estado del domicilio del consumidor.

*A sensu contrario*, cuando la *web* del prestador de servicios permita la contratación con los consumidores domiciliados en otro Estado miembro habrá que entender que ha dirigido su actividad a ese mercado, salvo que en la mencionada *web* se excluya expresamente a ese Estado y a sus consumidores como destinatarios de las actividades en ella ofertadas<sup>47</sup>.

27. Entre las medidas que pueden adoptarse para evitar las relaciones con el foro del consumidor cabe destacar las siguientes: a) la inclusión de *disclaimers* o cláusulas de exención de responsabilidad en la *web* —de forma bien visible y accesible a los consumidores que visiten la misma— en los que advierta sobre la limitación de su actividad respecto a determinados Estados o mercados y, por ende, a los consumidores domiciliados en los mismos<sup>48</sup>; b) la adopción de medidas que restrinjan o impidan técnicamente el acceso a los contenidos de una página *web* a los consumidores de un determinado Estado o área geográfica, tal y como hoy en día permite llevar a cabo la evolución tecnológica de *internet*<sup>49</sup>; c) la instalación en la *web* de un sistema de identificación, limitado a los mercados con los que el prestador de servicios desea trabajar, que obligue al consumidor a seleccionar el Estado desde el que accede a la misma o en el que han de prestarse los servicios asegurándose, de este modo, de que está contratando con los consumidores que desea contratar; o d) la inclusión de un acuerdo atributivo de competencia a

<sup>44</sup> Vid. el apartado 75 de la Sentencia *Pammer y Hotel Alpenhof* y el apartado 63 de las Conclusiones de la Abogado General, Sra. Trstenjak.

<sup>45</sup> Vid., D. J.B. SVANTESSON, «*Pammer and Hotel Alpenhof ...*», *loc cit.* pp. 301-302.

<sup>46</sup> Vid., el apartados 71, 73 y 74 de la Sentencia *Pammer y Hotel Alpenhof* y el apartado 64 de las Conclusiones de la Abogado general, Sra. Trstenjak, que se refieren al vigésimo cuarto considerando del Reglamento nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DO L 177, de 4.07.2998), donde se menciona la Declaración conjunta del Consejo y la Comisión relativa al artículo 15 del Reglamento (CE) no 44/2001, *doc. cit.*

<sup>47</sup> Vid., B. AÑOEROS TERRADAS, «Restrictions on Jurisdiction Clauses in Consumer Contracts within the European Union» (2003) *Oxford U Comparative L Forum 1*, at [ouclf.iuscomp.org](http://ouclf.iuscomp.org), text afer note 100.

<sup>48</sup> Un buen ejemplo de este tipo de cláusulas o *disclaimers*, donde se especifican claramente los mercados o destinatarios de los productos, puede encontrarse en las páginas *web* de los prestadores de servicios financieros y, en concreto, de las entidades comercializadoras o las sociedades de gestión de fondos de inversión. Vid., al respecto, R. LAFUENTE SÁNCHEZ, *Contratos internacionales electrónicos ...*, *op. cit.*, pp. 345-349; Cfr: A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZALEZ (Dir.), *Derecho Internacional privado vol. II, op. cit.*, p. 818, quienes consideran que a pesar de estos *disclaimers* cuando se produzca la contratación a petición de la otra parte domiciliada en un Estado excluido previamente estaremos en presencia de «actividades dirigidas» (tesis del contrato real) hacia el Estado del consumidor.

<sup>49</sup> Vid., J. R. REIDENBERG, «Technology and Internet Jurisdiction», *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 153, 2005, pp. 1961-1962.

los tribunales del domicilio del prestador de servicios siempre que sea posible en virtud de lo dispuesto en el artículo 17 del Reglamento 44/2001<sup>50</sup>.

De esta forma, el prestador de servicios evitará la exposición a foros extranjeros no deseados pues en supuestos de contratos celebrados bajo estas condiciones el consumidor no podrá alegar que ha dirigido su actividad al mercado de conquista en el que se encuentra domiciliado como criterio atributivo de competencia para activar la protección que le otorga el artículo 15.1 c) del Reglamento 44/2001<sup>51</sup>.

La inclusión de estas cláusulas o *disclaimers* podría plantear, sin embargo, algunos problemas de interpretación, por ejemplo:

- a) Que el *disclaimer* se encuentre redactado en un idioma diferente al idioma oficial en el Estado del domicilio del consumidor, con lo que éste podría alegar que no entendió el mismo. Por este motivo, sería aconsejable que el *disclaimer* estuviese redactado en el idioma del mercado al que se dirige o, al menos, en un idioma de uso común en *internet*, como el inglés.
- b) Que, pese a la existencia del *disclaimer*, el consumidor que resida en un Estado cuyo mercado queda excluido de la actividad del prestador del servicio decida dirigirse al mismo y éste acepte su solicitud. En estos casos, de concurrir la voluntad de ambas partes —y así será cuando se lleve a efecto la contratación— habrá que entender que el consumidor ha renunciado a la protección que con carácter general le otorga el artículo 15.1 c) del Reglamento 44/2001.

### c) Valoración de los indicios objetivos que permiten considerar que una actividad se ha dirigido al Estado miembro del domicilio del consumidor

28. Los indicios que pueden contribuir a demostrar que el prestador de servicios tiene voluntad de contratar con consumidores establecidos en otros Estados miembros pueden ser muy variados y, entre ellos, habrá que determinar cuales son realmente indicativos de esta voluntad.

En principio, el TJUE descarta que la mención en la *web* del vendedor de su dirección electrónica o postal o de su número de teléfono sin prefijo internacional puedan ser signos que evidencien su intención o voluntad de dirigir su actividad a otros Estados miembros ya que se trata de elementos informativos que, en cualquier caso, resultan necesarios para permitir la comunicación entre el vendedor y los consumidores con independencia del lugar en el que estos últimos se encuentren domiciliados. Precisamente, conviene recordar que este tipo de información no es potestativa sino obligatoria para el prestador de servicios a través de *internet* en virtud de lo dispuesto en la Directiva sobre el comercio electrónico<sup>52</sup>.

29. Por lo tanto, al objeto de determinar si la página *web* del prestador de servicios dirige su actividad comercial o profesional al Estado miembro del domicilio del consumidor procedería analizar la función y configuración de la misma como una *web* interactiva o una *web* pasiva y, como elemento consustancial a esta distinción, la participación activa o pasiva del consumidor.

<sup>50</sup> *Vid.*, E. ÁLVAREZ ARMAS y M. DECHAMPS, «La direction de l'activité comme critère déterminant la protection juridictionnelle des consommateurs dans l'e-commerce européen (commentaire de l'arrêt *Pammer-HôtelAlpenhof*)», *Revue du Droit des Technologies de l'information*, N° 44/2011, p. 95; y Y. FARAH, «Allocation of jurisdiction ...», *loc. cit.*, p. 266.

<sup>51</sup> Algunos autores consideran que esta norma ha de ser interpretada como un elemento exigible con el objeto de que el consumidor pueda beneficiarse de la protección que el precepto le otorga —poder demandar ante los tribunales de su domicilio—, y no como un vínculo atributivo de competencia judicial internacional. *Vid.*, al respecto M. VARGAS GÓMEZ-URRUTIA, «Protección internacional de los consumidores ...», *loc. cit.*, pp. 670-671.

<sup>52</sup> *Vid.* el artículo 5. 1 c) de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico) (DO L L 178, de 17/07/2000), que obliga al prestador del servicio a facilitar a los destinatarios del servicio, *ex ante* a la celebración del contrato, las señas que le permitan ponerse en contacto rápidamente con el prestador de servicios y establecer una comunicación directa y efectiva con él, incluyendo su dirección de correo electrónico. El TJUE ha tenido ocasión de interpretar el alcance de esta obligación en su Sentencia 16 octubre 2008, *Deutsche Internet Versicherung AG*, 298/07, *Rec.* 2008, p. I-07841. *Vid.*, al respecto, R. LAFUENTE SÁNCHEZ, TJCE - Sentencia de 16.10.2008, *Bundesverband / Deutsche internet versicherung AG*, C-298/07; «Comercio electrónico - Prestador de servicios a través de internet - Correo electrónico». Los prestadores de servicios en la sociedad de la información; *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 37, septiembre-diciembre 2010, pp. 917-931.

Sin embargo, el TJUE considera en su Sentencia que no es determinante esta diferenciación, pues la inclusión en la *web* de los datos del prestador a los que antes me he referido y a los que viene obligado en virtud de la Directiva sobre el comercio electrónico —dirección electrónica o postal o número de teléfono— permitirá al consumidor ponerse en contacto con él para la celebración del contrato. En este caso, se produce la convergencia en la operativa de las páginas *web* ya sean activas o pasivas por lo que el Tribunal rechaza su distinción a los efectos que nos ocupan<sup>53</sup>.

**30.** Por el contrario, el TJUE considera que los indicios objetivos han de ser «*expresiones manifiestas de la voluntad de atraer a los consumidores*» de otros Estados miembros diferentes a aquel en el que se encuentra establecida la otra parte contratante<sup>54</sup> y señala, con carácter no exhaustivo, los siguientes<sup>55</sup>:

**31. a)** El carácter internacional de la actividad del prestador del servicio a desarrollar en el Estado de acogida.

**32. b)** La descripción de itinerarios desde otros Estados miembros hasta el lugar de establecimiento del prestador del servicio.

*A sensu contrario*, cuando una página *web* —pasiva— tenga por finalidad incluir publicidad de sus actividades pero no la intención de dirigir sus actividades a los consumidores domiciliados en otro Estado miembro, no parece lógico que incluya entre su información el itinerario para llegar a su domicilio desde otros Estados miembros, ya sea por carretera, ferrocarril o transporte aéreo.

**33. c)** La posibilidad de utilizar en la contratación a través de la *web* una lengua diferente a la habitualmente empleada en el Estado miembro en el que se encuentra establecido el prestador del servicio, por ejemplo, la del país del Estado de acogida.

Cuando la *web* aparezca redactada en una lengua habitualmente utilizada en el Estado miembro en el que el prestador de servicios ejerce su actividad se considera que este hecho no constituye un elemento pertinente al objeto de apreciar el test de «actividad dirigida a un Estado miembro»<sup>56</sup>. Sin embargo, cuando el prestador se haya tomado la molestia de traducir su *web* y el consumidor tenga acceso a la información en otra lengua diferente a la original y, en concreto, en una lengua accesible al mismo, en ese caso se puede considerar que la actividad del prestador se está dirigiendo al Estado miembro del domicilio del consumidor.

Así sucederá cuando la página *web* se haya redactado en una lengua oficial del Estado del domicilio del consumidor o cuando el prestador haya incluido en su *web* la posibilidad de consultar su contenido en más de una lengua, ya que en esos casos se pondría de manifiesto su voluntad de contratar con los consumidores de aquellos Estados miembros en los que sea oficial alguna de las lenguas en las que su *web* permite contratar<sup>57</sup>.

Significativo resulta el caso de aquellas *webs* que contengan un *link* a otra página redactada en un idioma diferente. De ser así, es posible afirmar que el prestador de servicios también desea dirigir su oferta a los países donde ese idioma es oficial. Igualmente, cuando una *web* se encuentre redactada, además de otros idiomas, en inglés, por ser esta una lengua ampliamente utilizada especialmente en el contexto de *internet* y las nuevas tecnologías, estaremos ante un signo evidente de la intención del prestador de dirigir su actividad a otros Estados miembros<sup>58</sup>.

<sup>53</sup> *Vid.*, el apartado 79 de la Sentencia *Pammer y Hotel Alpenhof* y el apartado 63 de las Conclusiones de la Abogado general, Sra. Trstenjak.

<sup>54</sup> *Vid.*, el apartado 80 de la Sentencia *Pammer y Hotel Alpenhof*.

<sup>55</sup> *Ibidem*, apartados 80 a 84. *Vid.*, un análisis de estos indicios en A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, «Competencia judicial internacional en materia de contratos celebrados con consumidores internautas» (Comentario a la STJUE de 7 de diciembre de 2010, As. C-585/08 y C-144/09), *Noticias de la Unión Europea*, N° 329, Junio 2012, pp. 181-188.

<sup>56</sup> *Vid.*, la Declaración conjunta del Consejo y de la Comisión relativa a los artículos 15 y 73 del Reglamento 44/2001, *doc. cit.*

<sup>57</sup> *Vid.*, los apartados 81 a 83 de las Conclusiones de la Abogado general, Sra. Trstenjak.

<sup>58</sup> La Abogado general, Sra. Trstenjak, considera que en estos casos también han de tomarse en consideración otros criterios. *Vid.*, el apartado 83 de las Conclusiones.

**34. d)** La posibilidad de utilizar en la contratación a través de la *web* una moneda diferente a la habitualmente empleada en el Estado miembro en el que se encuentra establecido el prestador de servicios, por ejemplo, la del Estado del domicilio del consumidor.

En este caso se pueden distinguir dos supuestos: que la moneda empleada por el prestador de servicios sea exactamente la de aquellos Estados a los que pretende dirigir su actividad o que, como estrategia de mercado, se incluyan diferentes monedas extranjeras por lo que para evaluar este criterio habrá de hacerse de forma acumulativa con otros indicios<sup>59</sup>.

**35. e)** La mención de números de teléfono con indicación del prefijo internacional.

Este indicio también resulta indicativo de la voluntad del prestador de dirigir su actividad a los consumidores domiciliados en otro Estado miembro, en este caso, facilitándoles el número de teléfono y su prefijo internacional a través del cual pueden contactar.

**36. f)** Los gastos en un servicio de remisión a páginas *web* en *internet* que faciliten el acceso al sitio del prestador o sus intermediarios a consumidores de otros Estados miembros.

Si bien puede tratarse de un signo evidente de la intención del prestador de servicios de dirigir su actividad hacia esos Estados no siempre será así. En ocasiones puede resultar complejo habilitar técnicamente los vínculos comerciales que se encuentran en una página *web* en el transcurso de una búsqueda mediante motores de búsqueda, o los *pop-ups* o ventanas emergentes que se activan cuando se abre una *web*, únicamente para un determinado grupo de Estados y no con carácter general por lo que, si así fuese, no podría demostrarse la voluntad del prestador de dirigir su actividad a todos esos Estados<sup>60</sup>.

**37. g)** La utilización de un nombre de dominio de primer nivel, por ejemplo, «es», «fr», «de», distinto al del Estado miembro de establecimiento del prestador del servicio, o neutros, por ejemplo, «com», «net», «org».

En principio, cuando una empresa crea un sitio *internet* con un dominio de primer nivel de un Estado ha de valorarse positivamente su intención de orientar su actividad a estos mercados con independencia de que también pueda dirigirse a los consumidores de otros Estados miembros, y lo mismo ha de entenderse cuando utilice un nombre de dominio neutro. De tal forma que si una empresa domiciliada en Francia crea un sitio en *internet* con un dominio «es» habrá que considerar que desea dirigir sus actividades hacia el mercado español pero, al mismo tiempo, también podrá hacerlo hacia otros mercados, por ejemplo, el francés donde se encuentra domiciliada para lo cual será conveniente analizar si concurren además otros indicios<sup>61</sup>.

**38. h)** La referencia a clientes (internacionales) domiciliados en otros Estados miembros.

En este sentido, conviene precisar que la globalización de la actividad económica que ha fomentado el uso cada vez más extendido de las tecnologías de la información y la comunicación hacen muy habitual la contratación con clientes internacionales. Por este motivo, la existencia de una cartera internacional de clientes domiciliados en otros Estados miembros con los que el prestador de servicios ha contratado electrónicamente podría ser un signo evidente de su voluntad de dirigir la actividad a otros

<sup>59</sup> En el momento actual varios Estados de la Unión Europea aún no pertenecen a la zona euro, por lo que todavía no han adoptado la moneda única y siguen usando sus monedas nacionales que pueden ser utilizadas en la contratación electrónica. Así, el Reino Unido y Dinamarca en virtud de la cláusula de excepción que negociaron en su día, y Suecia, Letonia, Lituania, Polonia, República Checa, Hungría, Rumania y Bulgaria por encontrarse en vías de adoptarla. *Vid.*, [http://ec.europa.eu/economy\\_finance/euro/countries/index\\_es.htm](http://ec.europa.eu/economy_finance/euro/countries/index_es.htm).

<sup>60</sup> *Vid.*, N. FABIANO, «E-Commerce e tutela del consumatore: La giurisdizione nei rapporti transfrontalieri», en [http://www.studiogalefabiano.eu/index.php?option=com\\_content&view=article&id=76%3Ae-commerce-e-tutela-del-consumatore-la-giurisdizione-nei-rapporti-transfrontalieri&catid=46%3Acontributi&Itemid=76&lang=it](http://www.studiogalefabiano.eu/index.php?option=com_content&view=article&id=76%3Ae-commerce-e-tutela-del-consumatore-la-giurisdizione-nei-rapporti-transfrontalieri&catid=46%3Acontributi&Itemid=76&lang=it)

<sup>61</sup> *Vid.*, S. MARINO, «I contratti di consumo on line ...», *loc. cit.*, p. 255. *Cfr.* N. FABIANO, «E-Commerce e tutela del consumatore ...», *loc. cit.*, quien considera que la elección de un nombre de dominio superior no puede constituir una prueba capaz de determinar la voluntad del prestador de dirigir su actividad a un Estado miembro por estar en conflicto con el principio de libertad de empresa en virtud del cual el empresario lo que persigue con un nombre de dominio superior es alcanzar una mayor visibilidad de su empresa.



Estados, excepto cuando se trate de contrataciones aisladas, en cuyo caso no podría afirmarse la existencia del *International Stream-of-Commerce* salvo que concurriesen de forma acumulativa otros indicios.

Por otra parte, la existencia de esa «clientela internacional» a la que se refiere el TJUE no siempre responderá a la intención del prestador de servicios de dirigir sus actividades a otros Estados, al contrario, podría ser consecuencia de la voluntad de los clientes extranjeros que han decidido contratar a través de la *web* del prestador de servicios aún cuando su actividad no fuese dirigida a los mismos por lo que en esos supuestos este criterio no sería aplicable<sup>62</sup>.

39. En resumen, será posible afirmar que una empresa o prestador de servicios tiene la intención de establecer relaciones comerciales con consumidores domiciliados en otros Estados miembros cuando así se desprenda de su conducta y, en particular, concurren alguno, o varios, de los indicios antes apuntados. Resulta evidente que cuanto mayor sea el número de indicios que se cumplan más fácil será probar su intención de dirigir las actividades hacia el Estado miembro del consumidor.

## **B) Posibilidad de extender este criterio a otro tipo de acciones o de contratos diferentes a los de consumo**

40. Finalmente, cabría plantear la posibilidad de extender la aplicación del criterio del *International Stream of Commerce* a otro tipo de acciones o contratos diferentes a los de consumo. En mi opinión, es totalmente compatible con el desarrollo de otro tipo de contratos, por ejemplo, la contratación *B2B* porque el objetivo perseguido —la conquista de ciertos mercados con la finalidad de obtener un beneficio económico— también sería de aplicación en la contratación entre empresas. Sin embargo, en estos casos las partes, haciendo uso de su autonomía de la voluntad, podrán incluir en sus contratos cláusulas de *electio fori* por lo que la justificación del *International Stream of Commerce* como criterio de atribución de competencia judicial internacional perdería su relevancia, ya que el Reglamento 44/2001 lo admite únicamente en aquellos casos en los que existe un desequilibrio entre las partes contratantes, por ejemplo, en los contratos de consumo.

41. Respecto a otro tipo de acciones, puede resultar muy ilustrativa la reciente Sentencia del TJUE en el asunto *eDate Advertising and others*<sup>63</sup>, donde se planteaba la interpretación del artículo 5.3 del Reglamento 44/2001 en relación a la lesión de los derechos de la personalidad que haya podido sufrir su titular mediante el contenido publicado en una página *web*, el lugar en el que se ha producido el daño causado y, consecuentemente, el órgano jurisdiccional competente para ejercitar una acción de responsabilidad por el daño causado.

El TJUE señala que la publicación de contenidos en un sitio de *internet* permite que los mismos puedan ser consultados en todo el mundo y por un número ilimitado de usuarios con independencia de cual fuese la verdadera intención de su emisor<sup>64</sup>. Esta circunstancia podría exponer al editor a una posible demanda ante los tribunales de cualesquiera de los Estados miembros en los que esa información sea accesible por lo que, como acertadamente señala el Abogado General en sus Conclusiones<sup>65</sup>, esta opción daría lugar al fenómeno del *forum shopping*.

Contrariamente a lo que sucedía en el asunto *Pammer y Alpenhof*, en este supuesto no se dilucidaba la interpretación de la expresión «actividad dirigida a un Estado miembro». Sin embargo, resulta evidente que la publicación de contenidos en una página *web* y el alcance de su difusión se encuentra directamente relacionada con el foro en el que se produce el daño causado. Por lo tanto, a partir de la difusión universal de los contenidos que permite *internet*, habrá que determinar en que Estado o territorio

<sup>62</sup> *Vid.*, L. MANIGRASSI, «Justice, liberté, sécurité, Arrêt «Pammer & Hotel Alpenhof», *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 1/2011, p. 144.

<sup>63</sup> Sentencia del TJUE, de 25 de octubre de 2011, *eDate Advertising and others*, en los asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10, *Rec.* (aún sin publicar).

<sup>64</sup> *Vid.*, los apartados 45 a 47 de la Sentencia *eDate Advertising and others*.

<sup>65</sup> *Vid.*, las Conclusiones del Abogado General, Sr. Cruz Villalón, en el Asunto *eDate Advertising and others*, apartado 56.

resulta objetivamente relevante esa información ya que será ahí dónde puedan producirse los posibles atentados contra los derechos de la personalidad.

No obstante, la relevancia de esa información en los diferentes Estados no puede vincularse con la intencionalidad del emisor porque no resulta fácil que pueda discriminar los Estados hacia los que dirige su información debido al alcance mundial de *internet*. Por lo tanto, lo determinante será que un medio de comunicación pueda «razonablemente prever que la información distribuida en su edición electrónica contiene un «interés noticiable» en un territorio concreto»<sup>66</sup>.

Además, el criterio de intencionalidad que subyace en el artículo 15.1 c) del Reglamento 44/2001 cuando se refiere a las actividades dirigidas a un Estado miembro, y que ha sido claramente delimitado por el TJUE en su Sentencia *Pammer y Alpenhof*, no puede aplicarse en relación al artículo 5.3 del mencionado Reglamento ya que éste no prevé la determinación de la competencia judicial internacional sobre la base de ese criterio<sup>67</sup> —admitido únicamente para aquellos supuestos en los que existe un desequilibrio entre las partes contratantes, por ejemplo, en los contratos de consumo—, por lo que considero que no sería factible plantear la extensión de la aplicación del criterio del *International Stream of Commerce*, en el sentido propuesto para los contratos de consumo, a estos supuestos.

#### IV. Requisitos que ha de reunir una *web* para que sea de aplicación el criterio del *international stream of commerce*

42. Como ya he señalado, el TJUE en su Sentencia *Pammer y Alpenhof* rechaza la relevancia del carácter activo o pasivo de la *web* del prestador del servicio al objeto de considerar si ha dirigido su actividad hacia otro Estado miembro. En la doctrina, esta materia ha sido objeto de gran debate y algunos autores han criticado la distinción entre *web* interactivas y pasivas ya sea por considerar que una *web* accesible en el Estado del domicilio del consumidor permite la comunicación y contratación con su titular y hace superflua esta distinción<sup>68</sup>, o porque los consumidores pueden contratar por otros medios diferentes a la propia página *web*, como el teléfono o el correo postal<sup>69</sup>.

A pesar de ello, tal y como se recoge en la jurisprudencia norteamericana, considero importante abordar esta distinción y reflexionar sobre ella por cuanto, con carácter general, en una *web* interactiva pueden concurrir varios de los indicios objetivos señalados por el TJUE a efectos de la aplicación del criterio del *International Stream of Commerce*, mientras que esta cuestión será más discutible cuando se trate de una *web* pasiva<sup>70</sup>. Cabe plantear, por tanto, la diferenciación entre las *web* interactivas que permiten la contratación *on line* y las *web* pasivas como mero instrumento publicitario<sup>71</sup>.

##### 1. Página *web* interactiva del prestador de servicios

43. Cuando el prestador de servicios envíe correos electrónicos publicitarios a los consumidores domiciliados en uno o varios Estados miembros, o cuando su página *web* esté diseñada de

<sup>66</sup> *Vid.*, apartado 63 de las Conclusiones del Abogado General, Sr. Cruz Villalón.

<sup>67</sup> *Vid.*, apartados 60 a 62 de las Conclusiones del Abogado General, Sr. Cruz Villalón.

<sup>68</sup> *Vid.*, por todos, G. A. L. DROZ y H. GAUDEMET-TALLON, «La transformation de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en Règlement du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale», *Revue critique de droit international privé*, 2001, vol. 90, No 4, p. 639.

<sup>69</sup> *Vid.*, DE MIGUEL ASENSIO, P. A., *Derecho privado ...*, *op. cit.*, p. 967.

<sup>70</sup> *Cfr.*: la Abogado General, Sra. Trstenjak, que considera que es posible dirigir las actividades a través de sitios Internet tanto interactivos como pasivos. *Vid.* al respecto, el apartado 76 de las Conclusiones en el Asunto *Pammer y Hotel Alpenhof*.

<sup>71</sup> Como bien señala la Abogado General, Sra. Trstenjak, citando, entre otros, a GILLIES, L. E., «Jurisdiction for Consumer Contracts», *Computer Law & Security Report*, n° 6/2001, p. 397: «... los sitios Internet interactivos permiten la celebración directa del contrato a través de la página web, mientras que los sitios pasivos no lo permiten». *Vid.* al respecto, el apartado 61 de las Conclusiones en el Asunto *Pammer y Hotel Alpenhof*; Por su parte, A. L. CALVO CARAVACA/ J. CARRASCOSA GONZALEZ (Dir.), *Derecho Internacional privado vol. II, op. cit.*, p. 818, afirman que el artículo 15.1 c) del Reglamento 44/2001 no acepta esta distinción por no producir resultados satisfactorios, señalando que en la doctrina norteamericana la Sentencia *Zippo* atiende a la forma y no al fondo de la iniciativa comercial en *internet*.

forma específica para facilitar información sobre sus productos o servicios y la contratación de los mismos, habrá que entender que está dirigiendo de forma intencionada sus actividades comerciales o profesionales hacia esos mercados en el sentido de lo dispuesto en el apartado c) del artículo 15.1 del Reglamento 44/2001. En ambos casos —comunicaciones por correo electrónico o acceso a través de lo que se denomina página *web* interactiva— la conexión con el domicilio del consumidor resulta evidente al objeto de determinar la competencia judicial internacional de sus tribunales en la contratación electrónica *B2C*.

En mi opinión, una *web* interactiva cumpliría, si no todos, varios de los indicios apuntados por el TJUE en su Sentencia, por ejemplo, el carácter internacional de la actividad del titular de la *web*, la referencia a clientes internacionales, o la lengua utilizada en la configuración y respuesta a los correos electrónicos que permiten contactar con el prestador del servicio.

Ahora bien, ¿cuándo se considerará que el prestador de servicios que remite un correo electrónico al consumidor domiciliado en otro Estado está dirigiendo sus actividades hacia ese mercado?, ¿basta para ello que el correo electrónico llegue al buzón de su destinatario o será preciso que éste lo haya abierto y leído?. Y, por otra parte, ¿se puede considerar dirigida la actividad del prestador de servicios al domicilio del consumidor aún cuando este haya tenido acceso al correo electrónico desde un servidor localizado en un tercer Estado diferente al de su domicilio?.

En todos estos supuestos habrá que responder afirmativamente teniendo en cuenta que cuando la parte contratante envíe su oferta a una dirección de correo electrónico estará manifestando de forma evidente su voluntad de dirigir sus actividades comerciales o profesionales hacia el Estado de residencia del consumidor<sup>72</sup>. Lo que ha de primar es la conexión con el foro del demandante —el domicilio del consumidor— y no con el foro en el que la tecnología se encuentre radicada, ya que lo relevante será que la *web* dirija sus actividades hacia ese mercado con independencia de que el consumidor pueda consultarla o acceder a la misma o a los mensajes electrónicos desde un servidor situado en su Estado de residencia o desde un tercer Estado en el que se encuentre desplazado de manera temporal<sup>73</sup>.

## 2. Página *web* pasiva del prestador de servicios

44. Por el contrario, cuando el prestador de servicios no haya actuado con la finalidad de dirigir sus actividades comerciales o profesionales a los consumidores domiciliados en un Estado miembro a través de su *web* no resultará competente el foro del domicilio del consumidor. En estos casos podrá afirmarse que se trata de una *web* pasiva y el mero acceso a la misma no revela la voluntad de su titular de dirigir sus actividades al Estado del domicilio del consumidor, salvo que existan otros indicios que así lo demuestren<sup>74</sup>. Así será cuando nos encontremos en presencia de alguno de los siguientes supuestos<sup>75</sup>:

a) Que la página *web* del prestador de servicios persiga una finalidad meramente publicitaria no admitiendo la contratación a sus potenciales destinatarios.

b) Que la página *web* del prestador de servicios permita la contratación a sus potenciales destinatarios, excluyendo expresamente a los consumidores domiciliados en determinados Estados o jurisdicciones. En estos supuestos no se puede afirmar que la entidad dirige sus actividades a los Estados o jurisdicciones de los consumidores que excluye de una posible contratación.

Estas exclusiones pueden referirse a Estados y tener un carácter general, es decir, que abarquen todos los productos y servicios ofertados en la *web*, si bien en otras ocasiones esta limitación afectará

<sup>72</sup> La Abogada General, Sra. Trstenjak, en el Asunto *Pammer y Hotel Alpenhof*, considera que cuando el vendedor envíe un correo electrónico no deseado debe correr el riesgo de poder ser demandado en cualquier Estado miembro. *Vid.*, al respecto, el apartado 88 de las Conclusiones.

<sup>73</sup> *Vid.*, al respecto, P. CACHIA, «Consumer contracts ...», *loc. cit.* pp. 484-486; R. LAFUENTE SÁNCHEZ, *Contratos internacionales electrónicos ...*, *op. cit.*, pp. 343-344; y N. ROSNER, «International Jurisdiction ...», *loc. cit.*, en [http://www.llrx.com/features/eu\\_ecom.htm#Table%20of%20Contents](http://www.llrx.com/features/eu_ecom.htm#Table%20of%20Contents), p. 4.

<sup>74</sup> *Vid.*, P. A. DE MIGUEL ASENSIO, «Social Networking Sites: An overview of applicable law issues», *Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo (AIDA)*, vol. XX, 2011, pp. 13-14.

<sup>75</sup> *Vid.*, al respecto, R. LAFUENTE SÁNCHEZ, *Contratos internacionales electrónicos ...*, *op. cit.*, pp. 345-349.

únicamente a determinados productos o servicios. En fin, a veces las limitaciones no se concretan en un Estado específico sino que se utilizará la técnica de excluir determinadas jurisdicciones sin concretar las mismas trasladando al consumidor la obligación de informarse sobre este extremo.

c) Que la página *web* del prestador de servicios se haya elaborado con la finalidad de dirigirse única y exclusivamente a los consumidores de determinados Estados o jurisdicciones. Nuevamente ha de excluirse que en estos casos dirijan su actividad a los consumidores domiciliados en otros Estados.

En definitiva, los prestadores de servicios que deseen excluir de sus contrataciones a los consumidores domiciliados en determinados Estados habrán de incluir en su *web* «*disclaimers*» o «advertencias» en las que limiten su actividad —ya sea una limitación geográfica a determinados mercados, una limitación personal a los consumidores domiciliados en determinados Estados o jurisdicciones, o una limitación a la contratación de determinados productos o servicios ofertados en su *web*—.

En estos casos estaremos en presencia de una *web* pasiva porque se limita a anunciar los servicios del prestador de servicios sin permitir la contratación a determinados consumidores o en determinados mercados. Por consiguiente, no se podrá constatar la existencia del *International Stream of Commerce* ya que esa *web* no persigue conquistar los mercados que expresamente está excluyendo de su oferta de servicios ni permite contratar a los consumidores domiciliados en estas jurisdicciones<sup>76</sup>.

### 3. Distinción entre consumidores activos y pasivos

45. No obstante, podría darse la circunstancia de que un consumidor contratase a través de una página *web* pasiva a pesar de haber sido excluido, a través de un *disclaimer*, como mercado de conquista el Estado en el que se encuentra domiciliado. El contrato así concluido no podría considerarse amparado por la protección que otorga el artículo 15 del Reglamento 44/2001 al no cumplirse los requisitos allí mencionados: «*que el prestador del servicio dirigiese sus actividades al Estado miembro donde reside el consumidor*». En estos casos, el consumidor que desee contratar ha de ser consciente de que en caso de conflicto no serían competentes los tribunales de su domicilio salvo que así hubiese sido pactado por las partes<sup>77</sup>. Algún sector doctrinal, sin embargo, se manifiesta favorable a otorgar al consumidor que contrata a través de *internet* la misma protección que al consumidor «clásico», es decir, aquel que recibe una oferta a través de catálogo, prensa o televisión, aún cuando la actitud del consumidor que busca a través de *internet* pueda considerarse una actitud activa<sup>78</sup>.

46. En consecuencia, al igual que sucedía con la *web* del prestador de servicios, donde es posible distinguir entre páginas *web* interactivas y pasivas, también aquí se puede establecer una distinción entre consumidor activo y consumidor pasivo dependiendo del rol que asuma en cada momento. Se tratará de un consumidor activo cuando éste busque la contratación del servicio a través de la *web* pasiva de la otra parte contratante que, en principio, persigue una finalidad puramente publicitaria y se dirige a mercados en los que no se encuentra domiciliado el consumidor o a destinatarios entre los que no se le incluye; y de un consumidor pasivo cuando el prestador de servicios le dirija sus actividades comerciales o profesionales a través de su *web* interactiva<sup>79</sup>.

<sup>76</sup> Vid., A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Conflictos de leyes ...*, op. cit., pp. 85-90; y F. ESTEBAN DE LA ROSA, *La protección de los consumidores ...*, op. cit., pp. 183-184.

<sup>77</sup> Vid., F. DEBUSSERÉ, «International jurisdiction over E-Consumer contracts in the European Union : Quid Novi Sub Sole ?», *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 10, N° 3, 2002, p. 351.

<sup>78</sup> Vid., G. KAUFMANN-KOHLER, «Internet: mondialisation de la communication – mondialisation de la résolution des litiges?», en K. Boele-Woelki and K. Kessedjian, (Ed.) *Internet. Which Court decides?, Which Law applies?, Quel tribunal decide?, Quel droit s'applique?*, Kluwer Law International, 1998, The Hague, pp. 135-140.

<sup>79</sup> Vid., H. KRONKE, «Applicable Law in Torts and Contracts in Cyberspace», en K. BOELE-WOELKI and K. KESSEDIAN, (Ed.) *Internet. Which Court decides?, Which Law applies?, Quel tribunal decide?, Quel droit s'applique?*, Kluwer Law International, 1998, The Hague, pp. 82-83; y N. ROSNER, «International Jurisdiction ...», loc. cit., en [http://www.llrx.com/features/eu\\_ecom.htm#Table%20of%20Contents](http://www.llrx.com/features/eu_ecom.htm#Table%20of%20Contents), p. 5.

De ahí la importancia que adquiere la diferenciación entre páginas *web* interactivas y páginas *web* pasivas a pesar del rechazo que ha mostrado el TJUE a pronunciarse sobre esta materia por considerar que no resulta determinante tal distinción. Y ello es así por cuanto esta dualidad también se reflejará en la actitud del consumidor, que actuará de forma activa cuando se encuentre ante una *web* pasiva o de forma activa o pasiva cuando se encuentre ante una *web* interactiva.

De cualquier modo, entiendo que los límites de esta distinción —consumidor activo y pasivo— son muy difusos debido al fin último que persigue toda página *web*— la invitación a contratar los productos o servicios que oferta— por lo que será conveniente analizar cada caso concreto antes de acometer una definición genérica de la figura del consumidor activo<sup>80</sup>.

Además, la redacción del artículo 15 del Reglamento 44/2001 difumina, en parte, la clásica distinción entre consumidor activo-pasivo al eliminar el requisito que caracterizaba la figura del consumidor pasivo, es decir, la realización de los actos necesarios para la celebración del contrato en el Estado donde se encuentra domiciliado, pues esta distinción pierde su razón de ser cuando nos encontramos en presencia de contratos electrónicos<sup>81</sup>.

47. Por todo ello, la Sentencia *Pammer y Alpenhof* ha de contribuir no solo a identificar aquellas empresas y prestadores de servicios que a través de su *web* dirijan su actividad al mercado de conquista (*International Stream of Commerce*) aceptando, por tanto, la posibilidad de ser demandadas ante los tribunales del domicilio del consumidor en virtud del foro de competencia previsto en el Reglamento 44/2001, sino que, además, coadyuvará a delimitar el perfil del consumidor —como activo o pasivo— en cada caso concreto, aportación ésta igualmente relevante a la hora de determinar el foro competente en la contratación electrónica *B2C*.

## V. ¿Hacia una mayor protección del consumidor en materia de contratos electrónicos?

48. Sin lugar a dudas, el evidente desequilibrio que se aprecia entre las partes que intervienen en la contratación electrónica *B2C* trata de ser mitigado por las reglas especiales que incorpora el Derecho de la Unión Europea en el Reglamento 44/2001 en favor de la parte más débil de la relación jurídica. Sin embargo la búsqueda de un deseable equilibrio no ha de pasar indefectiblemente por la mengua o quebranto de los derechos del prestador de servicios como contraparte en la relación contractual<sup>82</sup>. De esta manera, a la hora de aplicar las normas de competencia judicial internacional en estos contratos hay que buscar una armonía que permita la protección del consumidor —que en ningún caso ha de ser absoluta— sin menoscabar la protección de la otra parte contratante<sup>83</sup>. Por este motivo, resulta de gran importancia identificar los supuestos en los que puedan ser aplicables estas normas en relación con el cumplimiento del criterio del *Internacional Stream of Commerce* o mercado de conquista.

49. En este sentido, tanto la jurisprudencia norteamericana cuando la del TJUE parecen coincidir en el hecho de que el prestador de servicios no puede ser demandado ante el *forum actoris* por el simple hecho de disponer de una *web* accesible al consumidor a través de la cual ha contratado. Este

<sup>80</sup> Vid., F. DEBUSSE, « International jurisdiction over E-Consumer ... », *loc. cit.*, pp. 352-353.

<sup>81</sup> Vid., P. CACHIA, « Consumer contracts ... », *loc. cit.* pp. 489-490.

<sup>82</sup> Vid., L. MANIGRASSI, « Justice, liberté, sécurité ... », *loc. cit.*, p. 144, considera que con esta Sentencia el TJUE ha tratado de buscar un cierto equilibrio entre los dos derechos afectados, de una parte la protección del consumidor y, de otra, la seguridad jurídica del prestador de servicios o comerciante. En el mismo sentido, E. ÁLVAREZ ARMAS y M. DECHAMPS, « La direction de l'activité ... », *loc. cit.*, pp. 97-98, consideran que los indicios señalados por la Sentencia son favorables tanto a los consumidores cuanto a los profesionales lo que ha de contribuir a alcanzar un justo equilibrio entre los intereses de ambas partes.

<sup>83</sup> Aplicando, por analogía, la doctrina del TJUE en su Sentencia de 15 de abril de 2010, *E. Friz Gmb*, en el asunto C-215/08, *Rec.* 2010 I-02947 donde con motivo de la interpretación de la Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, señalaba en su apartado 44: « No obstante, como ya ha tenido ocasión de precisar el Tribunal de Justicia, si bien no hay ninguna duda de que la Directiva tiene por objeto proteger a los consumidores, ello no implica que esa protección sea absoluta ».

argumento resulta muy razonable teniendo en cuenta que, si bien una *web* no se dirige a una jurisdicción particular sino que es susceptible de ser visible y consultada desde cualquier Estado en el que se pueda acceder a *internet*, este hecho no implica necesariamente que su titular esté dirigiendo sus actividades hacia todos esos Estados.

A partir de ahí, habrá que fijar y delimitar dos cuestiones de suma importancia, en primer lugar, la voluntad efectiva y manifiesta del prestador de servicios de dirigir su actividad hacia ese mercado de conquista y, en segundo lugar, los criterios o indicios que puedan revelar y probar la existencia de esa voluntad con el fin de declarar la competencia judicial de los tribunales del domicilio del consumidor.

**50.** Las últimas decisiones del Tribunal Supremo norteamericano en los asuntos *Nicastro* y *Goodyear* y la Sentencia del TJUE en los asuntos *Pammer* y *Alpenhof* coinciden en la interpretación de determinados conceptos —por ejemplo, que la mera existencia de una *web* no implica la voluntad del prestador de servicios de dirigir su actividad hacia otros mercados— pero también ponen de manifiesto claras discrepancias en otros aspectos —*verbi gratia*, en la relevancia o no de distinguir entre páginas *web* interactivas y pasivas, o en la necesidad o no de definir los indicios o criterios que desvelen la voluntad del prestador de servicios—.

**51.** A la vista de ello, resulta palmario que la reciente doctrina del Tribunal Supremo norteamericano ha venido a limitar la aplicación del criterio del *International Stream of Commerce* por considerarlo demasiado expansivo, si bien estas últimas decisiones no han sido muy clarificadoras, entre otras cosas, por las discrepancias manifestadas por los miembros del Tribunal que no han permitido concretar de una manera clara las condiciones para la aplicación de este criterio. En cualquier caso, es posible afirmar que el riesgo de que el prestador de servicios pueda verse sometido a los tribunales del domicilio del consumidor va a disminuir en virtud de la interpretación más restrictiva que propone el Tribunal Supremo.

Por otra parte, si bien estas Sentencias no tienen su origen en conflictos derivados de la contratación electrónica, por analogía, cabe extender su aplicación a estos supuestos pese a que, de momento, habrá que seguir amparándose en la doctrina elaborada por los Tribunales Federales de Distrito. En cualquier caso, el abandono de un apoyo claro a la aplicación de este criterio parece más que evidente por parte del Tribunal Supremo norteamericano, aún cuando siga sin abordar la definición de aquellos indicios o criterios que puedan ser considerados suficientes para acreditar la voluntad del prestador de servicios de dirigir su actividad al mercado de conquista e identificar el tipo de contactos mínimos necesarios (*minimum contacts*) al objeto de justificar la aplicación del criterio del *International Stream of Commerce*.

**52.** Por el contrario, de los criterios e indicios aportados por el TJUE en su Sentencia *Pammer* y *Alpenhof* se infiere una clara apuesta por la protección del consumidor que se manifiesta en el reconocimiento de la competencia judicial internacional del *forum actoris* en la contratación electrónica *B2C*. Esta afirmación tiene su fundamento en el amplio catálogo de indicios que (sin carácter exhaustivo, por lo que podrían ampliarse en un futuro) elabora el TJUE para justificar que la *web* de un prestador de servicios tiene la voluntad de dirigir su actividad hacia el Estado del domicilio del consumidor o mercado de conquista, si bien es cierto que habrá que evaluar y graduar en cada caso concreto la concurrencia de uno o varios de estos indicios.

**53.** De esta forma, en la jurisprudencia norteamericana se vislumbra una tendencia hacia una interpretación más restrictiva del criterio del *International Stream of Commerce* con las consecuencias que de ello se derivan en términos de protección del consumidor, mientras que en el ámbito de la Unión Europea el TJUE ha dado un paso más, adelantándose a la jurisprudencia norteamericana, no solo por concretar, precisar y definir unos criterios bien delimitados sino también por lo que esto puede representar en el futuro, es decir, una apuesta clara e indubitada por la competencia del *forum actoris* en la contratación electrónica *B2C*. En este sentido, considero apropiado analizar las recientes decisiones del Tribunal Supremo norteamericano y del TJUE en relación al criterio del *Internacional Stream of Commerce* y el Derecho a la tutela judicial efectiva.

54. En el asunto *Goodyear* el Tribunal Supremo norteamericano distingue entre la aplicación de la denominada «*general jurisdiction*» —señalando que un tribunal podrá ejercer jurisdicción general sobre empresas extranjeras cuando los contactos de la empresa demandada con el foro el demandado sean continuos y sistemáticos—; y la «*specific jurisdiction*» —cuya aplicación implica que los vínculos del caso concreto con el foro del demandante hayan quedado claros, por ejemplo, a través de desarrollo de una actividad que tenga lugar en el Estado del foro—<sup>84</sup>.

Por su parte, en el asunto *Nicastro* indica que no es suficiente que la acción del demandado se dirija al mercado norteamericano en general sino que se requiere la evidencia de que ha tenido la voluntad de dirigir su producto de forma específica a un Estado determinado, enfatizando, de este modo, la importancia de los contactos físicos con el foro<sup>85</sup>.

Con la delimitación que plantea el Tribunal Supremo en estas dos decisiones respecto a la aplicación del criterio del *Internacional Stream of Commerce* está garantizando la tutela judicial efectiva del demandante sin vulnerar los derechos del demandado, al establecer claramente las condiciones de aplicación de la «*specific jurisdiction*» por los tribunales del foro del demandante; foro que podrá eludir en la medida en que consiga evitar la contratación con determinados Estados o territorios. En mi opinión, con esta interpretación se está dificultando la competencia de los tribunales norteamericanos para demandar a empresas extranjeras en su jurisdicción.

Así pues, de acuerdo con la doctrina *Nicastro* no basta con la previsión de que un producto pueda alcanzar el mercado de referencia para que sean competentes los tribunales del Estado del demandante ya que de ser así no se respetaría el principio de tutela judicial efectiva y podría plantearse la indefensión del demandado. Consecuentemente, la conducta del demandado resulta esencial con el fin de probar que ha tenido la intención de dirigir sus productos hacia un Estado en particular. Solamente en estos casos se aplicaría la jurisdicción personal del demandante quedando así garantizado el principio de tutela judicial efectiva (*the due process principles*) pues, como bien señala el Tribunal Supremo, la doctrina del *Internacional Stream of Commerce* no podrá aplicarse en detrimento del *Due Process Clause*, es decir, que la tutela judicial efectiva ha de prevalecer sobre cualquier otro principio de conveniencia.

55. Por lo que respecta a la doctrina del TJUE, la Sentencia *Pammer y Alpenhof* además de esclarecedora, por interpretar un concepto difuso y hasta ahora huérfano de delimitación, protege de forma clara a la parte más débil en la relación contractual ya que, en mi opinión, la interpretación de la expresión «*dirigir las actividades al Estado miembro del domicilio del consumidor*» que plantea el TJUE adquiere una dimensión muy amplia que puede o no coincidir con la voluntad real del prestador del servicio

Algunos autores, sin embargo, consideran que el enfoque adoptado por el TJUE a la hora de tratar la delimitación de este concepto debía haberse planteado desde la perspectiva contraria, es decir, partiendo de la idea del carácter global y universal que presenta la actividad contractual a través de *internet*, considerar que una vez concluida la contratación existe la presunción de que el prestador del servicio ha dirigido previamente sus actividades hacia el Estado miembro del domicilio del consumidor<sup>86</sup>. Sin lugar a dudas, esta propuesta todavía favorecería más la protección del consumidor por lo que estimo que podría generar una protección exorbitante del mismo.

En mi opinión, si bien el consumidor representa la parte más débil en la relación contractual, y como tal ha de ser objeto de protección, no se trata de ahondar en el desequilibrio entre las partes desde la perspectiva del prestador del servicio, por lo que habrá que analizar en cada caso concreto tanto los indicios que concurren en su página *web* cuanto las medidas activas que haya adoptado para dirigir su

<sup>84</sup> *Vid.*, Sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, *Goodyear Dunlop Tires Operations, S.A. v. Brown*, *cit.*, en <http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/10-76.pdf>.

<sup>85</sup> *Vid.*, Sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, *J. McIntyre Machinery, Ltd. v. Nicastro*, *cit.*, en <http://www.supremecourt.gov/opinions/10pdf/09-1343.pdf>.

<sup>86</sup> *Vid.*, D. J.B. SVANTESSON, «*Pammer and Hotel Alpenhof ...*», *loc cit.*, pp. 302 y 304, quien considera que la conclusión del TJUE no es afortunada y que lejos de favorecer la protección del consumidor esta Sentencia perjudica tanto a los consumidores, al establecer un umbral de protección inferior al que sería deseable, cuanto a los prestadores de servicios, que a partir de ahora se verán sometidos a una mayor incertidumbre legal.

actividad al mercado de conquista o, a *sensu contrario*, las medidas adoptadas para evitar las relaciones con el foro del consumidor con el fin de no verse demandado ante sus tribunales<sup>87</sup>.

Por todo ello, considero que con esta interpretación el TJUE garantiza el principio de tutela judicial efectiva tanto del consumidor que contrate a través de *internet* —que podrá demandar ante los tribunales de su domicilio— cuanto del prestador de servicios que haya dirigido su actividad hacia el mercado del consumidor —pues, en estos casos, ha de ser consciente de que puede ser demandado ante el foro del demandante por lo que no puede hablarse de indefensión—.

Por este motivo, la protección exorbitante del consumidor que plantean algunos autores podría romper el equilibrio que ha de existir entre el interés del Estado —la protección de sus ciudadanos designando competentes sus tribunales— y el de los prestadores de servicios que se ven sometidos a los tribunales del demandante.

Consecuentemente, las condiciones que impone el TJUE en su Sentencia *Pammer y Alpenhof* respetan el deseable equilibrio que ha de existir entre las partes por lo que cabe concluir que la doctrina del *Internacional Stream of Commerce* aplicada con las limitaciones que señala el TJUE resulta perfectamente compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva sin que pueda plantearse una posible indefensión por ninguna de las partes.

## VI. Consecuencias futuras de la doctrina *pammer y alpenhof* en la aplicación del criterio del *international stream of commerce*

56. De este modo, el nuevo escenario que se proyecta a partir de la Sentencia *Pammer y Alpenhof* es el siguiente:

a) Por lo que respecta a los prestadores de servicios, se plantea una evidente incertidumbre legal si consideramos que, a priori, desconocen los tribunales ante los que podrían ser demandados. Como ya he señalado, esta circunstancia puede representar una barrera para el desarrollo del comercio electrónico, en particular para las PYMES que pueden cuestionarse el desarrollo de la contratación *B2C* a la vista del coste adicional que representa litigar ante los tribunales del domicilio del consumidor o adaptar su página *web* con el fin de identificar claramente los mercados a los que dirige su actividad o de evitar técnicamente la contratación con consumidores domiciliados en determinados Estados.

Sin embargo, como también he apuntado, la evolución tecnológica de *internet* permite buscar soluciones fáciles y adaptables a todo tipo de empresas, por lo que estas circunstancias no deberían suponer una limitación al desarrollo de la actividad comercial a través de la red.

b) En relación a los consumidores, estimo que el umbral de protección que establece esta Sentencia es muy considerable si tenemos en cuenta que para desactivar la protección que garantiza el artículo 15 del Reglamento 44/2001 el prestador de servicios tendrá que adoptar las debidas precauciones y advertir en su *web* que no dirige su actividad hacia el Estados en el que se encuentra domiciliado el consumidor. Para ello, estimo que puede resultar de gran ayuda la distinción entre páginas *web* interactivas —que, por norma general, cumplirán los indicios señalados por el TJUE en su Sentencia— y páginas *web* pasivas —que no lo harán—, en el sentido apuntado por la jurisprudencia norteamericana

57. En definitiva, si bien la Sentencia del TJUE aporta una serie de indicios objetivos su existencia y valoración corresponderá hacerla a los tribunales nacionales. Esto significa que a partir de ahora la labor del juez nacional a la hora de determinar la competencia judicial internacional va a ser más importante en relación a los conflictos derivados de la contratación *on line* entre empresas situadas fuera del territorio de la Unión Europea y los consumidores domiciliados en un Estado miembro, aun cuando este hecho pueda acarrear interpretaciones divergentes de los indicios que conforman el concepto de «actividad dirigida a un Estado miembro» como punto de conexión para determinar el foro competente en caso de conflicto.

<sup>87</sup> Adoptando para ello los denominados métodos de «*jurisdictional avoidance*» o «*ring-fence mechanisms*»; Vid., Y. FARRAH, «Allocation of jurisdiction», *loc. cit.*, pp. 265-266.



En este punto cabe cuestionarse si la interpretación que hagan de ahora en adelante los tribunales nacionales —que, sin duda, gozarán de cierta discrecionalidad para interpretar estos criterios en cada caso concreto— contribuirá a armonizar la aplicación de la norma de conflicto prevista en el artículo 15.1 c) del Reglamento 44/2001 y si ello favorecerá la protección al consumidor que, en definitiva, es lo que pretende la mencionada norma<sup>88</sup>. En mi opinión estos indicios han de ser suficientes para que los tribunales nacionales garanticen la aplicación del *forum actoris* sin perjudicar, con ello, el desarrollo de la contratación internacional *B2C*.

---

<sup>88</sup> *Vid.*, L. GILLIES, «Clarifying the Philosophy of Article 15 in the Brussels I Regulation: C-585/08 *Peter Pammer v Reedere Kart Schluter GMBH & Co* and C-144/09 *Hotel Alpenhof Gesmbh v Oliver Heller*», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 60, April 2011, p. 563-564.

# SOBRE A LEI APLICÁVEL AO CONTRATO DE SEGURO PERANTE O REGULAMENTO ROMA I

LUÍS DE LIMA PINHEIRO

*Professor Catedrático da Faculdade de Direito  
Universidade de Lisboa*

Recibido: 23.07.2012 / Aceptado: 30.07.2012

**Resumo:** Os contratos internacionais de seguro suscitam a questão da determinação do Direito aplicável. Nos Estados-Membros da UE (incluindo a breve trecho a Dinamarca) a resposta a esta questão é fornecida, em princípio, pelo Regulamento Roma I. Este Regulamento estabelece um sistema triplo para os contratos internacionais de seguro: seguros de grandes riscos, seguros de riscos de massa situados na UE e seguros de riscos de massa situados fora da UE. Além de examinar este sistema conflitual e os principais problemas de interpretação que coloca, o artigo trata da sua relação com as normas portuguesas de Direito Internacional Privado contidas no Regime Jurídico do Contrato de Seguro e esboça uma apreciação crítica bem como propostas para o seu aperfeiçoamento.

**Palavras-chave:** Direito internacional privado, contrato internacional, contrato de seguro, Regulamento Roma I, lei aplicável ao contrato de seguro.

**Abstract:** International insurance contracts raise the question of the determination of the applicable law. In the EU Member States (including in short term Denmark) the answer to this question is provided, in principle, by Rome I Regulation. This Regulation lays down a threefold choice of law system for international insurance contracts: insurance of large risks, insurance of mass risks situated in the EU and insurance of large risks situated outside the EU. Besides examining this choice of law system and the main interpretation problems arising therefrom, the article deals with its relationship with the Portuguese domestic choice of law rules contained in the Insurance Contract Act, and outlines a critical assessment as well as some proposals for its improvement.

**Key words:** Conflict of laws, international contract, insurance contract, Rome I regulation, Law applicable to the insurance contract.

**Sumário:** I. Introdução. II. Âmbito material de aplicação do Regulamento Roma I. III. Quadro dos regimes aplicáveis ao contrato de seguro perante o Regulamento Roma I. IV. Contratos de seguro que cubram um grande risco. V. Contratos de seguro que cubram riscos de massa situados no território dos Estados-membros. 1. Aspectos gerais. 2. Designação pelas partes. 3. Lei aplicável na falta de designação. VI. Contratos de seguro obrigatório. VII. Contratos de seguro não abrangidos pelo art. 7.º do Regulamento. VIII. Relações com o regime interno. IX. Considerações finais.

---

\*Texto que serviu de base à comunicação apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito dos Seguros, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em janeiro de 2012, reformulado com vista à sua publicação nos *Estudos em Homenagem ao Dr. Miguel Galvão Teles*.

## I. Introdução

1. A determinação do Direito aplicável constitui um dos problemas de regulação jurídica específicos dos contratos internacionais. Enquanto os contratos internos são diretamente disciplinados pelo Direito material vigente na ordem jurídica portuguesa, a definição do regime material aplicável aos contratos internacionais pressupõe uma operação prévia de determinação do Direito aplicável<sup>1</sup>. Estas asserções podem constituir lugares-comuns, mas, perante uma prática jurídica que frequentemente as ignora, não parece desprocurado reiterá-las.

Quando é que o contrato de seguro se pode considerar internacional? Num plano muito geral pode dizer-se que é internacional quando apresenta contactos juridicamente relevantes com mais de um Estado soberano. Mas quais são os contactos juridicamente relevantes? Tem-se revelado muito difícil a formulação de um critério de internacionalidade aplicável a todos os contratos e, mesmo, a uma particular categoria contratual, como o contrato de seguro<sup>2</sup>.

A tarefa do intérprete está facilitada quando um dos elementos de conexão utilizados pelas normas de conflitos aplicáveis esteja situado no estrangeiro. Mas mesmo aqui as generalizações são perigosas. Por exemplo, a nacionalidade estrangeira do tomador do seguro será um elemento de estraneidade suficiente para considerar o contrato de seguro de vida internacional, mas já não para impor essa qualificação relativamente a outras modalidades de seguro. O lugar da celebração do contrato no estrangeiro será relevante num seguro de viagem ou de férias, mas poderá não ser suficiente noutras modalidades de seguro.

Em casos-limite terá de se fazer uma valoração face ao conjunto das circunstâncias do caso concreto. Trata-se de saber se as finalidades prosseguidas pela norma de conflitos em causa e, mais em geral, os valores e princípios do sistema de Direito de Conflitos em que se integra justificam que um determinado contrato lhe seja submetido e, designadamente, que as partes possam escolher uma lei estrangeira para o reger<sup>3</sup>.

2. O Direito de Conflitos em matéria de contratos obrigacionais nos Estados-Membros da União Europeia foi unificado, primeiro pela Convenção de Roma sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (1980) e em seguida pelo Reg. (CE) n.º 593/2008 Sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais (Roma I).

A Convenção de Roma entrou em vigor para Portugal em 1 de setembro 1994. A Convenção aplica-se, em Portugal, aos contratos celebrados após a sua entrada em vigor no nosso país (art. 17.º) que não caíam dentro do âmbito de aplicação do Regulamento Roma I.

O Regulamento Roma I substituiu a Convenção de Roma entre os Estados-Membros por ele vinculados<sup>4</sup>. O Regulamento Roma I vincula todos os Estados-Membros com exceção da Dinamarca<sup>5</sup>.

Quando o Regulamento se refere a «Estado-Membro» entende-se apenas os Estados-Membros por ele vinculados, com exceção do disposto nos arts. 3.º/4 e 7.º (art. 1.º/4). Portanto, para efeitos de aplicação do art. 7.º, sobre contratos de seguro, a Dinamarca é considerada um Estado-Membro. Acresce

<sup>1</sup> Problema que, tradicionalmente, se colocava exclusivamente em termos de determinação da ordem jurídica estadual competente, mas que, perante os avanços realizados pela unificação supraestadual do Direito material aplicável e os fenómenos de internacionalização e transnacionalização de muitos contratos internacionais, deve ser formulado de modo mais amplo, uma vez que o Direito aplicável pode não ser estadual e, porventura, nem integrar uma ordem jurídica.

<sup>2</sup> Ver, designadamente, o critério defendido por N. PISSARRA – «Breves considerações sobre a lei aplicável ao contrato de seguro», *Cuadernos de Derecho Transnacional* vol. 3 n.º 2 (2011) 10-51, 22, e «Direito aplicável», in *Temas de Direito dos Seguros*, org. por Margarida Lima Rego, 65-102, Coimbra, 2012, 72 e segs.

<sup>3</sup> Ver, com mais desenvolvimento e referências, L. DE LIMA PINHEIRO – *Direito Comercial Internacional*, Coimbra, 2008, § 20, e E. SANTOS JÚNIOR – «Sobre o conceito de contrato internacional», in *Est. Marques dos Santos*, vol. I, 161-192, Coimbra, 2005.

<sup>4</sup> Com exceção dos territórios dos Estados-Membros que são abrangidos pelo âmbito de aplicação territorial da Convenção e que ficam excluídos do Regulamento por força do art. art. 355.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (ex-art. 299.º do Tratado da Comunidade Europeia) (art. 24.º/1 do Regulamento).

<sup>5</sup> Segundo os Considerandos n.ºs 45 e 46 do Regulamento, nos termos dos arts. 1.º e 2.º dos Protocolos relativos à posição do Reino Unido e da Irlanda, e da Dinamarca, o Reino Unido e a Dinamarca não participaram na aprovação do Regulamento e não são por ele vinculados. Já a Irlanda comunicou a sua intenção de participar na aprovação e na aplicação do Regulamento (Considerando n.º 44). Todavia, por força da Decisão da Comissão de 22 de dezembro de 2008 relativa ao pedido apresentado pelo Reino Unido com vista a aceitar o Regulamento (2009/26/CE) [JOCE L 10/22, de 15/1/2009], o Regulamento vincula o Reino Unido.

que nos termos do art. 178.º da Diretiva 2009/138/CE, os Estados-Membros não sujeitos à aplicação do Regulamento aplicam o disposto no Regulamento para determinar a lei aplicável aos contratos de seguro abrangidos pelo art. 7.º do mesmo Regulamento<sup>6</sup>.

O Direito de Conflitos contido no Regulamento é aplicável aos contratos celebrados a partir de 17 de dezembro de 2009 (art. 28.º).

3. O problema da determinação do Direito aplicável ao contrato de seguro pode colocar-se quer no caso em que as partes tenham celebrado uma convenção de arbitragem quer naquele em que os tribunais competentes para a resolução de litígios sejam estaduais. Embora o ponto não seja pacífico, entendo que os critérios de determinação do Direito aplicável não são necessariamente os mesmos e, por conseguinte, exigem um exame diferenciado<sup>7</sup>. No presente estudo vou cingir-me à determinação do Direito aplicável na falta de uma convenção de arbitragem<sup>8</sup>.

Uma vez que o Regulamento constitui a principal fonte de Direito de Conflitos geral vigente na ordem jurídica portuguesa em matéria de seguros, o estudo incidirá sobre o regime nele contido. No entanto, será feita referência a outras fontes de regulação na ordem interna que tenham relevância no quadro do Regulamento.

4. O âmbito de aplicação da lei reguladora do contrato, que resulta do disposto nos arts. 10.º/1, 12.º e 18.º/1 do Regulamento, abrange, designadamente:

- a formação e a validade substancial (art. 10.º/1)º;
- a interpretação (art. 12.º/1/a);
- o cumprimento das obrigações dele decorrentes (art. 12.º/1/b);
- nos limites dos poderes atribuídos ao tribunal pela respetiva lei de processo, as consequências do incumprimento total ou parcial dessas obrigações, incluindo a avaliação do dano, na medida em que esta avaliação seja regulada pela lei (art. 12.º/1/c);
- as diversas causas de extinção das obrigações (art. 12.º/1/d);
- as consequências da invalidade do contrato (art. 12.º/1/e);
- as presunções legais e a repartição do ónus da prova (art. 18.º/1).

O Regulamento dispõe ainda de normas de conflitos para determinadas questões parciais, mormente a validade formal (art. 11.º), os modos de cumprimento e as medidas que o credor deve tomar no caso de cumprimento defeituoso (art. 12.º/2). Certas questões parciais deverão ser apreciadas segundo a lei designada por normas de conflitos de fontes, como é o caso da capacidade (art. 1.º/2/a), e da sub-rogação legal da seguradora contra terceiro responsável pelos danos causados ao segurado (art. 19.º do Regulamento Roma II)<sup>10</sup>.

Estas normas de conflitos não são privativas do contrato de seguro, razão por que não se justifica proceder ao seu exame no presente estudo.

<sup>6</sup> Esta Diretiva foi estendida aos Estados-Membros do Espaço Económico Europeu que não são Membros da UE. É, no entanto, controversa, a aplicabilidade do art. 7.º do Regulamento aos riscos situados nestes Estados (Islândia, Liechtenstein e Noruega) – cp. D. MARTINY, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. X – *Internationales Privatrecht*, 5.ª ed., Munique, 2010, Rom I-VO Art. 7 n.º 15; A. SCHNYDER, in *Internationales Vertragsrecht*, org. por REITHMANN/MARTINY, 7.ª ed., Colónia, 2010, n.º 4735; e R. PLENDER e M. WILDERSPIN – *The European Private International Law of Obligations*, 3.ª ed., Londres, 2009, n.º 10-118. Ver ainda P. PIRODDI – «I contratti di assicurazione tra mercato interno e diritto internazionale privato», in *La nuova disciplina comunitaria della legge applicabile ai contratti (Roma I)*, org. por Nerina Boschiero, 247-297, Turim, 2009, 278.

<sup>7</sup> O que não exclui que na arbitragem de litígios emergentes de relações com consumidores se deva recorrer ao Direito de Conflitos geral, i.e., ao Direito de Conflitos aplicável pelos tribunais estaduais – ver L. DE LIMA PINHEIRO – *Direito Internacional Privado*, vol. II – *Direito de Conflitos/Parte Especial*, 3.ª ed., Coimbra, 2009, § 77 *in fine*.

<sup>8</sup> Sobre a determinação do Direito aplicável ao mérito da causa na arbitragem transnacional, ver L. DE LIMA PINHEIRO – *Arbitragem Transnacional. A Determinação do Estatuto da Arbitragem*, Coimbra, 2005, 234 e segs., 263 e segs. e 552 e segs., e (n. 8) 553 e segs., com mais referências.

<sup>9</sup> Ver, porém, art. 10.º/2.

<sup>10</sup> Ver, porém, art. 13.º.

Quanto ao Direito aplicável à ação direta do lesado contra a seguradora, limitar-me-ei a referir que o art. 18.º do Regulamento Roma II determina que o «lesado pode demandar directamente o segurador do responsável pela reparação, se a lei aplicável à obrigação extracontratual ou a lei aplicável ao contrato de seguro assim o previr».

5. À luz destas considerações, importa principiar pelo exame do âmbito material de aplicação do Regulamento Roma I (II) e pelo quadro dos regimes aplicáveis ao contrato de seguro no mesmo instrumento (III); seguir-se-á o estudo de cada um destes regimes: seguro de grandes riscos (IV), seguro de riscos de massa situados no território de Estados-Membros (V), seguro obrigatório (VI), seguro não abrangido pelo art. 7.º do Regulamento (VII). Por último, serão escrutinadas as relações com o regime de fonte interna (VIII) e tecidas algumas considerações finais (IX).

## II. Âmbito material de aplicação do Regulamento Roma I

6. O Regulamento aplica-se às obrigações contratuais em matéria civil e comercial. Não se aplica, designadamente a matérias administrativas (art. 1.º/1/§ 2.º), o que exclui a segurança social e relações de seguro com natureza jurídico-pública<sup>11</sup>.

O Regulamento exclui do seu âmbito de aplicação determinadas obrigações em matéria civil e comercial (art. 1.º/2). No que toca aos contratos de seguro, apenas são excluídos os decorrentes de atividades levadas a efeito por organismos que não as empresas referidas no artigo 2.º da Diretiva 2002/83/CE Relativa aos Seguros de Vida cujo objetivo consista em fornecer prestações a assalariados ou a trabalhadores não assalariados que façam parte de uma empresa ou grupo de empresas, a um ramo comercial ou grupo comercial, em caso de morte ou sobrevivência, de cessação ou redução de atividades, em caso de doença profissional ou de acidente de trabalho (j).

O art. 2.º desta Diretiva regula o seu âmbito de aplicação, que abrange a atividade de seguro de vida direto praticada por empresas estabelecidas num Estado-Membro ou que nele pretendam estabelecer-se, bem como o exercício de determinadas atividades<sup>12</sup>. A Diretiva 2002/83/CE foi revogada pela

<sup>11</sup> Cf. *MünchKomm./MARTINY* (n. 6) Art. 7 n.º 7.

<sup>12</sup> O art. 2.º da Dir. 2002/83/CE na versão consolidada de 20/3/2008 tem a seguinte redação:

«A presente directiva diz respeito ao acesso à actividade não assalariada do seguro directo praticada por empresas estabelecidas num Estado-Membro ou que nele pretendam estabelecer-se, bem como ao exercício das seguintes actividades:

1. Os seguintes seguros, quando decorram de um contrato:

a) O ramo «Vida», isto é, o que inclui, nomeadamente, o seguro em caso de vida, o seguro em caso de morte, o seguro misto, o seguro em caso de vida com contra-seguro, o seguro de nupcialidade, o seguro de natalidade;

b) O seguro de renda;

c) Os seguros complementares praticados por empresas de seguros de vida, isto é, os seguros de danos corporais, incluindo-se nestes a incapacidade para o trabalho profissional, os seguros em caso de morte por acidente, os seguros em caso de invalidez por acidente ou doença, sempre que estes diversos seguros forem complementares dos seguros de vida;

d) O seguro praticado na Irlanda e no Reino Unido, denominado «permanent health insurance» (seguro de doença a longo prazo), não rescindível.

2. As seguintes operações, quando decorrem de um contrato, desde que estejam submetidas à fiscalização das autoridades administrativas competentes para a fiscalização dos seguros privados:

a) As operações de tontinas, que se traduzem na constituição de associações que reúnam aderentes com o objectivo de capitalizar em comum as suas quotizações e de repartir o capital assim constituído, quer entre os sobreviventes, quer entre os herdeiros dos falecidos;

b) As operações de capitalização baseadas numa técnica actuarial, que se traduzam na assunção de compromissos determinados quanto à sua duração e ao seu montante, como contrapartida de prestações únicas ou periódicas, previamente fixadas;

c) As operações de gestão de fundos colectivos de reforma, isto é, as operações que consistem na gestão, pela empresa em causa, de investimentos e, nomeadamente, dos activos representativos das provisões de organismos que liquidam prestações em caso de morte, em caso de vida, ou em caso de cessação ou redução de actividades;

d) As operações indicadas na alínea c), quando conjugadas com umaguarantia de seguro respeitante quer à manutenção do capital, quer à obtenção de um juro mínimo;

e) As operações efectuadas pelas empresas de seguros, tais como as previstas no «Code Français des Assurances» — Livro IV, título 4, capítulo 1.

3. As operações dependentes da duração da vida humana, definidas ou previstas na legislação dos seguros sociais, desde que

Diretiva 2009/138/CE, com efeitos a partir de 1 de novembro de 2012 (parece que a partir desta data a remissão se deve considerar feita para o art. 2.º desta Diretiva).

A Convenção de Roma só regula uma parte dos contratos de seguro: os que cubram riscos situados fora do território de um Estado-Membro (art. 1.º/3), bem como os contratos de resseguro (art. 1.º/4)<sup>13</sup>.

Relativamente aos contratos de seguro que cubram riscos situados no território de um Estado-Membro celebrados antes de 17 de dezembro de 2009, é aplicável o Direito de Conflitos de fonte interna, que resulta, em parte, da transposição das diretivas relevantes na matéria<sup>14</sup>.

Já o Regulamento Roma I se aplica à generalidade dos contratos de seguro celebrados a partir de 17 de dezembro de 2009, com exceção dos referidos no art. 1.º/2/j.

7. Dentro do seu âmbito de aplicação, o art. 7.º do Regulamento Roma I afasta as soluções contidas noutras disposições de Direito europeu (art. 23.º). Prevalece, por conseguinte, sobre as normas de conflitos contidas na Segunda Diretiva 88/357/CEE Relativa à Coordenação das Disposições Legislativas, Regulamentares e Administrativas Respeitantes ao Seguro Direto Não Vida<sup>15</sup>, e na Diretiva 2002/83/CE, Relativa aos Seguros Vida, bem como sobre as normas internas que as transponham. Com efeito, as normas de conflitos contidas nestas Diretivas são aplicáveis aos contratos que cobrem riscos situados no território de um Estado comunitário quando a empresa seguradora está estabelecida na Comunidade<sup>16</sup>. De resto, o art. 7.º baseia-se em vasta medida nas normas de conflitos contidas nas diretivas europeias.

As diretivas anteriormente referidas foram entretanto revogadas pela Diretiva 2009/138/CE (art. 310.º), mas com efeitos reportados a 1 de novembro de 2012.

### III. Quadro dos regimes aplicáveis ao contrato de seguro perante o Regulamento Roma I

8. O Regulamento contém uma disposição sobre contratos de seguro (art. 7.º). Mas o art. 7.º não regula todos os contratos de seguro que caem dentro do âmbito de aplicação do Regulamento.

O art. 7.º regula (n.º 1):

- os *seguros que cubram um grande risco*, tal como definido na alínea d) do artigo 5.º da Primeira Diretiva 73/239/CEE Relativa à Coordenação das Disposições Legislativas, Regulamentares e Administrativas Respeitantes ao Acesso à Atividade de Seguro Direto Não Vida e ao seu Exercício (parece que a partir de 1 de Novembro de 2012 esta remissão deve entender-se como sendo feita para o art. 13.º/27 da Diretiva 2009/138/CE, que revogou a Primeira Diretiva, embora a correspondência não conste do Anexo VII desta Diretiva)<sup>17</sup>;
- os outros seguros —ditos *seguros de riscos de massa*— que cubram riscos situados no território dos Estados-Membros.

---

sejam praticadas ou geridas em conformidade com a legislação de um Estado-Membro por empresas de seguros, suportando elas próprias o risco inerente.»

<sup>13</sup> Para determinar se um risco se situa no território de um Estado comunitário aplica-se o Direito material da *lex fori* (art. 1.º/3/2.ª parte). No Direito português ver art. 2.º/1/j do DL n.º 94-B/98, de 17/4, com a redação dada pelo DL n.º 2/2009, de 5/1.

<sup>14</sup> Designadamente, a partir de 1 de janeiro de 2009, as normas de Direito Internacional Privado do Regime Jurídico do Contrato de Seguro. Anteriormente, a transposição das Diretivas comunitárias nesta matéria foi visada primeiro, pelo DL n.º 102/94, de 20/4, e em seguida, pelo DL n.º 94-B/98, de 17/4. Ver, sobre o regime conflitual contido nestes diplomas, F. PIRES – «Da Lei Aplicável ao Contrato de Seguro», *RJ* 18/19 (1996) 259-323; Id. – *Seguro de Acidentes de Trabalho*, Lisboa, 1999, 51 e segs.; L. DE LIMA PINHEIRO – *Direito Internacional Privado*, vol. II – *Direito de Conflitos/Parte Especial*, 2.ª ed., Coimbra, 2002, 226 e segs.; e N. PISSARRA (n. 2 [2011]) 15 e segs., e (n. 2 [2012]) 67 e segs.

<sup>15</sup> Alterada pela Dir. do Conselho 92/49/CEE, de 18/6.

<sup>16</sup> Cf. *Max Planck Institute for Comparative and International Private Law* – «Comments on the European Commission's Proposal for a Regulation of the European Parliament and the Council on the law applicable to contractual obligations (Rome I)», *RabelsZ.* 71 (2007) 225-344, 278. Ver ainda, sobre o Direito de Conflitos contido nestas Diretivas, P. PIRODDI (n. 6) 261 e segs.

<sup>17</sup> Ver art. 310.º da Dir. 2009/138/CE.

9. Nos termos do art. 5.º/d da Primeira Diretiva 73/239/CEE (versão consolidada de 1/1/2007) consideram-se grandes riscos:

- os riscos relativos a veículos ferroviários; aeronaves; embarcações marítimas, lacustres ou fluviais; mercadorias transportadas (incluindo bagagens); e à responsabilidade resultante da utilização de aeronaves e embarcações marítimas, lacustres e fluviais;
- os riscos relativos ao crédito e à caução, sempre que o tomador do seguro exerça a título profissional uma atividade industrial, comercial ou liberal e o risco seja relativo a essa atividade;
- os riscos relativos a veículos terrestres (não ferroviários), incêndio e elementos da natureza (com exceção da tempestade), outros danos em coisas, responsabilidade resultante da utilização de veículos terrestres motorizados, qualquer outra responsabilidade civil e perdas pecuniárias diversas, desde que se verifiquem determinados requisitos relativos ao total do balanço, ao montante líquido do volume de negócios e ao número médio de empregados, i.e., basicamente, que o tomador do seguro seja uma empresa de grande ou média dimensão.

De um ponto de vista de técnica legislativa, seria preferível que a disposição definisse diretamente os grandes riscos, em lugar de remeter para outro diploma. Esta opção poderia ser acompanhada de ajustamentos porventura reclamados pelas finalidades prosseguidas pelo Direito de Conflitos e ser alinhada com o disposto, em matéria de competência internacional, no art. 14.º do Regulamento Bruxelas I.

10. O regime estabelecido para os contratos que cubram *grandes riscos* —onde quer que estejam situados—, corresponde, em princípio, ao estabelecido pelas regras gerais do Regulamento (art. 7.º/2).

Já o regime aplicável aos seguros que cubram *riscos de massas situados no território de Estados-Membros* visa *proteger o tomador do seguro*, introduzindo soluções divergentes das que decorreriam das regras gerais do Regulamento (art. 7.º/3). Estas divergências traduzem-se numa limitação da liberdade de escolha pelas partes da lei reguladora do contrato e na remissão, na falta de escolha válida, para a lei do Estado-Membro em que o risco se situa, que é, em regra, o Estado da residência habitual ou estabelecimento do tomador do seguro.

Os *seguros que cubram riscos de massas situados fora do território dos Estados-Membros* ficam submetidos às outras disposições do Regulamento (não só às gerais, mas também, à relativa aos contratos celebrados com consumidores).

11. O Considerando n.º 33 assinala que quando um contrato de seguro que não cubra um grande risco cobrir mais do que um risco dos quais pelo menos um se situe num Estado-Membro e pelo menos um num país terceiro, o art. 7.º apenas se deverá aplicar ao risco ou aos riscos situados no Estado-Membro ou nos Estados-Membros relevantes. Por exemplo, um seguro de multi-riscos habitação cobrindo uma habitação situada em Portugal e uma habitação situada no Brasil, será fracionado, aplicando-se à parte relativa ao risco situado em Portugal o art. 7.º e à parte relativa ao risco situado no Brasil as outras disposições do Regulamento.

12. Perante o Regulamento Roma I, a escolha pelas partes do Direito aplicável ao contrato só pode incidir sobre um sistema jurídico estadual ou local. Já anteriormente tive ocasião de me pronunciar em sentido crítico com respeito a esta limitação<sup>18</sup>. *De iure condito*, porém, importa assinalar que, na falta de uma convenção de arbitragem, as partes de um contrato de seguro não podem, por exemplo, escolher os Princípios de Direito Europeu do Contrato de Seguro<sup>19</sup>. Nada obsta, porém, a que a União Europeia adote um instrumento opcional, neste domínio, que possa ser escolhido pelas partes como Direito regulador do contrato (possibilidade já prevista no Considerando n.º 14 do Regulamento).

<sup>18</sup> Ver L. DE LIMA PINHEIRO (n. 7) § 65 B, com mais referências.

<sup>19</sup> Ver H. HEISS – «Insurance Contracts in Rome I: Another Recent Failure of the European Legislature», *Yb. PIL* 10 (2008) 261-283, 273. Os «Princípios» estão acessíveis in <http://www.restatement.info>. Diferente é a possibilidade de incorporação dos «Princípios» como cláusulas do contrato dentro dos limites traçados pelas normas imperativas do sistema jurídico competente (referência material), a que alude o Considerando n.º 13 do Regulamento.

#### IV. Contratos de seguro que cubram um grande risco

**13.** Quanto aos seguros que cubram um grande risco, o regime estabelecido pelo n.º 2 corresponde —como já assinala— às regras gerais do Regulamento:

- as partes podem escolher a lei aplicável nos termos do art. 3.º;
- na falta de escolha, aplica-se a lei do país em que o segurador tem a sua residência habitual;
- esta solução é flexibilizada por uma cláusula de exceção idêntica à do art. 4.º/3.

**14.** Ao abrigo do art. 3.º, as partes podem escolher a lei de qualquer Estado (ou sistema local vigente dentro de um Estado – art. 22.º/1) para reger o contrato. Não se exige uma conexão objetiva entre o contrato e a lei escolhida nem, segundo o entendimento dominante, há lugar a qualquer controlo sobre o interesse que preside à escolha de determinada lei<sup>20</sup>.

A designação pelas partes do Direito aplicável pode ser expressa ou tácita. Neste segundo caso tem de resultar de «forma clara das disposições do contrato ou das circunstâncias do caso» (art. 3.º/1/2.<sup>a</sup> parte). Por exemplo, o contrato que se baseie num modelo inspirado por determinado sistema jurídico ou adotado por instituição reguladora da atividade seguradora de certo país<sup>21</sup>.

**15.** Na falta de escolha, aplica-se a lei do país em que o segurador tem a sua residência habitual. Esta solução corresponde à doutrina da prestação característica que inspira, em vasta medida, o disposto nas regras gerais do art. 4.º. Segundo esta doutrina, o contrato deve ser regulado, na falta de designação feita pelas partes, pela lei do devedor da prestação característica. A prestação característica, no contrato de seguro, é a do segurador. Isto é assim, mesmo que na maioria dos casos a prestação do segurador seja uma prestação pecuniária, uma vez que é a obrigação de realizar esta prestação em caso de ocorrência de um sinistro que caracteriza o contrato<sup>22</sup>.

Por residência habitual do segurador, que é em toda a regra um ente coletivo, entende-se o local onde se situa a sua administração central (art. 19.º/1).

Caso o contrato seja celebrado no âmbito de exploração de um estabelecimento situado num país diferente daquele onde se situa a administração central, ou se, nos termos do contrato, o cumprimento das obrigações dele decorrentes é a da responsabilidade desse estabelecimento, considera-se que a residência habitual corresponde ao lugar da situação do estabelecimento (art. 19.º/2).

O momento relevante para determinar a residência habitual é a data da celebração do contrato (art. 19.º/3).

**16.** Esta solução supletiva é flexibilizada por uma cláusula de exceção, i.e., por uma proposição segundo a qual se resultar claramente do conjunto das circunstâncias do caso que o contrato apresenta uma conexão manifestamente mais estreita com um país que não é o da residência habitual do segurador, é aplicável a lei desse outro país.

Isto pode verificar-se, por exemplo, quando a residência habitual do tomador do seguro e o risco se situem nestoutro país<sup>23</sup>. Mas é sempre necessário ter em conta o conjunto das circunstâncias do caso.

**17.** Observe-se que também são aplicáveis a estes contratos as regras adicionais estabelecidas pelo art. 7.º/4 relativamente ao seguro obrigatório (cf. art. 7.º/4/b). Parece ser esta a principal razão por

<sup>20</sup> - Ver L. DE LIMA PINHEIRO (n. 7) § 65 B, com mais referências.

<sup>21</sup> Ver M. GIULIANO e P. LAGARDE – «Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles», *JOCE C* 282, 31/10, 1980, 17, referindo como exemplo uma apólice de seguro marítimo da Lloyd's; e N. PISSARRA (n. 2 [2011]) 24 e 44, e (n. 2 [2012]) 78-79.

<sup>22</sup> Ver art. 1.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro e P. ROMANO MARTINEZ et al. (org.) – *Lei do Contrato de Seguro Anotada*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra, 2011, art. 1.º an. IV por P. ROMANO MARTINEZ; e J. MOITINHO DE ALMEIDA – «O Contrato de Seguro e a Convenção de Roma Sobre a Lei Aplicável às Obrigações Contratuais», in *Est. Paulo de Pitta e Cunha*, vol. III, 163-181, Coimbra, 2010, 170-171, com mais referências. Sobre a solução para os casos em que o seguro seja contratado com uma pluralidade de seguradores com residência habitual em diferentes países, ver R. PLENDER e M. WILDERSPIN (n. 6) n.º 10-044.

<sup>23</sup> Ver *MünchKomm./MARTINY* (n. 6) n.º 22.



que o legislador comunitário autonomizou o n.º 2 do art. 7.<sup>º</sup><sup>24</sup>. Em todo o caso, a exclusão global destes contratos do âmbito de aplicação do regime dos contratos com consumidores (art. 6.<sup>º</sup>) pode ter constituído uma razão adicional para esta autonomização.

## V. Contratos de seguro que cubram riscos de massa situados no território dos Estados-membros

### 1. Aspetos gerais

**18.** A *localização do risco* coberto pelo seguro assume dupla importância no Regulamento. Primeiro, delimita, relativamente aos seguros de riscos de massa, o âmbito de aplicação do art. 7.<sup>º</sup>. Segundo, releva como elemento de conexão para a determinação do Direito aplicável aos seguros que cubram riscos de massa situados no território dos Estados-Membros na falta de escolha válida pelas partes.

Justifica-se, por isso, começar por referir as regras aplicáveis à localização do risco.

A situação do risco não é um conceito fáctico, mas um conceito técnico-jurídico, que tem de ser interpretado com recurso a normas jurídicas que exprimem uma valoração.

O n.º 6 do art. 7.<sup>º</sup> dispõe sobre a determinação do país em que o risco se situa para efeitos dos números anteriores, distinguindo entre seguros não vida e seguros vida. No entanto, pode afirmar-se que, em regra, o risco se situa no país da residência habitual do tomador do seguro, ou, caso se trate de pessoa coletiva, no país onde se situa o estabelecimento a que o contrato diz respeito.

Esta regra só conhece exceções com respeito aos *seguros não vida*. Com efeito, quanto a estes seguros, o país no qual o risco se situa é determinado nos termos da alínea d) do artigo 2.<sup>º</sup> da Diretiva 88/357/CEE.

Segundo este preceito, considera-se como Estado-Membro onde o risco se situa:

- «— O Estado-Membro onde se encontrem os bens, sempre que o seguro respeite, quer a imóveis, quer a móveis e ao seu conteúdo, na medida em que este último estiver coberto pela mesma apólice de seguro,
- o Estado-Membro de matrícula, sempre que o seguro respeite a veículos de qualquer tipo,
- o Estado-Membro em que o tomador tiver subscrito o contrato, no caso de um contrato de duração igual ou inferior a quatro meses relativo a riscos ocorridos durante uma viagem ou férias, qualquer que seja o ramo em questão,
- o Estado-Membro onde o tomador tenha a sua residência habitual ou, quando o tomador for uma pessoa coletiva, o Estado-membro onde se situe o estabelecimento da pessoa coletiva a que o contrato se refere, em todos os casos não explicitamente referidos nos travessões anteriores».

Esta última previsão abrange, designadamente, os seguros de acidentes pessoais, de saúde, de responsabilidade civil, de crédito, de proteção jurídica e de assistência.

Quanto ao *seguro vida*, o país no qual o risco se situa é o país do compromisso na aceção da al. g) do n.º 1 do artigo 1.<sup>º</sup> da Diretiva 2002/83/CE. Segundo este preceito, considera-se como Estado-Membro do compromisso aquele «em que o tomador reside habitualmente ou, quando se trate de pessoa colectiva, o Estado-Membro em que está situado o estabelecimento da pessoa colectiva a que o contrato diz respeito».

Como já sabemos, estas diretivas foram revogadas pela Diretiva 2009/138/CE com efeitos a partir de 1 de novembro de 2012, pelo que no futuro haverá que ter em conta os arts. 13.<sup>º</sup>/13 e 14 desta Diretiva.

**19.** Relativamente a estes seguros, estabelece-se um regime especial que visa proteger os tomadores do seguro (n.º 3)<sup>25</sup>.

<sup>24</sup> Ver H. HEISS (n. 19) 268.

<sup>25</sup> Cf. Considerando n.º 32. Cp. considerações críticas de P. LAGARDE e A. TENENBAUM – «De la convention de Rome au règlement Rome I», *R. crit.* 97 (2008) 727-780, 774-775.

Com este fim, por um lado, limita-se a liberdade de designação do Direito aplicável pelas partes, (n.º 3/§ 1.º) e, por outro, estabelece-se que na falta de escolha válida se aplica a lei do Estado-Membro em que o risco se situe no momento da celebração do contrato (n.º 3/§ 3.º), que é, em regra, o Estado da residência habitual ou estabelecimento do tomador do seguro.

Este regime especial protetor do tomador de seguro diverge do regime geral estabelecido para a proteção do consumidor, estabelecido no art. 6.º, e que não é aplicável aos seguros abrangidos pelo art. 7.º do Regulamento (cf. art. 6.º/1). Esta divergência diz respeito quer ao âmbito de proteção quer ao modo de proteção.

Quanto ao âmbito de proteção, há seguros que seriam considerados contratos com consumidores à luz do art. 6.º e que não são abrangidos pelo n.º 3 do art. 7.º (por exemplo, o seguro relativo a uma embarcação de recreio), mas também há seguros abrangidos por este último preceito que não constituem contratos com consumidores (por exemplo, certos seguros de responsabilidade civil celebrados com empresas de pequena dimensão) ou que, sendo contratos com consumidores, não beneficiariam da proteção do respetivo regime, por não se verificar a conexão entre atividade do profissional e o Estado da residência habitual do consumidor exigida pelo art. 6.º/1.

No que se refere ao modo de proteção, o regime do art. 7.º/3 diverge do regime do art. 6.º (ver *infra* VI), por um lado, ao limitar a liberdade de escolha da lei aplicável e, por outro, ao não assegurar o padrão mínimo de proteção concedido ao tomador do seguro pela lei supletivamente aplicável.

Isto conduz também a uma diferença de tratamento dos tomadores de seguros de massa conforme os riscos estejam situados dentro ou fora da União Europeia, podendo ocorrer casos em que o tomador de seguro que cobre riscos situados fora da União Europeia – beneficiando da aplicação do regime contido no art. 6.º (*infra* VI) –, seja mais protegido que o tomador de seguro que cobre riscos situados dentro da União Europeia.

Admito que possam existir razões para a formulação de um regime especial para os contratos de seguro, mas a justificação do regime adotado não é suficientemente clara, o que tem gerado críticas em setores importantes da doutrina<sup>26</sup>. É particularmente difícil de entender, à luz dos valores e princípios gerais do Direito de Conflitos, a diferença de tratamento dos tomadores de seguro de massa conforme os riscos estão situados dentro ou fora da União Europeia.

## 2. Designação pelas partes

**20.** O § 1.º do n.º 3 delimita as leis que podem ser escolhidas pelas partes (n.º 3/§ 1.º)

Primeiro, *a lei de qualquer Estado-Membro em que se situe o risco no momento da celebração do contrato* (a). Parece difícil encontrar sentido útil nesta previsão uma vez que, na falta de escolha, é aplicável a lei do Estado-Membro em que o risco se situa.

A versão portuguesa do preceito —que se refere à «lei de qualquer dos Estados-Membros em que se situa o risco»—, poderia levar a pensar que ele permitiria escolher, quando o contrato cubra uma pluralidade de riscos que se situam em mais de um Estado-Membro, a lei de um destes Estados, para reger o conjunto do contrato (em lugar do fracionamento do contrato e da sujeição de diferentes partes a leis diversas nos termos do n.º 5). Sucede que esta interpretação tem pouco apoio noutras versões linguísticas, que se referem designadamente à «loi de tout État membre où le risque est situé», ao «law of any Member State where the risk is situated» e ao «Recht eines jeden Mitgliedstaats, in dem (...) das Risiko belegen ist». Além disso, retiraria sentido útil à previsão contida na al. e), que só admite esta possibilidade quando o tomador de seguro exerça uma atividade independente e o contrato cubra dois ou mais riscos relativos a essa atividade<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Ver H. HEISS (n. 19) 263 e segs.; e P. PIRODDI (n. 6) 289 e segs. e 292 e segs., com mais referências. Cp., em sentido favorável ao sistema de regulação contido no art. 7.º, mas crítico da diferença de tratamento em função da localização do risco dentro ou fora da União Europeia, UTS GRUBER – «Insurance Contracts», in *Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, org. por Franco Ferrari e Stefan Leible, 109-128, Munique, 2009, 116 e segs.

<sup>27</sup> Ver também R. PLENDER e M. WILDERSPIN (n. 6) n.º 10-060; P. PIRODDI (n. 6) 284, argumentando ainda que o n.º 5 só se refere ao terceiro parágrafo do n.º 3 e ao n.º 4; e *MünchKomm./MARTINY* (n. 6) Art. 7 n.º 31.

Existe outra possibilidade: interpretar o preceito no sentido de admitir a escolha da lei de um dos Estados-Membros em que está situado um mesmo risco plurilocalizado<sup>28</sup>. Mas esta interpretação também não deixa de suscitar dúvidas – no plano da coerência intrassistemática – dada a restrição introduzida na al. e) em caso de pluralidade de riscos (exercício de uma atividade independente pelo tomador de seguro)<sup>29</sup>.

Segundo, *a lei do país em que o tomador do seguro tiver a sua residência habitual* (b). A residência habitual determina-se nos termos do art. 19.º. Além do já exposto quanto à residência habitual dos entes coletivos, deve observar-se que a residência habitual de uma pessoa singular que celebra o contrato no exercício da sua atividade profissional é o local onde se situa o seu estabelecimento principal.

Não se exige que a lei escolhida seja a de um Estado-Membro<sup>30</sup>. Esta previsão tem sentido útil quando o risco não se considera situado no país da residência habitual do tomador do seguro (por exemplo, o seguro relativo a um imóvel situado num país diferente do da residência habitual do tomador do seguro).

Terceiro, *no caso do seguro de vida, a lei do Estado-Membro da nacionalidade do tomador de seguro* (c)<sup>31</sup>. Esta possibilidade verifica-se quando o tomador do seguro é uma pessoa singular que tem nacionalidade de um Estado-Membro diferente daquele onde tem residência habitual à data da celebração do contrato<sup>32</sup>.

Quarto, no caso de contratos que cubram riscos limitados a eventos que ocorram num Estado-Membro diferente daquele em que o risco se situa, a lei desse Estado-Membro (d). Esta alínea visa os casos em que o risco se situa num Estado-Membro diferente daquele em que o sinistro pode ocorrer, i.e., o evento cuja ocorrência desencadeia a obrigação de o segurador realizar uma prestação. Por exemplo, vimos que num contrato de seguro de viagem com duração igual ou inferior a 4 meses o risco considera-se localizado no Estado-Membro em que o tomador tenha subscrito o contrato. Se o contrato cobrir riscos que ocorram exclusivamente no Estado-Membro para onde se viaja as partes podem escolher o Direito deste Estado-Membro<sup>33</sup>.

Quinto, nos casos em que o tomador de seguro exerça uma atividade comercial, industrial ou uma profissão liberal e o contrato cubra dois ou mais riscos relativos a essas atividades e profissão e situados em diversos Estados-Membros, a lei de qualquer dos Estados-Membros em causa ou a lei do país em que o tomador do seguro tiver a sua residência habitual (e).

**21.** Por acréscimo, se os Estados-Membros em que se situa o risco, em que tomador de seguro tiver a residência habitual ou em que situa um dos riscos relativos a uma atividade económica independente concederem uma maior liberdade de escolha da lei aplicável, as partes podem invocar essa liberdade (n.º 3/§ 2.º)<sup>34</sup>.

É o caso do Direito português, nos termos dos arts. 6.º e 7.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro, com respeito ao seguro de danos que cubra riscos situados em território português ou ao seguro de pessoas em que o tomador do seguro tenha em Portugal a sua residência habitual ou o estabelecimento a que o contrato respeita, consoante se trate de pessoa singular ou coletiva. Como são também estes os seguros de pessoas em que o risco se situa em Portugal, pode dizer-se que este regime é aplicável aos seguros que cubram riscos situados em território português.

<sup>28</sup> Neste sentido, H. HEISS (n. 19) 269; R. PLENDER e M. WILDERSPIN (n. 6) n.º 10-061; e N. PISSARRA (n. 2 [2011]) 40.

<sup>29</sup> Bem como com a circunstância de não ter sido acolhida a redação proposta pelo *Max Planck Institute* (n. 16) 277, que apontava explicitamente neste sentido.

<sup>30</sup> Ver também R. PLENDER e M. WILDERSPIN (n. 6) n.º 10-064; P. PIRODDI (n. 6) 285; e C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ – «Los contratos de seguro del art. 7 del Reglamento Roma I», *Cuadernos de Derecho Transnacional* vol. 1 n.º 2 (2009) 30-51, 40. Ver ainda H. HEISS (n. 19) 271 e segs.

<sup>31</sup> Ver ainda N. PISSARRA (n. 2 [2011]) 41.

<sup>32</sup> Cf. REITHMANN/MARTINY/SCHNYDER (n. 6) n.º 4752. Sobre a justificação desta solução e a interpretação do preceito em caso de plurinacionalidade, ver GRUBER (n. 26) 119-120. Cp. H. HEISS (n. 19) 270 e 272, e R. PLENDER e M. WILDERSPIN (n. 6) n.º 10-066.

<sup>33</sup> Ver também C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ (n. 30) 41.

<sup>34</sup> Cf. *MünchKomm./MARTINY* (n. 6) Art. 7 n.ºs 32 e segs. Sobre a natureza jurídica deste preceito, ver N. PISSARRA (n. 2 [2011]) 41. Cp. R. PLENDER e M. WILDERSPIN (n. 6) n.ºs 10-067 e segs.; P. PIRODDI (n. 6) 287-288; e REITHMANN/MARTINY/SCHNYDER (n. 6) n.º 4744.

Nos termos destes preceitos, as partes podem escolher a lei de qualquer Estado que esteja em conexão com alguns dos elementos do contrato atendíveis no domínio do Direito Internacional Privado ou, mesmo que não se verifique esta conexão, se a escolha corresponder a um interesse sério das partes (art. 7.º).

A escolha deve ser expressa ou resultar de modo inequívoco das cláusulas do contrato (art. 6.º/3) e pode dizer respeito apenas a uma parte separável do contrato (art. 6.º/4).

A consagração desta ampla liberdade de escolha com respeito aos seguros que cubram riscos de massa situados no território português pode suscitar dúvidas<sup>35</sup>. Será coerente que nos seguros que cubram riscos de massa situados no território português o tomador do seguro seja privado da proteção que, em princípio, lhe seria concedida pelo art. 7.º do Regulamento e que, no caso de riscos situados fora de um Estado-Membro, poderia resultar da aplicabilidade do art. 6.º do Regulamento com respeito aos contratos com consumidores?

Na resposta a esta questão deverá ter-se em conta que o disposto nos arts. 6.º e 7.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro parece ser permitido pelo art. 7.º/3/§ 2.º do Regulamento, que derroga as disposições contidas a este respeito nas Diretivas (art. 23.º do Regulamento), e que a ampla liberdade de escolha que daí resulta tem de ser conjugada com o limite que resulta do art. 9.º do mesmo Regime.

O art. 9.º/1 do Regime Jurídico do Contrato de Seguro estabelece que as «disposições imperativas em matéria de contrato de seguro que tutelem interesses públicos, designadamente de consumidores ou de terceiros, regem imperativamente a situação contratual, qualquer que seja a lei aplicável, mesmo que a sua aplicabilidade resulte de escolha das partes».

E o n.º 2 acrescenta que o «disposto no número anterior aplica-se quando o contrato de seguro cobre riscos situados em território português ou tendo o tomador do seguro, nos seguros de pessoas, a sua residência habitual ou estabelecimento a que o contrato respeita em Portugal».

Parece que a liberdade de escolha concedida pelos arts. 6.º e 7.º não pode ser dissociada do limite estabelecido pelo art. 9.º, por forma que esta disposição não deve ser apenas relevante nos quadros dos arts. 9.º («Normas de aplicação imediata») e 21.º («Ordem pública do foro») do Regulamento, mas também sempre que os arts. 6.º e 7.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro sejam aplicáveis por remissão operada pelo art. 7.º/3/§ 2.º do Regulamento.

Por outras palavras, as normas de aplicação necessária na aceção do art. 9.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro devem ser aplicadas não só por um tribunal português, mas também pelo tribunal de outro Estado-Membro, quando as partes tenham escolhido uma lei que não seja uma das referidas no art. 7.º/3/§ 1.º do Regulamento, ao abrigo do disposto nos arts. 6.º e 7.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro, independentemente de se verificarem os pressupostos dos arts. 9.º/1 e /3 ou 21.º do Regulamento.

Será esta a solução preferível? Nesta sede não é possível examinar detidamente o ponto. Farei apenas uma breve observação sobre o art. 9.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro. O n.º 2 indica as conexões com o Estado português que podem fundamentar a aplicação necessária de certas regras imperativas, o que é de louvar, mas o n.º 1 delimita estas normas imperativas com base num critério geral: a tutela de interesses públicos<sup>36</sup>. Em minha opinião, seria mais conveniente, por razões de previsibilidade e certeza jurídicas, especificar as regras que são objeto desta «autolimitação».

### 3. Lei aplicável na falta de designação

**22.** Na falta de escolha válida pelas partes, aplica-se a lei do Estado-Membro em que o risco se situe no momento da celebração do contrato (art. 7.º/3/§ 3.º do Regulamento).

Como o risco se situa, nos seguros de vida e, em regra, nos seguros não-vida, no país da residência habitual do tomador do seguro ou, tratando-se de pessoa coletiva, no do estabelecimento do tomador do seguro, a lei deste país é, regra geral, a supletivamente aplicável aos seguros que cobrem riscos de massa.

<sup>35</sup> Ver, designadamente, H. HEISS (n. 19) 274, e J. MOITINHO DE ALMEIDA – «O novo regime jurídico do contrato de seguro. Breves considerações sobre a protecção dos segurados», *Cadernos de Direito Privado* 26 (2009) 3-17, 15-16. Para um panorama das soluções adotadas noutros sistemas, ver GRUBER (n. 26) 121-123.

<sup>36</sup> Ver, sobre o art. 9.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro, N. PISSARRA (n. 2 [2011]) 33 e segs., e (n. 2 [2012]) 87 e segs.

Em todo o caso, esta técnica remissiva não parece ser a mais apropriada, não só porque dificulta a determinação do regime aplicável, mas também porque torna menos transparentes as razões por que em certos casos se introduzem desvios a essa regra<sup>37</sup>.

Por acréscimo, esta solução suscita dificuldades quando o risco for plurilocalizado ou quando o seguro cubra uma pluralidade de riscos situados em diferentes países<sup>38</sup>. Estas dificuldades são resolvidas, pelo art. 7.º/5 do Regulamento, mediante o fracionamento do contrato: «se o contrato de seguro cobrir riscos que se situam em mais do que um Estado-Membro, o contrato é considerado como constituindo vários contratos relativos, cada um deles, a um só Estado-Membro». De onde decorre que se aplicam, a diversos aspetos do mesmo contrato, leis diferentes. Ora esta solução introduz novas dificuldades, relativas à conjugação destas leis com vista à definição de um regime coerente para o contrato<sup>39</sup>. Seria preferível remeter, nestes casos, para a lei do Estado-Membro que apresenta a conexão mais estreita com o contrato.

**23.** Com respeito aos seguros de massa, o legislador europeu não consagrou uma cláusula de exceção que permita afastar a lei do Estado em que se localiza o risco quando o contrato apresente uma conexão manifestamente mais estreita com outro Estado. A consagração desta cláusula parece defensável, sobretudo quando limitada às leis que nos termos do art. 7.º/3/§ 1.º podem ser escolhidas pelas partes<sup>40</sup>.

## VI. Contratos de seguro obrigatório

**24.** O art. 7.º/4 estabelece regras adicionais com respeito aos seguros que cubram riscos relativamente aos quais um Estado-Membro imponha a obrigação de seguro<sup>41</sup>, quer sejam grandes riscos ou outros riscos situados no território dos Estados-Membros.

Nos termos da al. a), o «contrato de seguro não dá cumprimento à obrigação de subscrever um seguro, a menos que respeite as disposições específicas relativas a esse seguro que tenham sido estabelecidas pelo Estado-Membro que impõe a obrigação. Caso haja uma contradição entre a lei do Estado-Membro onde o risco se situa e a do Estado-Membro que impõe a obrigação de subscrever um seguro, prevalece esta última»<sup>42</sup>.

Nos termos da al. b), em «derrogação dos n.ºs 2 e 3, um Estado-Membro pode estabelecer que o contrato de seguro é regulado pela lei do Estado-Membro que impõe a obrigação de subscrever um seguro»<sup>43</sup>. Isto permite não só a atuação de uma norma de conflitos de fonte interna com natureza bilateral (i.e., suscetível de desencadear a aplicação quer do Direito do foro quer de Direito estrangeiro)<sup>44</sup>, mas também a de uma norma de conflitos que se limite a determinar a aplicabilidade do Direito do foro aos seguros por ele impostos (norma unilateral). Foi esta segunda via a consagrada pelo art. 10.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro quando estabelece que os contratos de seguro obrigatórios na ordem jurídica portuguesa são regidos pela lei portuguesa. Em todo o caso, não parece vedada a bilateralização desta norma pelo intérprete, por forma que se aplique a lei de outro Estado-Membro que imponha a obrigação de subscrever o seguro<sup>45</sup>.

<sup>37</sup> Ver P. LAGARDE e A. TENENBAUM (n. 25) 770-771 e 776.

<sup>38</sup> Ver R. PLENDER e M. WILDERSPIN (n. 6) n.ºs 10-053 e segs. e 10-074 e segs.; e REITHMANN/MARTINY/SCCHNYDER (n. 6) n.º 4748.

<sup>39</sup> Ver também P. LAGARDE e A. TENENBAUM (n. 25) 771, e P. PIRODDI (n. 6) 289.

<sup>40</sup> Ver C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ (n. 30) 47. Já no sentido da consagração desta cláusula, ver H. GAUDEMET-TALLON – «Le principe de proximité dans le Règlement Rome I», *Revue hellénique de droit international* 61 (2008) 189-203, 198.

<sup>41</sup> Ver as considerações críticas de P. LAGARDE e A. TENENBAUM (n. 25) 768-769. Também para este efeito, se o contrato de seguro cobrir riscos que se situam em mais do que um Estado-Membro, o contrato é considerado como constituindo vários contratos relativos, cada um deles, a um só Estado-Membro (n.º 5).

<sup>42</sup> Parece que esta lei deve prevalecer também sobre qualquer das outras leis designadas ao abrigo dos n.ºs 2 ou 3 – neste sentido, N. PISSARRA (n. 2 [2011]) 43 n. 166. Cp. P. LAGARDE e A. TENENBAUM (n. 25) 768-769.

<sup>43</sup> Este preceito não é, pelo menos diretamente, aplicável no caso de a obrigação de seguro ser imposta pela lei de um terceiro Estado – cf. *MünchKomm./MARTINY* (n. 6) Art. 7 n.º 41. No caso de a obrigação de seguro ser prescrita por duas ou mais leis, parece que deve ser aplicada aquela que também for designada pelos critérios subsidiários dos n.ºs 2 e 3 do art. 7.º – neste sentido, N. PISSARRA (n. 2 [2011]) 43 n. 165; ver também (n. 2 [2012]) 101-102.

<sup>44</sup> Ver, por exemplo, art. 46.º-C/1 da Lei de Introdução do Código Civil alemão.

<sup>45</sup> Ver também N. PISSARRA (n. 2 [2012]) 101.

## VII. Contratos de seguro não abrangidos pelo art. 7.º do Regulamento

25. O art. 7.º não regula os seguros que não cubram um grande risco nem riscos de massa situados no território dos Estados-Membros. Também não regula os contratos de resseguro (n.º 1 *in fine*). A estes contratos, com exceção dos referidos no art. 1.º/2/j, são aplicáveis as regras gerais do Regulamento<sup>46</sup>. Apesar de o Considerando n.º 32 poder sugerir o contrário, tem-se entendido que também será aplicável a estes seguros o regime especial dos contratos com consumidores<sup>47</sup>.

26. Por conseguinte, quando se trate de seguros celebrados para uma finalidade que diga respeito a uma atividade económica independente aplicam-se as regras gerais do art. 3.º e 4.º, que permitem a escolha pelas partes de qualquer lei estadual ou local e, na falta de escolha pelas partes, mandam aplicar, em princípio, a lei da residência habitual do segurador<sup>48</sup>.

Por exemplo, a um seguro entre um segurador com sede e estabelecimento relevante em Portugal e um tomador do seguro com residência habitual em França, que cubra um risco de massa profissional situado em Angola, é aplicável, na falta de escolha pelas partes, a lei portuguesa.

27. Caso se trate de seguros celebrados por uma pessoa singular para uma finalidade estranha a uma atividade económica independente, aplica-se o regime dos contratos celebrados com consumidores estabelecido no art. 6.º<sup>49</sup>. De acordo com este regime, a escolha da lei aplicável não priva o tomador do seguro da proteção que lhe concedam as normas imperativas do país da sua residência habitual (art. 6.º/2). Na falta de escolha aplica-se a lei do país em que o consumidor tenha sua residência habitual (art. 6.º/1).

A aplicabilidade deste regime pressupõe, porém, que o segurador (art. 6.º/1 e 3)<sup>50</sup>:

- exerça as suas atividades no país em que o consumidor tem a sua residência habitual; ou
- por qualquer meio, dirija essas atividades para o país da residência habitual do consumidor ou para vários países, incluindo esse país, e o contrato seja abrangido pelo âmbito dessas atividades.

Caso contrário, aplica-se o regime geral dos arts. 3.º e 4.º.

Por exemplo, num contrato de seguro de vida, celebrado entre um tomador com residência habitual no Brasil e uma seguradora com administração central em Portugal e sucursal no Brasil, no âmbito da atividade dessa sucursal, as partes podem escolher a lei portuguesa, mas esta não afasta a aplicação das normas imperativas brasileiras, se forem mais protetoras do tomador de seguro.

28. Cumpre ainda assinalar que, relativamente a estes contratos, não são afastadas as disposições sobre determinação do Direito aplicável contidas em diretivas reguladoras de matérias específicas (cf. art. 23.º), razão por que deverão ser tidas em conta, designadamente, as normas que transpõem as Diretivas sobre cláusulas abusivas e sobre comercialização à distância de serviços financeiros<sup>51</sup>.

<sup>46</sup> Ver, quanto ao Direito aplicável aos contratos de resseguro, R. PLENDER e M. WILDERSPIN (n. 6) n.ºs 10-101 e segs.; GRUBER (n. 26) 113-114; *MünchKomm./MARTINY* (n. 6) Art. 7 n.ºs 17-18; REITHMANN/MARTINY/SCHNYDER (n. 6) n.º 4753; e J. MOITINHO DE ALMEIDA (n. 22) 171-172.

<sup>47</sup> Neste sentido, P. LAGARDE e A. TENENBAUM (n. 25) 776; R. PLENDER e M. WILDERSPIN (n. 6) n.ºs 10-023, 10-088 e 10-094; *MünchKomm./MARTINY* (n. 6) Art. 7 n.ºs 12 e 53; e REITHMANN/MARTINY/SCHNYDER (n. 6) n.º 4736.

<sup>48</sup> Quer se qualifique o contrato de seguro como um contrato de prestação de serviço no sentido do art. 4.º/1/b – como sugere *MünchKomm./MARTINY* (n. 6) Art. 7 n.º 26 –, quer se reconduza o contrato ao art. 4.º/2, visto que, nos termos anteriormente expostos, a prestação do segurador deve ser considerada a prestação característica do contrato de seguro. Ver também R. PLENDER e M. WILDERSPIN (n. 6) n.º 10-090.

<sup>49</sup> Ver ainda J. MOITINHO DE ALMEIDA (n. 22) 173.

<sup>50</sup> Relativamente à aplicabilidade da exclusão contida no art. 6.º/4/a (prestação de serviço ao consumidor exclusivamente num país diferente daquele em que este tem residência habitual) aos contratos de seguro, ver J. MOITINHO DE ALMEIDA (n. 22) 178, defendendo (em relação ao correspondente preceito da Convenção de Roma) que tal se verifica quando o risco coberto se situe fora do país da residência habitual do tomador do seguro e fora deste deva ter lugar o cumprimento da prestação prometida em caso de sinistro.

<sup>51</sup> Cf. H. HEISS (n. 19) 280. Sobre as normas em causa, ver L. DE LIMA PINHEIRO (n. 7) § 66 C, e «Direito aplicável às operações sobre instrumentos financeiros», in *Centenário do Nascimento do Professor Doutor Paulo Cunha – Estudos em Homenagem*, 661-712, Coimbra, 2012 (=in *Direito dos Valores Mobiliários*, vol IX, 141-192, Coimbra, 2009), V, com mais referências.

### VIII. Relações com o regime interno

**29.** No seu conjunto, *as regras do Regulamento prevalecem sobre o Direito de Conflitos de fonte interna*, designadamente os arts. 5.º a 10.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro. Todavia, como foi assinalado, os arts. 6.º, 7.º, 9.º e 10.º podem ser relevantes por força das regras contidas no art. 7.º do Regulamento.

O art. 9.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro («*Normas de aplicação imediata*») também pode ser relevante para efeito da aplicação dos arts. 9.º e 21.º do Regulamento. Os n.ºs 1 e 2 do art. 9.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro já foram anteriormente examinados em ligação com o art. 7.º/3/§ 2.º do Regulamento (*supra* IV). Neste momento importa salientar que mesmo quando as partes não fizeram uso da liberdade de escolha do Direito aplicável permitida pelos arts. 6.º e 7.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro, o art. 9.º deste Regime poderá ser relevante no quadro das disposições do Regulamento relativas às «normas de aplicação imediata» e à «ordem pública do foro».

**30.** Em princípio, a competência atribuída a uma lei estrangeira afasta a aplicabilidade das normas imperativas da lei portuguesa. Mas se estas normas forem «normas de aplicação imediata» (ou, como prefiro dizer, normas suscetíveis de aplicação necessária) no sentido do art. 9.º/1 do Regulamento, elas sobrepõem-se à lei estrangeira competente, quando o litígio for apreciado por um tribunal português (art. 9.º/2 do Regulamento)<sup>52</sup>.

Mais limitadamente, o art. 9.º/3 do Regulamento também permite ter em conta certas normas suscetíveis de aplicação necessária de terceiros Estados (i.e., que não são o Estado do foro nem o Estado cuja lei é aplicável ao contrato).

Da definição de normas de aplicação imediata que consta do art. 9.º/1 do Regulamento resulta o seu caráter excepcional, mas deve entender-se, embora o ponto não seja pacífico<sup>53</sup>, que pode abranger certas normas imperativas protetoras do tomador do seguro ou do segurado.

Assim, por exemplo, parece defensável que a menção obrigatória à lei aplicável na apólice de seguro (art. 37.º/2/1 do Regime Jurídico do Contrato de Seguro) seja exigível nos contratos que cubram riscos de massa situados em território português, mesmo que a lei reguladora do contrato não seja a portuguesa<sup>54</sup>.

**31.** O art. 9.º/4 do Regime Jurídico do Contrato de Seguro considera inválido o contrato de seguro, sujeito a lei estrangeira, que cubra os riscos identificados no art. 14.º.

O art. 14.º do Regime Jurídico do Contrato de Seguro proíbe o contrato de seguro que cubra os seguintes riscos:

- Responsabilidade criminal, contra-ordenacional ou disciplinar (n.º 1/a), salvo quanto à responsabilidade civil eventualmente associada (n.º 2);
- Rapto, sequestro e outros crimes contra a liberdade pessoal (n.º 1/b), salvo o pagamento de prestações estritamente indemnizatórias (n.º 3);
- Posse ou transporte de estupefacientes ou drogas cujo consumo seja interdito (n.º 1/c);
- Morte de crianças com idade inferior a 14 anos ou daqueles que por anomalia psíquica ou outra causa se mostrem incapazes de governar a sua pessoa (n.º 1/d), salvo o pagamento de prestações estritamente indemnizatórias (n.º 3).

<sup>52</sup> Quando estas normas imperativas resultarem da transposição de diretivas europeias, a sua aplicabilidade também pode resultar, nas relações intracomunitárias, do disposto no art. 3.º/4 do Regulamento. Neste sentido, também P. PIRODDI (n. 6) 275 e 277. Sobre o referido preceito do Regulamento, ver L. DE LIMA PINHEIRO – «Rome I Regulation: Some Controversial Issues», in *Grenzen überwinden – Prinzipien bewahren – Festschrift für Bernd von Hoffmann*, 242-257, Bielefeld, 2011, I, com mais referências.

<sup>53</sup> Cp. REITHMANN/MARTINY/SCHNYDER (n. 6) n.ºs 4762, 4766 e 4768, e *MünchKomm./MARTINY* (n. 6) Art. 7 n.º 54. Em geral, sobre o ponto, ver L. DE LIMA PINHEIRO (n. 52) V, com mais referências.

<sup>54</sup> Ver ainda art. 18.º/1 do mesmo diploma. Ver também N. PISSARRA (n. 2 [2011]) 25, e (n. 2 [2012]) 80. Nos termos do art. 13.º/2 do mesmo diploma estes preceitos não são imperativos nos seguros de grandes riscos.

O art. 14.º/4 estabelece que não «é proibida a cobertura do risco de morte por acidente de crianças com idade inferior a 14 anos, desde que contratada por instituições escolares, desportivas ou de natureza análoga que dela não sejam beneficiárias».

Trata-se de uma cláusula especial de ordem pública internacional que, por força do art. 9.º/4 do Regime Jurídico do Contrato de Seguro, também constitui uma norma de aplicação imediata no sentido do art. 9.º/1 do Regulamento e que, por conseguinte, será sempre aplicável pelos tribunais portugueses<sup>55</sup>.

**32.** Em qualquer caso, outras normas ou princípios fundamentais da ordem jurídica portuguesa que não sejam abrangidos pelo art. 9.º do Regulamento poderão ser relevantes nos termos do art. 21.º do Regulamento (reserva de ordem pública internacional). Este preceito permite, também em casos excepcionais, o afastamento da lei designada pelas normas de conflitos do Regulamento quando essa aplicação seja manifestamente incompatível com a ordem pública internacional portuguesa.

## **IX. Considerações finais**

**33.** O Regulamento Roma I representou um progresso do Direito de Conflitos dos Seguros vigente na ordem jurídica portuguesa, principalmente na medida em que codificou soluções que se encontravam dispersas por diversos instrumentos e que, até certo ponto, parecem justificadas. Mas não só esta justificação se deve tornar mais transparente, como também se afiguram necessários desenvolvimentos e aperfeiçoamentos do regime adotado.

Em especial, entendo que a designação da lei aplicável aos seguros de massa, na falta de escolha válida pelas partes, deve resultar de elementos de conexão devidamente expressos na norma de conflitos e justificados à luz das finalidades por ela prosseguidas, e que não deve estabelecer-se um regime diferenciado em função da localização do risco dentro ou fora da União Europeia.

**34.** O art. 27.º/1 do Regulamento determina que até 17 de junho de 2013 a Comissão apresentará um relatório relativo à aplicação do Regulamento que deve ser acompanhado, se necessário, de propostas de alteração ao Regulamento. Este relatório deve incluir um estudo sobre a legislação aplicável aos contratos de seguro e uma avaliação do impacto das disposições a introduzir, se for caso disso.

De harmonia com as considerações anteriores, numa próxima revisão do Regulamento deveriam ser introduzidas alterações nesta matéria.

**35.** No que toca ao regime interno, também se me afiguram desejáveis alterações, destinadas designadamente a tornar mais claras as relações entre este regime e o do Regulamento e a determinar as normas imperativas que devem ser aplicadas sempre que o seguro, apesar de regido por uma lei estrangeira, apresente certos laços especialmente significativos com Portugal.

---

<sup>55</sup> Cp. N. PISSARRA (n. 2 [2012]) 99.



# LA FUTURA ORDEN EUROPEA DE RETENCIÓN DE CUENTAS PARA SIMPLIFICAR EL COBRO TRANSFRONTERIZO DE DEUDAS EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL

ROSA MIQUEL SALA

*Wissenschaftliche Mitarbeiterin,  
Universität Bayreuth*

Recibido: 12.07.2012 / Aceptado: 19.07.2012

**Resumen:** La futura Orden Europea de Retención de Cuentas nace para hacer frente a los problemas que comportan la diversidad de los derechos procesales civiles de los Estados miembros y el trato de las medidas cautelares en el Reglamento Bruselas I a la hora de asegurar la ejecución en el patrimonio del deudor en litigios transfronterizos. Se tratará de una medida con carácter cautelar, con efectos in rem y adoptada sin audiencia previa al deudor. En la Propuesta de Reglamento, que regula el proceso de adopción y ejecución de la Orden, se remite a los respectivos derechos nacionales para cuestiones sobre las que no existe consenso en los distintos ordenamientos procesales. Este instrumento se tiene que poner en relación con la revisión de la regulación de las medidas cautelares en el Reglamento Bruselas I, que lo podrían hacer menos interesante en la práctica.

**Palabras clave:** retención de cuentas, medidas cautelares, revisión del Reglamento Bruselas I.

**Abstract:** The future European Account Preservation Order has been created in order to deal with the problems arising because of the diversity of the procedural laws of the Member States and the present regulation of provisional measures in the Brussels Regulation, which make the enforcement on the debtor's assets in cross-border disputes difficult. The European Account Preservation Order is a provisional measure with effects in rem which is adopted without a prior hearing of the debtor. In the Regulation's Proposal, which also deals with the procedure for the adoption and the enforcement of the Order, reference is made to the respective national laws for questions in which they strongly differ. This instrument must be considered in relation with the new regulation of provisional measures in the Revision of the Brussels I Regulation, which may render the present project less interesting.

**Key words:** account preservation, provisional measures, revision of the Brussels I Regulation.

**Sumario:** I. Introducción. II. Eficacia de la retención transfronteriza de cuentas bancarias. III. La Orden Europea de Retención de Cuentas para simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil. 1. Ámbito de aplicación del futuro Reglamento. A) Ámbito de aplicación espacial. B) Ámbito de aplicación material. 2. Naturaleza de la medida adoptada. 3. Proceso de obtención y ejecución de la OERC. A) Solicitud antes de la obtención de un título ejecutivo. a) Competencia. b) Requisitos. B) Solicitud después de la obtención de un título ejecutivo. a) Competencia. b) Requisitos. C) Examen de la solicitud. a) Otorgamiento ex parte. b) Práctica de la prueba. D) Decisión sobre la solicitud de OERC. C) Ejecutabilidad E) Ejecución a) Notificación al banco y efecto automático. b) Declaración del banco. c) Notificación al demandado. F) Importe de la OERC. Garantía a prestar por el demandante. G) Límites a la retención. a) Cantidades exentas. b) Retención de cuentas comunes y nominales. c) Prioridad de acreedores concurrentes. d) Derechos de terceros. H) Recursos. a) Recursos del demandante. b) Recursos del demandado. I) Modificación o revocación. J) Vigencia temporal. 4. Coordinación y cooperación de órganos jurisdiccionales y autoridades emisoras. 5. Obtención de información sobre la existencia y el saldo de las cuentas corrientes. 6. Costes, costas y tasas 7. Plazos. IV. Tratamiento de las medidas cautelares en el RBI y en su Propuesta de revisión. V. Relación del futuro Reglamento con otros instrumentos comunitarios. VI. Resumen y conclusiones.

## I. Introducción

1. Es un hecho repetidamente constatado que la persecución del patrimonio del deudor en asuntos transfronterizos constituye hoy en día el talón de Aquiles del Derecho procesal civil europeo: aunque las normas unificadas sobre competencia de los tribunales y los nuevos procesos europeos así como el Título Ejecutivo Europeo han conseguido frenar el fenómeno del forum shopping y agilizar la apertura del proceso ejecutivo, el deudor que posee patrimonio en un Estado miembro distinto del del foro cuenta aún con suficiente tiempo desde que se piden medidas cautelares en un proceso pendiente o durante el proceso de reconocimiento y ejecución de la sentencia como para burlar las medidas del acreedor y trasladar su patrimonio, especialmente si se trata de dinero, a otro Estado. En efecto, si por un lado se ha reducido el coste de las transferencias bancarias dentro del Espacio Económico Europeo y en los demás países de la SEPA y su realización se ha facilitado considerablemente, especialmente a través de la banca electrónica, nos encontramos con que tras la obtención del exequátur puede transcurrir aún un plazo de un mes antes que empiece la ejecución (arts. 43.5, 47.3 RBI), y con que la regulación de las medidas cautelares en el art. 31 RBI plantea una serie de cuestiones que aún no se hallan plenamente resueltas<sup>1</sup>. Además, con la reducción de los costes y la posibilidad de utilizar Internet, la localización de los fondos del deudor tiene que abarcar forzosamente un mayor ámbito territorial, lo que hace aumentar los costes de persecución de la deuda y puede poner al acreedor ante la necesidad de pedir medidas cautelares en uno o varios Estado que no tengan vínculo alguno con la relación jurídica que le une al deudor.<sup>2</sup>

2. El propósito del legislador europeo de mejorar la ejecución transfronteriza viene de lejos.<sup>3</sup> Con la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se crea la Orden Europea de Retención de Cuentas para simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil de 25 de julio de 2011<sup>4</sup> se da un primer paso para acabar con dicho problema, que solamente se podría atajar enteramente, claro está, con una por muchas razones irrealizable unificación del Derecho procesal civil que hiciese desaparecer las limitaciones de carácter espacial de este tipo de medidas. La Comisión apunta desde luego a objetivos mucho más sensatos: después de que en el denominado «Estudio de Heidelberg»<sup>5</sup>, aparecido en el año 2004, se propusiese la creación de una Declaración Europea de bienes (European Assets Declaration), de una Declaración de las entidades bancarias (European Garnishee's Declaration), de una Manifestación de bienes del deudor (European Assets Declaration of the debtor), de una Orden de embargo de cuentas bancarias (European Garnishment Order) y de una Orden de embargo preventivo (European Protective Order) se presentaron dos Libros Verdes, el primero sobre el embargo preventivo de cuentas<sup>6</sup> y el segundo sobre transparencia del patrimonio de los deudores.<sup>7</sup> El proyecto fue reavivado con la excusa de la crisis<sup>8</sup>, y el Proyecto apareció finalmente en julio de 2011. La base competencial para la adopción de estas medidas se encuentra en el art. 81. 2 TFUE,<sup>9</sup> que como anteriormente el Art. 65 TCE permite la elaboración de medidas para garantizar la tutela judicial

<sup>1</sup> Cfr. en resumen infra IV.

<sup>2</sup> Cfr. Commission Staff Working Document. Annex to the Green Paper on improving the efficiency of the enforcement of judgements in the European Union: the attachment of bank accounts, COM (2006) 618 final, p. 5.

<sup>3</sup> Ya en 1998 la Comisión puso de relieve la necesidad de incidir en la mejora de la ejecución y de las medidas cautelares en su Comunicación titulada «Hacia una mayor eficacia en la obtención y la ejecución de las resoluciones judiciales en la Unión europea», COM (1997) 609 final. Esta postura fue recogida en el Programa de Tampere del año 2000.

<sup>4</sup> COM (2011) 445 final.

<sup>5</sup> B. HESS, Study No. JAI/A3/2002/02 on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union: Transparency of Assets, Attachment of Bank Accounts, Provisional Enforcement and Protective measures, 2004. [http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/enforcement\\_judicial\\_decisions\\_180204\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/enforcement_judicial_decisions_180204_en.pdf)

<sup>6</sup> COM (2006) 618 final.

<sup>7</sup> COM (2008) 128 final.

<sup>8</sup> B. HESS, «Der Vorschlag der EU-Kommission zur vorläufigen Kontenpfändung – ein wichtiger Integrationschritt im europäischen Zivilverfahrensrecht», *Deutsche Gerichtsvollzieher-Zeitung* 4 2012, p. 70.

<sup>9</sup> Cfr. al respecto, A. PÉREZ RAGONE/R. MIQUEL SALA, «Ejecución transfronteriza en la Unión Europea: reflexiones desde Budapest», *AEDIPr* 2009, p. 1319-1336; M. ROSSI, «Art. 81 AEUV», en C. CALLIESS/M. RUFFERT, *EUV/AEUV*, Múnich, C.H. Beck, 4ª ed. 2011, Rn. 18 ss.; B. HESS, «Art. 81 AEUV», en E. GRABITZ/M. HILF/M. NETTESHEIM, *Das Recht der Europäischen Union*, Múnich, C.H. Beck, 2011, Rn. 39 ss.

efectiva y el reconocimiento mutuo de resoluciones y para eliminar obstáculos al buen funcionamiento de los procesos civiles, entendiéndose incluido en el presente contexto el buen funcionamiento de la ejecución. El futuro Reglamento no va a ser aplicable en Dinamarca y en principio tampoco en Reino Unido ni en Irlanda, a no ser que estos dos últimos Estados hagan uso del opt in. Ahora mismo, la postura del Reino Unido parece ser contraria a la aplicación del Reglamento.<sup>10</sup>

3. La Propuesta de Reglamento pretende crear un proceso europeo para la obtención de una medida cautelar (en adelante, la OERC) que, precisamente por haberse obtenido del mismo modo en todos los Estados miembros, podrá, por regla general, ser ejecutada directamente en los mismos. Se trata aquí solamente de la traba o afección de los fondos de la cuenta o cuentas para garantizar la ejecución posterior. El legislador europeo ha optado pues por no regular todas las medidas cautelares posibles, sino una medida cautelar concreta, pero quizá la de mayor importancia práctica. Curiosamente, esta es la misma estrategia que se ha seguido en derecho de obligaciones, donde por el momento va a existir solamente un instrumento opcional para el contrato de compraventa. La OERC podrá dictarse en distintos estadios procesales: como medida cautelar típica antes<sup>11</sup> o durante la pendencia del proceso sobre el fondo, como medida cautelar en el sentido del art. 47.1 RBI cuando una vez obtenida la sentencia u otro título ejecutivo se pida su reconocimiento y ejecución en el Estado en que se encuentre la cuenta, y como medida cautelar en el sentido del art. 47.2 RBI de haberse obtenido ya la ejecutabilidad del título.

4. Las ventajas de una OERC parecen evidentes. Su introducción va a agilizar sin duda la realización de este tipo de medidas en litigios transfronterizos, superando en gran medida, aunque no completamente, los problemas derivados de la pluralidad de ordenamientos procesales<sup>12</sup>, de cuyo engarce con el proceso europeo trata la Sección tercera de la Propuesta de Reglamento. Aunque ahora mismo la prioridad es la revisión del Reglamento Bruselas I, por lo que no existe certeza sobre cuándo va a entrar en vigor el Reglamento sobre la OERC<sup>13</sup>, lo cierto es que en lo tocante a cuestiones de competencia y reconocimiento y ejecución, la Propuesta de revisión del Reglamento Bruselas I y la Propuesta de Reglamento siguen un mismo modelo, por lo que lo ideal sería que entrasen en vigor conjuntamente.<sup>14</sup>

## II. Posibilidad de la Retención transfronteriza de Cuentas bancarias

5. Se había discutido ampliamente, sobre todo por parte de la doctrina alemana<sup>15</sup>, hasta qué punto era posible de hecho ordenar la retención de cuentas abiertas en sucursales bancarias situadas en el extranjero en el marco de un procedimiento de ejecución forzosa. A primera vista, podría creerse que este tipo de medidas son incompatibles con el principio de territorialidad, y podría considerárselas como vulneradoras de la soberanía del Estado en el que se sitúa la cuenta bancaria. Como consecuencia, sería necesario determinar con precisión en qué casos se estaría ante una ejecución transfronteriza, por ejemplo determinando el lugar de situación del derecho de crédito, que podría considerarse nacional

<sup>10</sup> B. HESS, «Der Vorschlag der EU-Kommission zur vorläufigen Kontenpfändung – ein wichtiger Integrationschritt im europäischen Zivilverfahrensrecht», *Deutsche Gerichtsvollzieher-Zeitung* 4 2012, p. 75, nota 64.

<sup>11</sup> En contra, por considerar que se podrían producir fraudes, U. FRAUENBERGER-PFEILER, en M. KENGYEL/V. HARSAGI (coords.), *Grenzüberschreitende Vollstreckung in der Europäischen Union*, Múnich, Sellier, 2011, p. 165.

<sup>12</sup> Cfr. para Alemania, Finlandia, Italia, Estonia, Letonia, Lituania, Austria, Polonia, Eslovenia y Hungría M. KENGYEL/V. HARSAGI (coords.), *Grenzüberschreitende Vollstreckung in der Europäischen Union*, Múnich, Sellier, 2011.

<sup>13</sup> B. SUJECKI, «Die Entwicklung des europäischen Privat- und Zivilprozessrechts im Jahr 2011», *Europäische Zeitung für Wirtschaftsrecht* 9 2012, p. 327.

<sup>14</sup> Cfr. infra IV y V.

<sup>15</sup> Cf. referencias en M.-Á. MICHINEL ÁLVAREZ, *Embargo internacional de créditos*, 2000, p. 31 s.; H. KOTRSCHAL/N. STALBERG, «Die grenzüberschreitende Vollstreckung von Pfändungs- und Überweisungsbeschlüssen in Geldforderungen ausländischer Drittschuldner, insbesondere in ausländischen Bankguthaben», *Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht*, 2009, p. 38 ss; G.-S. HÖK, «Grenzüberschreitende Zwangsvollstreckung», *ZAP* Nr. 13 vom 5.7.2006, p. 697-701.

si la cuenta estuviese situada en una sucursal extranjera sin personalidad jurídica propia,<sup>16</sup> aunque se ha argumentado que podría ser relevante el lugar pactado para el cumplimiento.<sup>17</sup> Estas afirmaciones son sin embargo equivocadas, tanto por lo que respecta a la decisión de ordenar la medida en cuestión, como por lo que respecta a su posterior notificación en el propio Estado de situación de la cuenta, ya sea directamente por vía postal o a través de las autoridades del Estado de situación de la cuenta. Ello es así porque la retención (traba o constitución de un derecho de prenda a favor del acreedor, dependiendo del derecho aplicable) de un derecho de crédito, que tiene como consecuencia una prohibición de disponer para el deudor bien se puede calificar de «coacción intelectual» (*contrainte intellectuelle*), común a todas las normas jurídicas,<sup>18</sup> y es tan admisible como la creación de normas materiales especiales o la afirmación de la competencia de los propios tribunales para conocer de supuestos con elemento de extranjería. Las mismas reflexiones valen, *mutatis mutandis*, para la retención de cuentas ordenada como medida cautelar.<sup>19</sup> Por lo tanto, no cabe dudar de la jurisdicción de los órganos de cualquier Estado para ordenar, ya sea como medida de ejecución o como medida cautelar, la retención transfronteriza de los fondos de una cuenta bancaria situada en el extranjero,<sup>20</sup> siempre que se respeten el principio de vinculación mínima y, en su caso, el principio de inmunidad de jurisdicción.<sup>21</sup> Así lo entienden algunas sentencias más o menos recientes.<sup>22</sup>

6. En realidad, con la mera notificación de la medida al tercero deudor (entidad bancaria) simplemente se informa a éste de que en el Estado del tribunal que dicta la medida se considera que su pago al deudor/demandado/ejecutado no tendrá efecto liberatorio.<sup>23</sup> Se crea así pues una situación jurídica claudicante,<sup>24</sup> que puede tener finalmente como consecuencia la obligación del tercero deudor de realizar un doble pago. Precisamente para evitar que el tercero deudor tenga que realizar un doble pago, la jurisprudencia inglesa ha negado en una criticada sentencia la posibilidad de dictar medidas de este tipo a sus propios tribunales.<sup>25</sup> Por otro lado, para que el demandante/ejecutante pudiese hacer valer, en su caso, la falta de efecto liberatorio de un pago efectuado por el tercero deudor, no le quedaría otro remedio que pedir el reconocimiento de la medida adoptada ante los tribunales del Estado en el que ésta debería surgir efecto. La cuestión clave es pues no la relativa a admisibilidad de dichas medidas, sino a la efectividad de las mismas.<sup>26</sup> Llegados a este punto debe tenerse en cuenta que el hecho de que las

<sup>16</sup> Cfr. citando el art. 2 g) apartado 3º del Reglamento Insolvencia Reglamento Insolvencia B. HESS, «Die Europäische Kontenpfändung aus der Perspektive eines Europäischen Vollstreckungsrechts», en D. BAETGE/J. VON HEIN/M. VON HINDEN (coords.), *Die richtige Ordnung, Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*, Tübinga, Mohr Siebeck, 2008, p. 801.

<sup>17</sup> D. MÜHLHAUSEN, «Zwangsvollstreckungsmaßnahmen deutscher Gerichte in Bankguthaben von Inländern bei Auslandsfilialen», *Wertpapier-Mitteilungen* 33 1986, p. 960; G.-S. HÖK, «Grenzüberschreitende Zwangsvollstreckung», *ZAP* Nr. 13 vom 5.7.2006, p. 697; cfr. en general sobre la localización del crédito B. HESS, *Study No. JAI/A3/2002/02 on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union: Transparency of Assets, Attachment of Bank Accounts, Provisional Enforcement and Protective measures*, 2004, p. 77 s.

<sup>18</sup> G. CUNIBERTI, «Le principe de territorialité des voies d'exécution», *Journal du droit international* 2008, p. 974 s.

<sup>19</sup> R. GEIMER, *Internationales Zivilprozessrecht*, Schmidt (Otto), Colonia, 6ª ed., 2009, p. 196, Rn. 399a, 399b.

<sup>20</sup> En contra D. MÜHLHAUSEN, «Zwangsvollstreckungsmaßnahmen deutscher Gerichte in Bankguthaben von Inländern bei Auslandsfilialen», *Wertpapier-Mitteilungen* 33 1986, p. 989.

<sup>21</sup> M.-Á. MICHINEL ÁLVAREZ, *Embargo internacional de créditos*, 2000, p. 36 s.

<sup>22</sup> Cfr. Sobre una *saisie-attribution* de los fondos de una cuenta situada en el Principado de Mónaco practicada por un huissier francés (Cour de cassation, civile, Chambre civile 2, 14 février 2008, 05-16.167, Publié au bulletin); cfr. también por ejemplo la sentencia del OGH austriaco de 18.12.1996 (3Ob98/95), que afirma que la medida adoptada sería una medida normativa y no de ejecución y por tanto estaría no sujeta al principio de territorialidad, y considera que la misma tendría posibilidades de éxito si el Estado del domicilio del deudor no la considerase lesiva de su soberanía y prestase el auxilio necesario para su notificación.

<sup>23</sup> H. KOTRSCHAL/N. STALBERG, «Die grenzüberschreitende Vollstreckung von Pfändungs- und Überweisungsbeschlüssen in Geldforderungen ausländischer Drittschuldner, insbesondere in ausländischen Bankguthaben», *Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht*, 2009, p. 41.

<sup>24</sup> G. CUNIBERTI, «Le principe de territorialité des voies d'exécution», *Journal du droit international*, 2008, p. 993.

<sup>25</sup> *Société Eram Shipping Company Limited and others v. Hong Kong and Shanghai Banking Corporation Limited*, [2003] UKHL 30. Cfr. sin embargo Cour de Cassation, Chambre civile 2, du 30 janvier 2002, 99-21.278, Inédit.

<sup>26</sup> W. BREHM, «§ 829 ZPO», en F. STEIN/M. JONAS (coords.), *Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO*, Band 8, Tübinga, Mohr Siebeck, 2004, Rn. 24; M.-Á. MICHINEL ÁLVAREZ, *Embargo internacional de créditos*, 2000, p. 36 s.

autoridades del Estado de ejecución presten auxilio para la notificación no prejuzga la posibilidad de un reconocimiento por parte de dicho Estado.

7. Al contrario que las órdenes de embargo decretadas en el marco de la ejecución forzosa, que no se consideran decisiones en el sentido del art. 32 RBI y no van a ser reconocidas en el Estado de ejecución (que además ostenta el monopolio de la ejecución en virtud del art. 22.5 RBI), las medidas cautelares recogidas en el art. 31 RBI se consideran por lo general decisiones en el sentido del art. 32 y son por lo tanto susceptibles de reconocimiento y ejecución en otro Estado miembro. De hecho, cuando el TJCE ha fijado los requisitos adicionales que debe cumplir una medida cautelar para ser reconocida, ha confirmado también implícitamente que la mera ordenación de la retención de una cuenta no vulnera el principio de territorialidad ni la soberanía del Estado en la que ésta está situada. El Reglamento propuesto, así como la Propuesta de Revisión del RBI van un paso más allá, y establecen el reconocimiento y la ejecución automáticas de las medidas cautelares de carácter transfronterizo, permaneciendo los actos puramente de ejecución bajo la competencia de los tribunales del Estado miembro del lugar de ejecución.

### III. La Orden Europea de Retención de Cuentas para simplificar el cobro transfronterizo de deudas en materia civil y mercantil

#### 1. Ámbito de aplicación del futuro Reglamento

##### A) Ámbito de aplicación espacial

8. Según la Propuesta de Reglamento, la OERC se aplicará solamente en el marco de asuntos con repercusión transfronteriza de acuerdo con la definición de los mismos contenida en el art. 3. Resulta interesante observar que dicha definición no coincide con la contenida, por ejemplo, en el Reglamento del Proceso Monitorio Europeo o en el Reglamento del Proceso Europeo de Escasa Cuantía, en los que el carácter transfronterizo de un asunto se da cuando una de las partes tiene su domicilio o residencia habitual en un Estado miembro distinto de aquél al que pertenezca el órgano jurisdiccional que conoce del asunto. En su momento ya se criticó que en el marco de estos Reglamentos solamente se tuviese en cuenta el elemento personal a la hora de determinar el ámbito de aplicación de dichos procesos europeos, que pese a contener normas sobre la ejecución, no contemplan la posible situación de elementos patrimoniales en otro Estado miembro como supuesto adicional de existencia de un asunto transfronterizo.<sup>27</sup> Este error no se ha cometido en el art. 3 de la Propuesta de Reglamento y se ha optado por una definición negativa, basada en el art. 1 de la Convención de la Haya sobre acuerdos de elección del foro<sup>28</sup>, en la que se afirma en todo caso la aplicabilidad del futuro Reglamento salvo que el órgano jurisdiccional al que se solicita la OERC, todas las cuentas bancarias a retener según la orden y las partes en el litigio se encuentren o estén domiciliadas en el mismo Estado miembro. Como consecuencia, parece que incluso si solamente una de las cuentas a retener estuviese domiciliada en un Estado miembro distinto del Estado miembro en el que se encuentran las demás cuentas, las partes o el órgano jurisdiccional, también podrá aplicarse el futuro Reglamento.<sup>29</sup> En este caso se produciría una concurrencia de la OERC con las medidas cautelares previstas por el derecho nacional. No obstante, llama la atención la sutil diferenciación entre «asunto transfronterizo», que es el término que se venía utilizando en los Reglamentos anteriores, y «materia con repercusión transfronteriza», que como se ha visto puede abarcar supuestos que si bien no llegan a ser meramente internos, pueden presentar vínculos más estrechos con

<sup>27</sup> Entre otros S. LEIBLE/R. FREITAG, *Forderungsbeitreibung in der EU*, Múnich, C.H. Beck, 2009, p. 92, Rn. 232; U.-P. GRUBER, «Art. 3 EG-MahnVO», en T. RAUSCHER (dir.), *EuZPR/EuIPR*, Bearbeitung 2010, Múnich, Sellier, Rn. 7.

<sup>28</sup> Cfr. Exposición de motivos, p. 6.

<sup>29</sup> El Max Planck Institut proponía aplicar la OERC solamente a la cuenta o cuentas situadas en el extranjero, cfr. MAX PLANCK WORKING GROUP, «Comments on the European Commission's Green Paper on Improving the Efficiency of the Enforcement of Judgements in the European Union: the Attachment of Bank Accounts», [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/judgements/contributions/academics/max\\_planck\\_working\\_group\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/judgements/contributions/academics/max_planck_working_group_en.pdf), p. 4.

el Estado de residencia habitual o de domicilio común de las partes. Tampoco se ha determinado en qué momento debe producirse dicha repercusión transfronteriza. Con ello se garantiza el recurso a la Orden incluso en aquellos casos en los que en el momento de incoarse el procedimiento la repercusión transfronteriza del mismo se desconocía, por ignorar el demandante la existencia de cuentas bancarias en el extranjero, o, sobre todo, cuando durante la pendencia del proceso se produce el traslado de efectivos a cuentas situadas en el extranjero.

9. Ello enlaza con la ya de sobras conocida discusión sobre si determinados actos del legislador europeo deberían limitarse a supuestos con carácter transfronterizo o deberían abarcar también supuestos de carácter meramente interno, lo que a su vez está en relación con la cuestión de la competencia de los ordenamientos, en este caso procesales, de los Estados miembros. Esta cuestión se planteó ya en el marco de los Reglamentos sobre el Proceso monitorio Europeo<sup>30</sup> y el Proceso Europeo de Escasa cuantía, que se han concebido como alternativas a los instrumentos procesales contenidos con anterioridad en los respectivos derechos nacionales y que, al adoptar la forma del Reglamento, se integran en los mismos desde el momento de su entrada en vigor. La aparición de Reglamentos destinados exclusivamente a facilitar la justicia transfronteriza no debe despertar excesivos recelos, siempre que los instrumentos desarrollados sean compatibles con los derechos fundamentales y los principios que rigen los ordenamientos procesales civiles de los Estados miembros, de forma que la aplicación supletoria de las distintas normas procesales sea posible con mínimas adaptaciones atendiendo a la alteración de los intereses en juego que supone el carácter transfronterizo del asunto. La simplificación de los litigios transfronterizos y la mayor celeridad de ella derivada beneficia, en principio, a ambas partes procesales. La aplicación de estos nuevos Reglamentos disminuye los costes de información sobre el derecho, y además elimina, al menos en parte, las dudas del órgano jurisdiccional extranjero encargado de la ejecución sobre el respeto al orden público procesal en el Estado miembro que ha dictado la resolución de que se trate. Es por ello que también se prevé la ejecutabilidad directa de las decisiones resultantes.

10. No resulta extraño, en la práctica, que una misma pretensión se pueda hacer valer por distintos cauces procesales, siendo el ejemplo más claro de ello la posibilidad de recurrir a un monitorio en lugar de incoar un procedimiento declarativo. Ahora bien, la necesidad de eliminar la diferenciación entre supuestos nacionales y transfronterizos es más que discutible, sin olvidar que de llevarse a cabo se atentaría directamente contra los límites de las competencias comunitarias. Cuestión distinta es que los legisladores nacionales puedan recoger las influencias de los actos europeos en sus normas destinadas a supuestos internos, lográndose así una deseable armonización más allá de lo establecido por las distintas Directivas.<sup>31</sup>

## B) Ámbito de aplicación material

11. De acuerdo con el art. 2 de la Propuesta, el futuro Reglamento va a compartir, en lo esencial, el ámbito de aplicación con el Reglamento Bruselas I. En este punto debe recordarse que el art. 5.2. de dicho Reglamento ha quedado derogado tras la entrada en vigor, el 18 de junio de 2001, del Reglamento Bruselas III. Debe tenerse en cuenta que originariamente estaba prevista la introducción en el Reglamento Bruselas III de una orden de embargo temporal de cuenta bancaria que posteriormente no se llegó a adoptar por la oposición de numerosos Estados miembros,<sup>32</sup> recibiendo las medidas cautelares en los arts. 14 y 36 del Reglamento 4/2009/CE el mismo trato que en los arts. 31 y 47 del Reglamento Bruselas I. Parece sin embargo que una de las razones por las que no se siguió en esta dirección fue precisamente la futura introducción de una Orden de retención de cuentas con carácter general<sup>33</sup>, y por ello debería

<sup>30</sup> Cfr. Por ejemplo L. GÓMEZ AMIGO, *El Proceso Monitorio Europeo*, Cizur Menor, Aranzadi, 2008, p. 68 s.

<sup>31</sup> Cfr. al respecto Commission Staff Working Document SEC (2006) 1341, p. 8.

<sup>32</sup> Art. 35 de la Propuesta de Reglamento COM (2005) 649 final. Cfr. al respecto M. Á. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, «La regulación del Reglamento 4/2009 en materia de obligaciones de alimentos: competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de sentencias», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales* 10 2010, p. 30.

<sup>33</sup> R. WAGNER, «Zur Vereinheitlichung des Internationalen Privat- und Zivilverfahrensrechts acht Jahre nach Inkrafttreten des Amsterdamer Vertrags», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2007, p. 627, 629.

partirse de la base de que también en el marco de un litigio en materia de alimentos podría solicitarse una OERC. En materia de regímenes matrimoniales, efectos patrimoniales de las uniones registradas o sucesiones, la delimitación del ámbito material de aplicación se hace por referencia a las normas correspondientes de futuros Reglamentos comunitarios sobre la materia<sup>34</sup>, y la extensión del ámbito de aplicación a dichas materias se supedita también a la entrada en vigor de dichos Reglamentos.

**12.** La exclusión del arbitraje se ha producido, según se afirma en la Exposición de Motivos, porque su inclusión plantearía cuestiones complejas que todavía no han sido resueltas por el derecho de la UE, y que no se considera adecuado abordar por primera vez en el marco del futuro Reglamento. Como ejemplo, se cita la cuestión relativa a las circunstancias en las que los laudos arbitrales pueden ser equiparados a las resoluciones judiciales. Pero la posibilidad de considerar la adopción de medidas cautelares con efecto transfronterizo por parte de los árbitros depende también de la existencia de un consenso sobre la posibilidad de éstos de adoptar medidas cautelares de forma autónoma, sin que la ejecución de las mismas se tenga que dejar a los jueces nacionales<sup>35</sup>.

## 2. Naturaleza de la medida adoptada

**13.** Las medidas cautelares dirigidas a inmovilizar los activos del deudor existentes en los distintos ordenamientos procesales pueden clasificarse, según sus efectos, en medidas «in rem» o «in personam». Mientras que con las primeras se protege al acreedor de la adquisición de los bienes embargados y se garantiza su prioridad en el caso de múltiples embargos,<sup>36</sup> una medida cautelar «in personam» simplemente establece una prohibición de disponer para el deudor,<sup>37</sup> cuya vulneración se traducirá en una sanción impuesta por el tribunal. De acuerdo con el art. 21.6 de la Propuesta, la OERC que se dictará de acuerdo con los dos procedimientos previstos deberá evitar que la cantidad en ella especificada sea transferida, retirada o enajenada por el demandado o sus acreedores. Se echa en falta, por lo tanto, una mayor concreción sobre los efectos de la OERC.<sup>38</sup> Sin embargo, tanto en el Commission Staff Working Document como en la Exposición de Motivos se recoge claramente la voluntad de no dejar la cuestión de los efectos de la OERC a los derechos nacionales, sino de crear una Orden con efectos «in rem». De acuerdo con la Comisión, inspirada por el estudio del Prof. Hess, consecuencia de ello sería que cualquier operación realizada se consideraría nula «respecto del acreedor» (against the creditor).<sup>39</sup>

## 3. Proceso de obtención y ejecución de la OERC

### A) Solicitud antes de la obtención de un título ejecutivo

#### a) Competencia

**14.** Si no se ha obtenido aún título ejecutivo (es decir, si no se ha dictado aún una decisión sobre el fondo o ésta no es aún ejecutable en el Estado donde se encuentra la cuenta), de acuerdo con el

<sup>34</sup> Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económico matrimoniales, COM (2011) 126 final; Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y los actos auténticos en materia de sucesiones y a la creación de un certificado sucesorio europeo, COM (2009), 154 final.

<sup>35</sup> Cfr. art. 730.3 LEC.

<sup>36</sup> Cfr. infra 3. F) c).

<sup>37</sup> Cf. por ejemplo A. BURNS, «Provisional Measures in European Civil Procedure Laws – Preservation of Variety or Need of Harmonisation?», en R. STÜRNER/M. KAWANO, *Comparative Studies on Enforcement and Provisional Measures*, Tubinga, Mohr Siebeck 2011, p. 184 ss.; B. HESS, Study No. JAI/A3/2002/02 on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union: Transparency of Assets, Attachment of Bank Accounts, Provisional Enforcement and Protective measures (2004), p. 120 ss.

<sup>38</sup> M. MÜLLER, «Der Kommissionsvorschlag für einen Europäischen Beschluss zur vorläufigen Kontenpfändung», *Recht der internationalen Wirtschaft* 3 2012, p. 155.

<sup>39</sup> Commission Staff Working Document, SEC (2006), 1341, p. 19.

art. 6. 1 de la Propuesta la competencia para dictar la OERC se atribuye exclusivamente a los órganos jurisdiccionales, excluyéndose la competencia de las autoridades de ejecución (bailiff, Gerichtsvollzieher, huissier de justice, ufficiale giudiziario) existentes en algunos Estados miembros. Dicha decisión está plenamente justificada porque la adopción de la OERC en estos casos viene supeditada al examen del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*. La competencia para dictar la OERC va a recaer en el órgano jurisdiccional que conoce o vaya a conocer del fondo o en el órgano jurisdiccional situado en el Estado miembro en el que se encuentra la cuenta bancaria. A diferencia pues de lo que ocurre en el marco del actual art. 31 RBI, no se plantea la cuestión sobre la posibilidad de determinar la competencia de dicho tribunal en base a las normas generales de competencia del Reglamento o en base a competencias exorbitantes contenidas en el derecho autónomo del Estado miembro del propio tribunal.

**15.** La competencia del órgano jurisdiccional que conoce del fondo del asunto se va a determinar de acuerdo con las normas generales, pero en caso de existir más de un tribunal competente de acuerdo con el Reglamento Bruselas I será competente para dictar la OERC aquel tribunal ante el que se haya presentado definitivamente la demanda, y de no haberse incoado aún el procedimiento, el tribunal en el que el demandado pretenda presentar la demanda, sin que el texto del art. 6 de la Propuesta de Reglamento permita al demandante escoger tribunal, como ocurriría en el caso de solicitarse una medida cautelar en base al art. 31 RBI.<sup>40</sup> De acuerdo con el art. 13, el demandante debe incoar el procedimiento en un plazo de 30 días o en uno más breve fijado por el órgano jurisdiccional que dictó la Orden. Aunque dicho artículo tampoco menciona ante qué tribunal deberá incoarse posteriormente el procedimiento, tendría poco sentido que la demanda se presentase ante un tribunal distinto que el que fijó el plazo para su presentación. De entenderse, en contra de lo que se desprende del art. 6 de la Propuesta de Reglamento, que no necesariamente se tiene que presentar la demanda ante el mismo tribunal que dictó la Orden, sería posible, además, modificar la Propuesta de modo que la vigencia temporal de la OERC se pudiese alargar por la incoación de un proceso monitorio<sup>41</sup> o haciendo constar un acuerdo de las partes de someter su controversia a mediación o arbitraje.<sup>42</sup>

**16.** Igual que en la Propuesta de revisión del Reglamento Bruselas I, que no permite el reconocimiento y ejecución de las decisiones dictadas por un Tribunal que no sea el del fondo, la Orden dictada por el tribunal del lugar de situación de la cuenta no puede tener efectos más allá del territorio donde se encuentra la cuenta. El procedimiento previsto en este caso, basado en la cooperación de los distintos tribunales tanto a la hora de realizar las notificaciones como a la hora de suministrar información, es ya por sí mismo incompatible con la eficacia extraterritorial de una OERC dictada por un órgano jurisdiccional que no es el que conoce del fondo. Ello queda subrayado por el art. 23 de la Propuesta, que establece que existiendo ya un título ejecutivo solamente serán reconocidas y ejecutadas automáticamente las OERC que hayan sido emitidas por un tribunal que conoció del fondo del asunto.

## b) Requisitos

**17.** Con independencia de si existe o no título ejecutivo, para solicitar una OERC el demandante debe rellenar el formulario del Anexo 1. Allí se habla solamente de «la» deuda, por lo que en principio debe descartarse la posibilidad de pedir simultáneamente la retención de una o varias cuentas bancarias por distintas deudas con un mismo sujeto.

<sup>40</sup> Cfr. con la misma opinión, M. MÜLLER, «Der Kommissionsvorschlag für einen Europäischen Beschluss zur vorläufigen Kontenpfändung», *Recht der internationalen Wirtschaft* 3 2012, p. 153; interpretando que existe la posibilidad de escoger de entre los distintos tribunales competentes B. SUJECKI, «Grenzüberschreitende Pfändung in der EU», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht* 10 2011, p. 416. Cfr. sobre el Reglamento Bruselas I S. LEIBLE/ R. FREITAG, *Forderungsbetreibung in der EU*, München, C.H. Beck 2008, p. 173.

<sup>41</sup> Cfr. B. SUJECKI, «Grenzüberschreitende Pfändung in der EU», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht* 10 2011, p. 417.

<sup>42</sup> Cfr. MAX PLANCK WORKING GROUP, Comments on the European Commission's Green Paper on Improving the Efficiency of the Enforcement of Judgements in the European Union: the Attachment of Bank Accounts, [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/judgements/contributions/academics/max\\_planck\\_working\\_group\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/judgements/contributions/academics/max_planck_working_group_en.pdf), p. 41.



18. Cuando el proceso principal aún está pendiente o no se ha incoado, la obtención de la orden se supedita a la acreditación de la fundamentación de la demanda y del riesgo para la ejecución posterior.<sup>43</sup> El examen de la fundamentación de la pretensión, con carácter sumario, tiene que ser solamente prima facie, es decir, debe limitarse a apreciar la existencia o no de *fumus boni iuris* y de *periculum in mora*. Aún así, los distintos Estados miembros van a aplicar sus propios estándares para determinar cuándo se puede considerar lo suficientemente acreditada la fundamentación de la demanda.<sup>44</sup> Si se presenta ante el tribunal del Estado miembro en el que se encuentra la cuenta bancaria una resolución judicial, transacción judicial o documento público con fuerza ejecutiva que no ha sido objeto de reconocimiento en el Estado de ejecución pero que cumple los requisitos para serlo, se entenderá acreditada la fundamentación de la demanda.

19. Una vez recibida la solicitud, redactada de acuerdo con el formulario del Anexo I, el órgano jurisdiccional va a examinar de oficio la aplicabilidad del Reglamento, su competencia, la existencia de *fumus boni iuris* y de *periculum in mora* y si se han aportado todas las informaciones requeridas de acuerdo con el art. 8.2. En caso de haberse presentado la solicitud de forma deficiente, el órgano jurisdiccional ofrecerá la posibilidad de su subsanación, salvo que con las informaciones recibidas ya fuese patente la falta de fundamentación de la solicitud. Debido al carácter voluntario de la medida solicitada, en la Propuesta se prescinde con razón de la fijación de un plazo para la subsanación.

20. Según el art. 8.4, la solicitud se puede presentar por cualquier medio de comunicación, incluido el correo electrónico. De la Propuesta de Reglamento desaparece el requisito, contenido en Reglamentos anteriores<sup>45</sup>, de que el medio de comunicación esté admitido por el derecho del Estado del órgano jurisdiccional de que se trate.<sup>46</sup>

## B) Solicitud después de la obtención de un título ejecutivo

### a) Competencia

21. En caso de mediar ya un título ejecutivo, la competencia para dictar la OERC ya no es exclusiva de los órganos jurisdiccionales: En el art. 14 se afirma la competencia del órgano jurisdiccional que dictó la resolución judicial o transacción judicial, pero también pueden dictar una OERC las autoridades competentes del Estado miembro donde el documento público se haya expedido. En este caso, sin embargo, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con el art. 23 de la Propuesta de Reglamento, solamente las OERC dictadas por un órgano jurisdiccional son automáticamente ejecutables en todos los Estados miembros.

22. Por ello, resulta imprescindible la posibilidad de solicitar la OERC directamente ante la autoridad del Estado miembro de ejecución designada a tal fin por los Estados miembros (autoridad emisora), que deben informar de ello a la Comisión de acuerdo con el art. 48 de la Propuesta de Reglamento. De la lectura del art. 14.3 se desprende que, en este caso, la autoridad designada como competente por el Estado de ejecución podrá dictar una OERC tanto en base a un documento público con

<sup>43</sup> Este segundo requisito no se pide, por ejemplo, en derecho francés, cfr. Commission Staff Working Document, SEC (2006), 1341, p. 12.

<sup>44</sup> B. HESS, «Der Vorschlag der EU-Kommission zur vorläufigen Kontenpfändung – ein wichtiger Integrationschritt im europäischen Zivilverfahrensrecht», *Deutsche Gerichtsvollzieher-Zeitung* 4 2012, p. 72; cfr. sobre las distintas concepciones de estos requisitos B. HESS, *Study No. JAI/A3/2002/02 on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union: Transparency of Assets, Attachment of Bank Accounts, Provisional Enforcement and Protective measures*, 2004, p. 129. De acuerdo con el Max Planck Institut tendría que dejarse claro que no basta con alegar riesgo de insolvencia del deudor o la existencia de otros acreedores, cfr. MAX PLANCK WORKING GROUP, *Comments on the European Commission's Green Paper on Improving the Efficiency of the Enforcement of Judgements in the European Union: the Attachment of Bank Accounts*, [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/judgements/contributions/academics/max\\_planck\\_working\\_group\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/judgements/contributions/academics/max_planck_working_group_en.pdf), p. 9.

<sup>45</sup> Cfr. art. 4 del Reglamento 861/2007.

<sup>46</sup> Cfr. art. 268 LEC.

fuerza ejecutiva como en base a una resolución o transacción judicial. La intervención de autoridades de ejecución es tradicional en los ordenamientos procesales de muchos Estados miembros y es posible admitirla sin reservas cuando existe título ejecutivo. Serán entonces los respectivos derechos nacionales los que articularán la forma en que dichas autoridades concederán, en su caso, audiencia al demandado en el improbable caso de pedirlo el demandante (art. 14. 4, art. 10).

## **b) Requisitos**

**23.** En presencia de título ejecutivo, la OERC se puede obtener simplemente con la presentación ante el órgano jurisdiccional que dictó la resolución judicial, ante la autoridad competente del Estado miembro en que el documento público haya sido expedido o ante la autoridad emisora del Estado miembro de ejecución del formulario del Anexo 1 debidamente cumplimentado. El acreedor ha de declarar que el deudor aún no ha cumplido. Si éste ha sido necesario, debe adjuntarse el exequátur. En este caso se ha prescindido de la posibilidad de regular la posible subsanación de un formulario con datos erróneos o insuficientes. El juez examina solamente si existe riesgo para la ejecución posterior, sin entrar a evaluar la fundamentación de la demanda.

## **C) Examen de la solicitud**

### **a) Otorgamiento ex parte**

**24.** A diferencia de lo mantenido por el TJCE en su cuestionada jurisprudencia sobre las medidas cautelares<sup>47</sup>, en la Propuesta de Reglamento se hace hincapié en que al deudor no se le va a notificar la presentación de la solicitud ni va a ser oído antes de la adopción de la Orden, pero el demandante puede solicitar lo contrario. La razón por la que se puede prescindir del requisito de la audiencia previa es que el proceso introducido garantiza en todo caso la audiencia posterior al deudor. Cabe preguntarse desde luego qué razones podría tener el acreedor, a quien precisamente le interesa evitar que el deudor tenga la oportunidad de reaccionar ante la Orden, para realizar una solicitud de este tipo. Es cierto que el mero anuncio de un hipotético bloqueo de las cuentas bancarias puede ser un incentivo para lograr el cumplimiento o ejecución voluntaria por parte del deudor, pero es de suponer que una vez se realiza efectivamente la solicitud de retención de la cuenta ya se han ejercido extrajudicialmente este tipo de comunicaciones. Por lo tanto, en el art. 10 de la Propuesta se concede una facultad al acreedor de la que raramente va a hacer uso, incluso cuando el efecto sorpresa no se considere necesario, y que por lo tanto puede considerarse innecesaria.

### **b) Práctica de prueba**

**25.** En el formulario del Anexo 1 se permite la aportación de medios de prueba escritos. Debido al carácter (o a la repercusión) transfronteriza del asunto, y tal como ocurría también en sede de otros Reglamentos<sup>48</sup> en la Propuesta de Reglamento se pretende el recurso a la oralidad solamente cuando ello sea imprescindible. Como consecuencia, en el art. 11.1 se remite como principal forma de complementación de los medios de prueba presentados en el escrito de solicitud a declaraciones escritas de testigos o peritos. Sin embargo, en realidad en el apartado siguiente se deja el recurso a testimonios orales completamente al arbitrio del juez: «El órgano jurisdiccional (sólo) admitirá testimonios orales cuando lo estime necesario.» Con ello el tratamiento de la admisibilidad de los medios de prueba no presenta diferencias remarcables con el derecho procesal interno, que permite al juez rechazar o admitir los medios de prueba propuestos por razones de economía procesal. Sin embargo, el privilegio del principio de escritura no tiene mucho sentido si, por ejemplo, solamente la cuenta bancaria que se pretende bloquear se encuentra en otro Estado miembro, encontrándose las partes y el

<sup>47</sup> Cfr. infra IV.

<sup>48</sup> Cfr. art. 5.1. del Reglamento 861/2007.

órgano jurisdiccional en otro Estado miembro distinto. De todos modos, incluso cuando el demandante, un testigo o un perito tienen el domicilio en el mismo Estado miembro pero no en el mismo «lugar» que el órgano jurisdiccional es posible que éstos realicen sus declaraciones por videoconferencia «u otras tecnologías de comunicación de que se disponga». No queda muy claro cuáles pueden ser estas tecnologías, y si se garantiza suficientemente la fiabilidad probatoria si las declaraciones de los testigos no son realizadas bajo supervisión judicial.<sup>49</sup>

#### **D) Decisión sobre la solicitud de OERC. Ejecutabilidad**

**26.** El plazo para dictar la OERC es muy breve: siete días en caso de no mediar título ejecutivo y tres días en caso contrario.<sup>50</sup> La mayor duración del plazo en el primer caso se explica por los mayores requisitos exigidos. De acuerdo con el art. 21, apartado 4º, existe la posibilidad de celebrar una audiencia oral si se está ante circunstancias excepcionales. Dicha audiencia, que no se dice si tiene que ser solamente al demandado, al demandante o a ambas partes, se tiene que convocar dentro de los siete días naturales siguientes a la presentación de la solicitud. Aunque la Propuesta no lo especifica, esta posibilidad solamente puede existir en el marco de la adopción de la OERC sin título ejecutivo, ya que de lo contrario se produciría de hecho una prolongación artificial del plazo de tres días para dictar la Orden, y, además se plantearía el problema de la imposibilidad de convocar audiencia por parte de las autoridades emisoras. El apartado 4º del art. 21 debe ponerse pues en relación con el art. 10, aunque allí la posibilidad de dar audiencia al demandado existe solamente por petición del demandante, cuya improbabilidad ya se ha puesto de relieve. Sin embargo, el art. 21 requiere para celebrar una audiencia oral de «circunstancias excepcionales», cuya presencia deberá ser valorada por el órgano jurisdiccional.

**27.** El órgano jurisdiccional o la autoridad competente puede denegar la solicitud de OERC, pudiendo entonces el demandante presentar recurso de acuerdo con el art. 22<sup>51</sup>, o puede dictar la OERC. Con independencia de su sentido, la decisión sobre la solicitud de una OERC adoptada por los jueces españoles adoptará la forma de un Auto (art. 735-736 LEC). Ello se deriva, a falta de una disposición en otro sentido de nuestro legislador, de la remisión general a las normas procesales de los Estados miembros contenida en el art. 45.

**28.** Al menos hasta una hipotética revisión del tratamiento de las medidas cautelares en el Reglamento Bruselas I en el sentido que se espera, la cuestión de la ejecutabilidad de la OERC constituye, al lado de su aplicación sin audiencia previa al deudor, el principal aliciente del Reglamento propuesto. Así por ejemplo, una OERC en la que se pida la retención de dos cuentas, una situada en Italia y la otra situada en Austria, será automáticamente ejecutable en ambos Estados miembros.<sup>52</sup> Y es que, según se desprende de su art. 23, la OERC dictada por el órgano jurisdiccional o la autoridad competente del Estado miembro de origen va a ser automáticamente ejecutable en el Estado miembro de ejecución. Es cierto que una OERC dictada por un notario es un documento público con fuerza ejecutiva en el sentido del art. 4 del Reglamento 805/2004/CE, pero según este Reglamento se considera que no pueden obtener el carácter de título ejecutivo europeo aquellas decisiones con carácter cautelar que se han emitido sin dar audiencia al deudor.<sup>53</sup> Por otro lado, la OERC dictada por el órgano jurisdiccional o la autoridad competente del Estado miembro de ejecución va a tener limitada su eficacia a dicho Estado.

<sup>49</sup> Cfr. en otro contexto F. GASCÓN INCHAUSTI, «Algunas reflexiones sobre la oralidad y la prueba en el proceso europeo de escasa cuantía», *AEDIPr* 2006, p. 304 s.

<sup>50</sup> Cfr. crítica en B. SUJECKI, «Grenzüberschreitende Pfändung in der EU», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht* 10 2011, p. 417.

<sup>51</sup> Cfr. infra H a).

<sup>52</sup> Cfr. Punto 5 del Anexo II.

<sup>53</sup> S. LEIBL/R. FREITAG, *Forderungsbetreibung in der EU*, München, C.H. Beck, 2009, p. 113, Rn. 14.

## E) Ejecución de la OERC

### a) Notificación al banco

De acuerdo con el art. 26, el banco está obligado a aplicar la OERC en el momento en que recibe la notificación. Si la notificación se recibiese fuera de horario de oficina, se aplicará la OERC al inicio del siguiente periodo de actividad. Esta solución, que es fruto de una percepción realista de las posibilidades de actuación del personal de las entidades bancarias en la totalidad los Estados miembros, no puede tener en cuenta las actuales posibilidades que la tecnología ofrece a los titulares de cuentas bancarias. Las transferencias ordenadas fuera de horario de oficina no supondrían ningún problema si la retención comportase también la prohibición de pago por operaciones en curso en el momento en que la OERC tuviese efecto, no así los cobros a través de un cajero automático.

29. Se ha criticado que el texto del art. 26 no deja lo suficientemente claro si simplemente se obliga a la entidad bancaria a llevar a cabo la retención en el momento de la recepción de la notificación o inmediatamente después del comienzo del siguiente periodo de actividad o si por el contrario se considera que el efecto previsto en el art. 21.6 tiene lugar automáticamente al dictarse la OERC.<sup>54</sup> Las consecuencias en un caso o en otro serían distintas, ya que, si la OERC tuviese efecto automático, se pondría al banco en la obligación de responder frente al acreedor de aquellos pagos efectuados mientras aún no tenía conocimiento de la Orden, lo cual parece difícilmente exigible. Por otro lado, de depender los efectos de la OERC de la recepción de la notificación y de su inmediata aplicación por parte del banco sí podría este último garantizar la efectividad de la OERC y en su caso responder ante el demandante (art. 26.5) por el perjuicio que se pudiese ocasionar para el demandante de no cumplir con su obligación legal con la celeridad que se le impone, o (incluso) por la información fraudulenta a su cliente sobre la existencia de la OERC antes de aplicar la misma. La vinculación de los efectos de la OERC a su recepción por parte del tercero deudor no va en detrimento de la seguridad jurídica, ya que la notificación se habrá practicado por un medio que deje constancia del momento en que ésta se habrá producido, y por tanto no representa un problema a la hora de determinar el orden de prioridad de los acreedores en el caso de producirse una pluralidad de embargos.<sup>55</sup> De hecho, la Comisión se pronunció también a favor de esta solución.<sup>56</sup> El hecho de que en los apartados tercero y cuarto del art. 26 se tome el día de la aplicación de la OERC como fecha de referencia para la determinación del valor de los instrumentos financieros y de la moneda extranjera depositados en la cuenta es otro argumento en contra de un hipotético efecto automático de la OERC.

30. También debería esclarecerse la cuestión relativa al pago de cantidades por operaciones en curso en el momento de notificarse la OERC. Mientras que determinados Estados miembros permiten, por ejemplo, el pago de cheques librados durante un periodo de tiempo concreto, esta no constituye la regla general.<sup>57</sup> La Comisión estaba también a favor de incluir en la Propuesta de Reglamento una norma estableciendo que la prohibición de efectuar cualquier pago por parte del tercero deudor afectase también a las operaciones en curso iniciadas después de la notificación,<sup>58</sup> pero finalmente esta cuestión no ha tenido cabida en la Propuesta de Reglamento y se decidirá por lo tanto de acuerdo con los respectivos derechos nacionales.

31. Aunque en la Propuesta de Reglamento no se trata de esta cuestión, el órgano jurisdiccional o la autoridad competente deberán procurar, en el caso de existir varias cuentas a nombre del demandado y siendo posible distintas combinaciones para retener la cantidad solicitada, que la retención finalmen-

<sup>54</sup> M. MÜLLER, «Der Kommissionsvorschlag für einen Europäischen Beschluss zur vorläufigen Kontenpfändung», *Recht der internationalen Wirtschaft* 3 2012, p. 155.

<sup>55</sup> Cfr. infra F) c).

<sup>56</sup> Commission Staff Working Document, SEC (2006), 1341, p. 19.

<sup>57</sup> Cfr. B. HESS, Study No. JAI/A3/2002/02 on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union: Transparency of Assets, Attachment of Bank Accounts, Provisional Enforcement and Protective measures, 2004, p. 66. [http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/enforcement\\_judicial\\_decisions\\_180204\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/civiljustice/publications/docs/enforcement_judicial_decisions_180204_en.pdf)

<sup>58</sup> Commission Staff Working Document, SEC (2006), 1341, p. 23.

te efectuada sea lo menos lesiva posible de los intereses del deudor. Se había propuesto, incluso, que fuese el deudor quien indicase las cantidades embargables en cada cuenta o que se notificase la orden de retención a la sede central de la entidad o entidades bancarias, que bloquearía todas las cuentas del deudor, y podría pasar, acto seguido, a transferir la cantidad adeudada a otra cuenta, desbloqueando las cuentas embargadas.<sup>59</sup> En este punto debe dejarse muy clara la diferencia entre titularidad de la cuenta y titularidad del saldo de la misma, cuestión que trata el art. 29.

**32.** Para garantizar que las notificaciones entre el banco y el órgano jurisdiccional que dictó la OERC sean rápidas, lo cual no solamente es necesario para lograr la finalidad primaria de la retención de cuentas, sino también para proteger adecuadamente al deudor frente a los efectos de una actuación desproporcionada o innecesaria, se ha creído conveniente establecer dos regímenes distintos: así, si órgano jurisdiccional y entidad bancaria se encuentran en el mismo Estado miembro, regirán las normas nacionales. En caso de estar éstos en Estados miembros distintos, se aplicará el Reglamento de Notificaciones, pero con una importante salvedad: la intervención obligatoria de las autoridades competentes designadas por el Estado de ejecución, que serán quienes notifiquen efectivamente a la entidad bancaria. De acuerdo con la Exposición de Motivos, con ello se logran dos finalidades: en primer lugar, la entidad bancaria recibirá la notificación por los cauces que le son familiares; y en segundo lugar, la autoridad competente del Estado en que se debe aplicar la OERC podrá tener en cuenta las cantidades exentas de ejecución si así se lo permite la ley nacional.<sup>60</sup> Esto se deriva del art. 32.3 PROERC, que establece que ello será posible en la medida en que la cantidad exenta de ejecución de acuerdo con el derecho nacional pueda determinarse sin que el demandado suministre información adicional. Del mismo artículo no se puede deducir cuál sería el trámite en caso contrario, es decir, si fuesen necesarias informaciones del deudor. De ser necesarias dichas informaciones, la intervención del deudor ralentizaría la ejecución de la medida y acabaría además con el «efecto sorpresa» de la misma. Por el contrario, en caso de prescindir de sus informaciones previas, se estaría corriendo con el riesgo de vulnerar sus derechos, sobre todo teniendo en cuenta que la exención de una cantidad tiene como objeto garantizar que el deudor pueda atender a sus necesidades más esenciales. Esta última posibilidad solamente se podría tolerar de tener el deudor la posibilidad de presentar recursos de forma efectiva contra la retención practicada. En la Propuesta de Reglamento se prescinde también por esta razón de la notificación por medios electrónicos.<sup>61</sup>

## **b) Declaración del banco**

**33.** El banco tiene un plazo de tres días hábiles (ocho, según la Exposición de Motivos<sup>62</sup>) desde la recepción de la OERC para poner en conocimiento de la autoridad competente y del demandante la práctica de la retención, informándoles del resultado de la misma, y dicha declaración será notificada, en su caso, a la persona o autoridad responsable de la notificación en el Estado miembro de origen (art. 24.3 a)). Con la finalidad de proteger en lo posible los datos del demandado, en el art. 27.2 se establece que solamente será revelado el saldo de la cuenta en cuestión en caso de no haber sido suficiente para cubrir la cantidad especificada en la OERC. En el apartado tercero de este mismo artículo se dice, simplemente, que el banco podrá transmitir su declaración por los medios electrónicos de comunicación adecuados. La comunicación por medios electrónicos como única alternativa no es una buena opción, ya que no se tiene en cuenta que los órganos jurisdiccionales o las autoridades competentes pueden no estar dotados de la infraestructura necesaria, lo que dependerá (en parte) también del contenido de los respectivos derechos procesales que se aplican a esta cuestión en virtud de la remisión del art. 45.<sup>63</sup>

<sup>59</sup> Commission Staff Working Document, SEC (2006), 1341, p. 17. Cfr. Con referencia al Libro Verde de 2006 F. MARTÍN DÍZ, «Instrumentos de Derecho comunitario para la protección procesal del crédito transfronterizo», *Justicia. Revista de Derecho procesal*, Núm. 3-4, 2008, p. 229.

<sup>60</sup> Sin embargo a favor de la notificación por correo B. SUJECKI, «Grenzüberschreitende Pfändung in der EU», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht* 10 2011, p. 418; B. HESS, «Der Vorschlag der EU-Kommission zur vorläufigen Kontenpfändung – ein wichtiger Integrationsschritt im europäischen Zivilverfahrensrecht», *Deutsche Gerichtsvollzieher-Zeitung* 4 2012, p. 75.

<sup>61</sup> Commission Staff Working Document, SEC (2006), 1341, p. 19 s.

<sup>62</sup> P. 8.

<sup>63</sup> B. SUJECKI, «Grenzüberschreitende Pfändung in der EU», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht* 10 2011, p. 418.

34. El art. 27 acaba con lo que parece una norma de conflicto, según la cual la responsabilidad del banco por el incumplimiento de sus obligaciones se rige por el derecho nacional. La necesidad de dicha norma es cuestionable, ya que el derecho aplicable a la responsabilidad extracontractual ya viene determinado a través del Reglamento Roma II, que como se sabe en su art. 4 prevé por regla general la aplicación del derecho del lugar donde se produjo el daño. Sin embargo, también podría interpretarse que que no era la intención de los redactores de la Propuesta de Reglamento introducir una nueva norma de conflicto, sino solamente indicar que por su parte se prescindía de regular esta cuestión. La indemnización que puede corresponderle pagar al banco no está cubierta por la garantía prestada por el acreedor.<sup>64</sup>

### c) Notificación al demandado

35. Igualmente importante a efectos de protección del deudor/demandado es la eficacia de las notificaciones a él practicadas, cuestión que se regula en el art. 25 PROERC. Al demandado se le notifica, una vez practicada, la OERC y todos los documentos presentados ante el órgano jurisdiccional o la autoridad competente para obtener la Orden. Se prevé la notificación en base al derecho nacional si el deudor tiene su domicilio en el Estado miembro de origen y la notificación directa, en base el Reglamento de notificaciones, si el mismo se encuentra domiciliado en el Estado miembro de ejecución o en un tercer Estado.

### F) Importe de la OERC. Garantía a prestar por el demandante

36. En el art. 18 de la Propuesta de Reglamento se determina la cantidad por la cual se puede pedir la OERC, que forzosamente tendrá que ser distinta dependiendo del estadio en el que ésta se pida: si existe ya un título ejecutivo, la garantía se refiere al importe de la deuda así como a los intereses acumulados sobre la misma, mientras que en caso contrario la garantía abarca la cantidad fijada en la OERC así como los intereses y gastos especificados. Está claro que el título ejecutivo presupone por regla general la atribución de las costas procesales a la parte perdedora y el devengo de intereses procesales que se suman a los intereses de demora, mientras que en ausencia de título ejecutivo la cantidad fijada en la OERC solamente puede abarcar el principal con sus intereses de demora, que es lo que se conoce en ese momento. Se ha decidido, por lo tanto, no adoptar la solución propia de los ordenamientos jurídicos de algunos Estados miembros que consiste en calcular la suma de los intereses devengados en un futuro en base a una hipotética duración del proceso, ni tampoco permitir al órgano jurisdiccional realizar una aproximación.<sup>65</sup>

37. A pesar de su texto equívoco («el demandante deberá poder garantizar»), que sólo se encuentra en la versión española de la Propuesta de Reglamento, la posibilidad de pedir al demandante la prestación de una garantía por posibles daños que la retención cause al demandado solamente se prevé de forma expresa en el art. 12, en caso de pedir la OERC antes de la obtención de un título ejecutivo. Si se tiene en cuenta el Considerando 15, queda claro que la necesidad de prestar una garantía se ha querido limitar a estos casos. El carácter opcional de esta medida debe valorarse positivamente, ya que de otro modo se generarían mayores costes.<sup>66</sup> De acuerdo con el art. 12, las condiciones por las que se regirá la obligación de indemnizar del demandante se regirán por el derecho nacional. Por derecho nacional deberá entenderse aquí el derecho procesal del órgano jurisdiccional que dicta la OERC. Si este

<sup>64</sup> Commission Staff Working Document, SEC (2006), 1341, p. 16.

<sup>65</sup> Cfr. sin embargo a favor MAX PLANCK WORKING GROUP, Comments on the European Commission's Green Paper on Improving the Efficiency of the Enforcement of Judgements in the European Union: the Attachment of Bank Accounts, [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/judgements/contributions/academics/max\\_planck\\_working\\_group\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/judgements/contributions/academics/max_planck_working_group_en.pdf), p. 22; B. SUJECKI, «Grenzüberschreitende Pfändung in der EU», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht* 10 2011, p. 417.

<sup>66</sup> A favor de una garantía no obligatoria MAX PLANCK WORKING GROUP, Comments on the European Commission's Green Paper on Improving the Efficiency of the Enforcement of Judgements in the European Union: the Attachment of Bank Accounts, [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/judgements/contributions/academics/max\\_planck\\_working\\_group\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/judgements/contributions/academics/max_planck_working_group_en.pdf), p. 10 s.; en contra Commission Staff Working Document, SEC (2006), 1341 p. 12 s.; B. HESS, «Der Vorschlag der EU-Kommission zur vorläufigen Kontenpfändung – ein wichtiger Integrationschritt im europäischen Zivilverfahrensrecht», *Deutsche Gerichtsvollzieher-Zeitung* 4 2012, p. 74.

derecho no prevé ninguna garantía, de acuerdo con el Considerando 15 no deberá impedirse el recurso a medidas de efecto equivalente, como la obligación del acreedor de realizar ante el órgano jurisdiccional un compromiso (undertaking) de indemnizar los daños, solución propia de los países del common law.<sup>67</sup>

**38.** Cuestión distinta a la garantía es la relativa al derecho aplicable a la obligación de indemnizar propiamente dicha. La obligación de indemnizar se podría considerar una cuestión puramente procesal, y entonces se tendría que determinar si le sería aplicable la ley del Estado miembro de origen o del Estado miembro de ejecución, pero también se podría considerar una cuestión de derecho material y entonces el derecho aplicable a la misma se determinaría de acuerdo con el Reglamento Roma II.<sup>68</sup>

## G) Límites a la retención

### a) Cantidades exentas

**39.** La retención practicada debe respetar los límites establecidos por la legislación del Estado de ejecución relativos a determinadas cantidades exentas de ejecución, tal como establece el art. 32. Así pues, el legislador ha decidido prescindir de una armonización de esta cuestión, lo que se planteó en el Libro Verde de 2006.<sup>69</sup> Asimismo, se ha optado por que el órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución determine de oficio dichas cantidades, sin que sea necesaria una solicitud del deudor.<sup>70</sup> Se trata de una solución de compromiso, ya que una armonización difícilmente sería compatible con el principio de proporcionalidad atendido el limitado ámbito de aplicación material de la Propuesta de Reglamento, aunque solucionase los problemas que presenta la diversidad normativa en este punto.<sup>71</sup> Una solución mejor desde el punto de vista de la protección del deudor sería la aplicación de las normas del derecho del Estado de su residencia habitual<sup>72</sup>, lo que estaría sin embargo en contradicción con el principio de aplicación de la *lex fori*.

### b) Retención de cuentas comunes y nominales

**40.** Para la cuestión relativa a la retención de cuentas comunes y nominales, el art. 29 efectúa una simple remisión al derecho nacional aplicable a la cuenta. En realidad, la cuestión sobre la no embargabilidad o la embargabilidad total o parcial de cuentas conjuntas es una pura cuestión de derecho procesal, independiente de la cuestión sobre a quién corresponde el dominio de las cantidades allí depositadas. También es procesal la cuestión relativa a la vía por la que se puede hacer valer el dominio sobre la totalidad o parte del saldo embargado. Por tanto, lo mejor es someter esta cuestión directamente a la *lex fori*. Cuestión distinta es la determinación del derecho aplicable como paso previo para determinar a su vez a quién corresponde la propiedad, así como las repercusiones de las relaciones jurídicas existentes entre los titulares de la cuenta.<sup>73</sup>

<sup>67</sup> Cfr. Commission Staff Working Document, SEC (2006), 1341, p. 13.

<sup>68</sup> MAX PLANCK WORKING GROUP, Comments on the European Commission's Green Paper on Improving the Efficiency of the Enforcement of Judgements in the European Union: the Attachment of Bank Accounts, [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/judgements/contributions/academics/max\\_planck\\_working\\_group\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/judgements/contributions/academics/max_planck_working_group_en.pdf), p. 10 s.; en contra Commission Staff Working Document, SEC (2006), 1341 p. 46 s.

<sup>69</sup> COM (2006) 618 final, p. 8.

<sup>70</sup> A favor de la aplicación del derecho de la residencia del deudor B. HESS, «Die Europäische Kontenpfändung aus der Perspektive eines Europäischen Vollstreckungsrechts», en D. BAETGE/J. VON HEIN/M. VON HINDEN (coords.), *Die richtige Ordnung, Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2008, p. 802.

<sup>71</sup> Cf. a favor de la armonización F. MARTÍN DIZ, «Instrumentos de Derecho comunitario para la protección procesal del crédito transfronterizo», *Justicia. Revista de Derecho procesal*, Núm. 3-4, 2008, p. 228.

<sup>72</sup> MAX PLANCK WORKING GROUP, Comments on the European Commission's Green Paper on Improving the Efficiency of the Enforcement of Judgements in the European Union: the Attachment of Bank Accounts, [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/judgements/contributions/academics/max\\_planck\\_working\\_group\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/judgements/contributions/academics/max_planck_working_group_en.pdf), p. 28, 30.

<sup>73</sup> MAX PLANCK WORKING GROUP, Comments on the European Commission's Green Paper on Improving the Efficiency of the Enforcement of Judgements in the European Union: the Attachment of Bank Accounts, [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/judgements/contributions/academics/max\\_planck\\_working\\_group\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/judgements/contributions/academics/max_planck_working_group_en.pdf), p. 27. Cfr. G-S. HÖK, «Grenz-überschreitende Zwangsvollstreckung», ZAP Nr. 13 vom 5.7.2006, p. 607.

**41.** La posibilidad de retener cuentas comunes se resuelve de forma distinta en los distintos ordenamientos. En el Reino Unido, por ejemplo, no es en principio posible el embargo de una cuenta corriente conjunta en base a una orden de embargo (third party debt order) dirigida solamente a un titular, a no ser que ambos titulares sean deudores.<sup>74</sup> Por otro lado, en derecho alemán la doctrina se ha inclinado por entender que es posible la traba y el posterior embargo de la totalidad del saldo de una cuenta de titularidad indistinta, aunque no se trata de una cuestión pacífica.<sup>75</sup> En derecho español no se ha dado una respuesta clara a la cuestión del embargo de una cuenta corriente indistinta por una deuda privativa de uno de los cónyuges. La jurisprudencia ha dejado claro que las cuentas corrientes «expresan siempre una disponibilidad de fondos a favor de quienes figuran como titulares de las mismas contra el Banco que las retiene y el nuevo hecho de su apertura con titulares plurales, no determina por sí un necesario condominio sobre los saldos, que viene precisado por las relaciones internas que median entre los titulares bancarios conjuntos y más concretamente por la originaria pertenencia de los fondos.» La prueba de la situación dominical existente corresponde por lo tanto a los titulares de la cuenta<sup>76</sup>, que tendrán que presentar, en su caso, una tercería de dominio, y no a los acreedores. Sin embargo, algunos autores han considerado esta solución como demasiado onerosa para el titular que ve embargados sus bienes y han propuesto, en la línea del art. 171.2 de la Ley 58/2003, General Tributaria, que de desconocerse la situación dominical del saldo contenido en la cuenta bancaria se embargue solamente la parte alícuota correspondiente.<sup>77</sup>

**42.** Otra cuestión a resolver por los respectivos derechos nacionales es la relativa a la retención de cuentas nominales o cuentas de mandatario (Treuhandkonto, compte de mandataire), es decir, aquellas cuentas a nombre de un tercero pero que contienen fondos (dinero o instrumentos financieros) de los que es titular el deudor, o que están a nombre del deudor pero que tener fondos de un tercero. En derecho alemán, se considera que dichas cuentas no puede ser embargadas por los acreedores del deudor, sino solamente por los acreedores de quien consta como titular de la cuenta.<sup>78</sup> En este caso el titular de los fondos puede reaccionar con una Drittwiderspruchsklage.<sup>79</sup>

### c) Prioridad de acreedores concurrentes

**43.** El art. 33 se refiere a la concurrencia de una OERC con medidas cautelares del mismo tipo del derecho autónomo presentadas por otros acreedores. España forma parte, como es sabido, de los Estados en los que rige la regla prior in tempore<sup>80</sup>, y de acuerdo con los arts. 610 y 611 LEC en caso de tener lugar un reembargo el reembargante obtendrá el derecho a percibir el producto de lo que se obtenga de la realización de los bienes reembargados, una vez satisfechos los derechos de los ejecutantes a cuya instancia se hayan satisfecho los embargos anteriores, o pedir el embargo de lo que sobrare en la

<sup>74</sup> Practice Direction 72 – Third Party Debt Orders, Interim orders relating to bank or building society accounts – rule 72.6(1)–(3) 3.1, 3.2. Cf. propuesta de reforma de 2011 consistente en presumir la titularidad a partes iguales: [http://www.justice.gov.uk/downloads/consultations/Enf\\_IA\\_third\\_party\\_debt\\_orders\\_-\\_final\\_version\\_as\\_signed\\_off\\_by\\_ministers.pdf](http://www.justice.gov.uk/downloads/consultations/Enf_IA_third_party_debt_orders_-_final_version_as_signed_off_by_ministers.pdf)

<sup>75</sup> S. SMID, «§ 829 ZPO», en T. RAUSCHER/P. WAX/J. WENZEL (coords.), *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen*, Band 2, Múnich, C.H. Beck, 2007, Rn. 11; P. KÖRNER, «(Original-)Assessorexamensklausur – Zivilrecht: Zwangsvollstreckung in ein Oderkonto», *Juristische Schulung* 2008, p. 67; W. BREHM, «§ 829 ZPO», en F. STEIN/M. JONAS (coords.), *Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO*, Band 8, Tubinga, Mohr Siebeck, 2004, Rn. 20.

<sup>76</sup> SSTS 7 febrero 2003 (RJ 2003\859), FJ 3º; 5 julio 1999 (RJ 1999\5966), FJ 3º; 29 septiembre 1997 (RJ 1997\6825), FJ 2º; 7 junio 1996 (RJ 1996\4826), FJ 4º; 19 diciembre 1995 (RJ 1995\9425), FJ 3º; 15 julio 1993 (RJ 1993\5805), FJ 3º; 8 febrero de 1991 (RJ 1991\1156), FJ 3º; 19 octubre 1988 (RJ 1988\7589) FJ 2º y 24 marzo 1971 (RJ 1971\1447); AAP de Madrid (Sección 11ª) nº76/2010 de 29 de marzo (JUR 2010/219853), FJ 4º; SSAP Ciudad Real (Sección 1ª) nº 234/1997 de 1 de septiembre (AC 1997/1957), FJ 2º; Lleida de 1 de junio de 1994 (AC 1994/1835), FJ 1º.

<sup>77</sup> Citados en A. VAQUER ALOY, «Relaciones económicas entre los cónyuges» en F. LLEDÓ YAGÜE/ M. P. FERRER VANRELL (coords.), *Los regímenes económicos matrimoniales en los derechos civiles forales o especiales*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 379 s. Cfr. en el mismo sentido SAP Asturias de 18 de mayo de 1993 (AC 1993/1981), FJ 2º; AAP Madrid (Sección 11ª) nº76/2010 de 29 de marzo (JUR 2010/219853), FJ 4º; no trata de un embargo la STS 31 de octubre 1996 (RJ 1996\7438), FJ 3º.

<sup>78</sup> W. BREHM, «§ 829 ZPO», en F. STEIN/M. JONAS (coords.), *Kommentar zur Zivilprozessordnung: ZPO*, Band 8, Tubinga, Mohr Siebeck, 2004, Rn. 19.

<sup>79</sup> E. RIEDEL, «§ 829», en V. VORWERK/C. WOLF (coords.), *ZPO*, Múnich, C.H. Beck, 2012, Rn. 137 s.

<sup>80</sup> Como Francia (Art. L221-2 del Code de procédures civiles d'exécution).



realización forzosa celebrada en otra ejecución ya despachada. Ello contrasta con la solución adoptada en otros Estados miembros, que distribuyen el producto obtenido entre los distintos embargantes sin consideración del elemento temporal.<sup>81</sup>

#### **d) Derechos de terceros**

44. De acuerdo con el art. 39 de la Propuesta, los terceros que vean vulnerados sus derechos por la OERC pueden presentar objeciones ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen o del Estado miembro de ejecución. Desde el punto de vista del derecho procesal español, los cauces principales para presentar dichas objeciones son, por un lado, las tercerías de dominio, si parte del dinero contenido en la cuenta corriente embargada es propiedad de un tercero, y por el otro, a las tercerías de mejor derecho, si existe otro acreedor en otro proceso que demande al mismo deudor la entrega de una cantidad de dinero. De hecho, la tercería de mejor derecho solamente la permite la LEC en su art. 729 para las medidas cautelares cuando se haga valer en un proceso en el que se pida el pago de una cantidad de dinero. Con ello se persigue evitar, en la medida de lo posible, pactos fraudulentos entre el deudor y el segundo acreedor, que se podría comprometer a no hacer valer su propio crédito posteriormente.<sup>82</sup>

#### **H) Recursos**

45. Debido a las peculiaridades del proceso para conceder la OERC —celeridad en el contexto de una medida cautelar con carácter transfronterizo, falta de audiencia previa al deudor— era necesario un sistema de recursos lo suficientemente perfilado como para garantizar los derechos de ambas partes sin entorpecer excesivamente la eficacia de la medida solicitada. No obstante, la regulación contenida en la Propuesta de Reglamento solamente responde en parte a tres cuestiones básicas: tribunal competente, motivos por los que procede el recurso y forma que debe adoptar el mismo. A la hora de completar las lagunas resultantes en el Proyecto, debe tenerse en cuenta, por un lado, que el art. 48 solamente cifra entre las informaciones a prestar por los Estados miembros la relativa al órgano jurisdiccional competente para conocer del recurso presentado por el demandante en base al art. 22, y, por el otro, que en el art. 45 se realiza una remisión general a la respectiva *lex fori* para dar respuesta a las cuestiones no reguladas por la Propuesta de Reglamento.

##### **a) Recurso del demandante**

46. En el art. 22 se trata del recurso del acreedor frente la decisión del órgano jurisdiccional o de la autoridad emisora de denegar la OERC. Se requiere aquí del recurso a la *lex fori* para determinar la forma que debe adoptar dicho recurso. En España, el recurso de apelación es el vehículo previsto en los arts. 552 LEC y 736 de la LEC para reaccionar, respectivamente, frente a un auto denegatorio del despacho de la ejecución o frente a un auto denegatorio de medidas cautelares. Aunque el tipo concreto de recurso no está entre las informaciones que los Estados miembros deben comunicar a la Comisión «a más tardar» en el plazo de un año tras la entrada en vigor del Reglamento, sí se debe informar, de acuerdo con el art. 48 d) de la Propuesta, de cuál va a ser el órgano jurisdiccional competente para conocer de dicho recurso. Teniendo en cuenta que pese a su tramitación preferente (art. 736 LEC) o a su sustanciación solamente frente al acreedor (art. 552 LEC) el recurso de apelación puede retardar excesivamente la definitiva adopción de la OERC y teniendo en cuenta que de acuerdo con el art. 48 d) de la Propuesta el recurso bien podría ser resuelto por el mismo órgano jurisdiccional que dictó la OERC, sería tal vez más adecuado prever que, en este caso concreto, la reacción del acreedor tuviese lugar por la vía del recurso de reposición, evitando la aplicación subsidiaria de las normas generales contenidas en la LEC.

<sup>81</sup> Cfr. B. HESS, Study No. JAI/A3/2002/02 on making more efficient the enforcement of judicial decisions within the European Union: Transparency of Assets, Attachment of Bank Accounts, Provisional Enforcement and Protective measures, 2004, p. 72 s.

<sup>82</sup> G. ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, «Art. 729», en F. CORDÓN MORENO/T. ARMENTA DEU/J. J. MUERZA ESPARZA/ I. TAPIA FERNÁNDEZ (coords.), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Volumen II, Cizur Menor, 2001, p. 704.

Ello requiere, desde luego, una reacción rápida de nuestro legislador, cuya reclamación no está de más teniendo en cuenta el retraso con el que se adaptó la LEC a los procesos monitorio europeo y de escasa cuantía<sup>83</sup>. En cualquier caso, el órgano jurisdiccional debería procurar pedir a la parte demandante la subsanación de los defectos de su solicitud siempre que ésta fuese mínimamente posible, evitando así en la mayoría de los casos una posterior decisión denegatoria de la misma.

## b) Recurso del demandado

47. En el marco de anteriores Reglamentos se planteó la cuestión relativa a la convivencia de los recursos allí previstos frente a la ejecución con los recursos previstos por el derecho nacional, en especial con las excepciones de carácter material planteadas por el deudor.<sup>84</sup> En el contexto de la OERC la cuestión sería levemente distinta, ya que se podría plantear la posibilidad de la interposición de los recursos que de acuerdo con el derecho nacional proceden contra una medida cautelar. En cualquier caso, en paralelo con lo que ocurre en el marco del Reglamento Bruselas I, no debería permitirse la alegación de motivos relativos al fondo del asunto que se hubiesen posido hacer valer en el transcurso del proceso declarativo.<sup>85</sup> Se trataría aquí de la aplicabilidad de los arts. 739 y 740 LEC, en caso de dictarse la Orden sin audiencia previa al demandado, y del art. 734.2.2 LEC en caso contrario. Debe resaltarse que a diferencia de los arts. 34 y 35 PROERC, el art. 740 LEC no contiene una lista de motivos tasados en los que se puede basar el recurso frente a la adopción de una medida cautelar, por lo que la cuestión de su aplicabilidad podría resultar determinante. Sin embargo, debe considerarse que esta cuestión ya está regulada de forma exhaustiva en la Propuesta de Reglamento, por lo que no puede operar la remisión del art. 45 aunque la *lex fori* sea más favorable a los intereses del deudor.

48. Son competentes para conocer de recursos presentados por el demandado los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen (art. 34), del Estado miembro de ejecución (art. 35), y, si éste es un consumidor, trabajador por cuenta ajena o asegurado, los órganos jurisdiccionales del Estado de su domicilio (art. 36). El demandado tiene también derecho a aportar una garantía alternativa, especificada ya en la propia Orden ante la autoridad competente del Estado miembro de ejecución para conseguir que ésta ponga fin a la ejecución de la misma (art. 38).

49. Si no existe aún título ejecutivo, el recurso se puede presentar ante los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de origen o del Estado miembro de ejecución. Si existe ya título ejecutivo, el recurso solamente podrá interponerse ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución. El recurso frente a los órganos jurisdiccionales del domicilio de la parte débil procede con independencia de la existencia o no de título ejecutivo y del motivo que se alegue. De acuerdo con el art. 48.1 i), los Estados miembros deberán informar del órgano jurisdiccional competente para la presentación del recurso de acuerdo con los arts. 34.3 y 36. Nos hallamos aquí ante un pequeño error, ya que en el art. 34.3 ya se deja claro que, de presentarse el recurso en el Estado miembro de origen, el órgano jurisdiccional competente es aquel que dictó la Orden. El deber de informar de los Estados miembros se recoge en realidad en el art. 35. Una solución congruente con la contenida en el art. 34 sería establecer la competencia del órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución que dictó la Orden, en caso de haberse solicitado ésta allí directamente existiendo ya título ejecutivo. De no existir aún título ejecutivo, tendría

<sup>83</sup> Ley 4/2011, de 24 de marzo, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para facilitar la aplicación en España de los procesos europeos monitorio y de escasa cuantía.

<sup>84</sup> Cfr. Commission Staff Working Document, SEC (2006), 1341, p. 8; B. GSELL, «Die Geltendmachung nachträglicher materieller Einwendungen im Wege der Vollstreckungsgegenklage bei Titeln aus dem Europäischen Mahn- oder Bagatellverfahren», *Europäische Zeitung für Wirtschaftsrecht* 22 2011, p. 87-91; C. MELLER-HANNICH, «Materiellrechtliche Einwendungen bei der grenzüberschreitenden Vollstreckung und die Konsequenzen von „Prism Investment«», *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht* 2 2012, pp. 90-94 y 3 2012, pp. 153-159; con parecidas reflexiones B. SUJECKI, «Grenzüberschreitende Pfändung in der EU», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht* 10 2011, p. 418.

<sup>85</sup> MAX PLANCK WORKING GROUP, Comments on the European Commission's Green Paper on Improving the Efficiency of the Enforcement of Judgements in the European Union: the Attachment of Bank Accounts, [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/judgements/contributions/academics/max\\_planck\\_working\\_group\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/judgements/contributions/academics/max_planck_working_group_en.pdf), p. 44.

sentido también ligar la competencia para conocer del recurso con la competencia para ejecutar la Orden solicitada en el Estado miembro de origen. Así, podría considerarse competente para conocer de los recursos presentados el tribunal del lugar donde las medidas cautelares deban producir efectos, lo que estaría en concordancia con la norma de competencia del art. 724.2 LEC. Se trataría pues del tribunal de la sucursal bancaria, o en su defecto, de la sede del banco.

**50.** En los arts. 34 y 35 se reiteran una serie de normas generales que, sin embargo, faltan en el escueto art. 36. Con el fin de eliminar estas reiteraciones y dejar claro si se pretende su aplicabilidad general, sería mejor agruparlas en un único artículo. La presentación del recurso ante el juez del Estado miembro de origen o del Estado miembro de ejecución tiene que tener lugar con prontitud o a más tardar, en 45 días desde que conoce la OERC y puede reaccionar frente a ella<sup>86</sup>, excepto si se basa en la no presentación de la demanda de acuerdo con el plazo del art. 13. Se entiende que el recurso en este caso tiene que presentarse a partir del momento en que transcurre dicho plazo, ya que se presupone que el demandado tiene ya conocimiento del contenido de la orden y puede reaccionar frente a ella. El recurso, que adoptará en todo caso la forma prevista en el Anexo IV, puede presentarse en papel o en cualquier otro formato, incluido el electrónico, y para su notificación al demandante se remite a la normativa aplicable a las notificaciones transfronterizas o nacionales. Si el recurso prospera, tendrá como consecuencia una decisión por la que se modificará o dejará sin efecto la OERC, que deberá surgir efecto, a más tardar, en los treinta días naturales siguientes a la notificación del recurso al demandante. No obstante, si de acuerdo con el art. 37 de la Propuesta en el Estado miembro correspondiente se ha decidido abrir la vía del recurso de apelación frente a las decisiones sobre recursos del deudor, el órgano jurisdiccional competente para conocer del recurso puede decidir suspender los efectos de su decisión hasta que ésta sea definitiva. La decisión sobre el recurso será inmediatamente ejecutoria, a no ser que se haya presentado apelación y se haya decidido suspender los efectos de la misma. En la Propuesta de Reglamento no se trata de los efectos transfronterizos de la decisión dictada en el Estado miembro del domicilio del demandado, y para no perjudicar a los recurrentes debería establecerse expresamente también en este caso la aplicabilidad de esta norma al recurso presentado de acuerdo con el art. 36. La única norma de este tipo que aparece en el art. 34 y no en el art. 35 es la referente a la necesidad de notificar inmediatamente la decisión al banco o bancos de que se trate, que deberán desbloquear total o parcialmente la cuenta o cuentas de forma inmediata.

**51.** En el caso en que el acreedor no presentase demanda en el plazo fijado en el art. 13, se expone a un recurso del deudor de acuerdo con los arts. 34.1 b) o 35.2. Probablemente hubiese sido mejor ordenar la revocación automática de la OERC, ya que, una vez presentado el recurso, el órgano jurisdiccional tiene un plazo de 30 días para decidir sobre el mismo, lo que sumado al tiempo necesario para que surta efecto la notificación al banco deja al deudor en una situación de indefensión.<sup>87</sup> También se ha considerado la necesidad de prever la revocación de oficio en caso de terminación del proceso en el Estado miembro de origen con sentencia desestimatoria de la pretensión del deudor.<sup>88</sup> Una revocación con efecto transfronterizo no representaría ningún problema para el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen.

**52.** Llama la atención que los motivos en los que se pueden basar los recursos varían dependiendo de cuál sea el órgano jurisdiccional que conozca de los mismos. Como se verá, ello trae causa de las distintas funciones de cada órgano jurisdiccional en los distintos estadios del proceso de obtención de la OERC, más limitadas para el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen.<sup>89</sup> Así, la interposición del recurso ante el órgano jurisdiccional de origen solamente es posible por los motivos tasados del

<sup>86</sup> Cfr. B. SUJECKI, «Grenzüberschreitende Pfändung in der EU», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht* 10 2011, p. 419, que considera que el momento de inicio del plazo es poco concreto y que se tendría que estar al momento de la notificación.

<sup>87</sup> En este sentido, hay quien opina que la introducción de una OERC podría comportar importantes problemas de liquidez en los intervinientes del tráfico jurídico, cfr. C. SCHWÖRER, «Europäische Kontopfändung: Bitte nicht grenzenlos», *AnwaltsBlatt* 10 2011, p. VI.

<sup>88</sup> B. SUJECKI, «Grenzüberschreitende Pfändung in der EU», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht* 10 2011, p. 419.

<sup>89</sup> Cfr. Commission Staff Working Document, SEC (2006), 1341, p. 25.

art. 34.1: infracción del ámbito de aplicación del Reglamento, incompetencia del órgano jurisdiccional, ausencia de *fumus boni iuris* y de *periculum in mora* o falta de presentación de la demanda en el plazo fijado de acuerdo con el art. 13. Por su parte, en el art. 35 se distingue entre motivos que proceden con independencia de la existencia o no de título ejecutivo (art. 35.1), exclusivamente en ausencia de título ejecutivo (art. 35.2) y exclusivamente en presencia de título ejecutivo (art. 35.3).

**53.** El recurso interpuesto frente al órgano jurisdiccional del Estado miembro de ejecución procede, en primer lugar, por la existencia de cantidades exentas de ejecución de acuerdo con la legislación del Estado miembro en el que se encuentre la cuenta. Esto tiene sentido si se considera que la fijación de esta cantidad se realiza de acuerdo con la legislación del Estado miembro de ejecución. En segundo lugar, procede el recurso por haberse dictado una resolución judicial en el Estado miembro de ejecución que desestime la deuda cuya ejecución el demandante pretenda asegurarse por medio de la orden. Del art. 35 no se desprende que deba tratarse de una sentencia anterior a la obtención de la sentencia resultante del proceso declarativo en el Estado miembro de origen. Queda por lo tanto vetada, en el marco de este artículo, la alegación de sentencias de otro Estado miembro distinto del Estado miembro de ejecución, que es simplemente aquel donde se encuentra la cuenta y cuyos tribunales, para empezar, no necesariamente habrían sido competentes para conocer del fondo del asunto. Sin embargo, sería posible alegar la existencia de sentencias procedentes de otros Estados en base al art. 40, aunque con limitaciones,<sup>90</sup> e incluso en base al art. 34, si se interpretase de forma amplia, entendiéndose que afecta también a la existencia de *fumus boni iuris* la existencia de una sentencia desestimatoria de otro Estado.

**54.** El reconocimiento de una sentencia favorable al demandado, con independencia de su origen, debería ser suficiente para provocar, tanto la finalización de la medida cautelar como, en su caso, la finalización del proceso declarativo. Pero incluso la finalización del proceso declarativo en el Estado miembro de origen con sentencia desestimatoria tras haberse producido el reconocimiento de una sentencia extranjera anterior tuviese como efecto la revocación de oficio la OERC puede resultar interesante para el demandado dirigirse directamente al juez del Estado miembro de ejecución, especialmente si en el Estado de origen los órganos jurisdiccionales trabajan de forma lenta. Le correspondería entonces al demandante hacerse cargo de los daños causados por una medida cautelar innecesaria por la existencia de una resolución extranjera anterior sobre el mismo litigio. No obstante, si el proceso en el Estado miembro de origen termina con una sentencia favorable al demandante por no haberse alegado en su transcurso la existencia de una sentencia extranjera, el demandado podrá de todos modos alegar en base al art. 35 la incompatibilidad de dicha sentencia con la sentencia dictada previamente en el Estado miembro de ejecución, lo que podría parecer redundante ya que el demandado había tenido la posibilidad de hacer valer la sentencia a su favor en el proceso en el Estado miembro de origen. Sin embargo, parece que si se puede solicitar la denegación del reconocimiento de una sentencia procedente del Estado miembro de origen por la existencia de una sentencia contradictoria anterior, la no alegación de dicha sentencia en el marco del proceso declarativo no debería ser obstáculo para pedir la revocación de la OERC en base a dicha sentencia.

**55.** En tercer lugar, puede recurrirse la OERC alegando que la cuenta bancaria está exenta de ejecución con arreglo a la normativa sobre exenciones de ejecución.<sup>91</sup> Este supuesto debe diferenciarse de la existencia de cantidades exentas de acuerdo con el art. 32.

**56.** De no existir aún título ejecutivo, se puede hacer valer también frente al órgano jurisdiccional del Estado de ejecución la no presentación de la demanda en el plazo establecido de acuerdo con el art. 13. Esta decisión es razonable ya que no priva al deudor de la posibilidad de hacer valer la falta de

<sup>90</sup> Cfr. infra I.

<sup>91</sup> Por ejemplo el denominado Pfändungsschutzkonto («P-Konto»), regulado en el § 850k de la ZPO alemana, cfr. por ejemplo S. SCHUMACHER, «Ein großer Tag für Verbraucher und Selbständige: Das Gesetz zur Reform des Kontopfändungsschutzes vom 9. Juli 2009», *Zeitschrift für Verbraucher- und Privatinsolvenzrecht* 8 2009, p. 31315 s.; F. SCHWÖRER, «Der neue Kontopfändungsschutz – Reform ohne Gerichtsvollzieher?», *Deutsche Gerichtsvollzieher Zeitung*, 2009, p. 122 s; B. HESS, «Rechtspolitische Perspektiven der Zwangsvollstreckung», *Juristenzeitung* 2009, p. 664.

competencia, la vulneración del ámbito de aplicación del Reglamento o la inexistencia de *fumus boni iuris* o de *periculum in mora* ante el órgano jurisdiccional competente del Estado miembro de origen o en el del domicilio del consumidor, trabajador por cuenta ajena o asegurado. Así se respeta (sólo en parte) el monopolio de decisión sobre las expectativas de éxito de la pretensión sobre la cual va a decidir posteriormente, y se evita también el riesgo de interpretaciones divergentes de los arts. 2 y 6 del Reglamento.

57. Por último, el art. 36 permite a los consumidores, trabajadores por cuenta ajena y asegurados presentar recurso en el Estado miembro de su domicilio. Así se añade, de acuerdo con la Exposición de Motivos<sup>92</sup>, un nivel de protección al contenido en el Reglamento Bruselas I. Se observa en este artículo una incongruencia entre el término utilizado en el epígrafe (residencia) y el que figura en el texto de la norma (domicilio). Esta incongruencia figura sin embargo solamente en la versión española del Proyecto, mientras que las versiones alemana, inglesa y francesa se refieren unánimemente al domicilio del deudor, y no merece por lo tanto mayor atención. La necesidad de conceder esta posibilidad adicional para las partes débiles identificadas es cuestionable, ya que, por un lado, normalmente el tribunal de su domicilio ya será competente para conocer sobre el fondo del asunto en base a los arts. 12, 16.2, y 19 RBI. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que en los arts. 34 y 35 el tribunal del Estado miembro de origen y el tribunal del Estado miembro de ejecución han obtenido la competencia para resolver sobre determinados tipos de recurso en virtud de las funciones que les han sido atribuidas en el proceso de adopción y ejecución de la OERC y que de presentarse el recurso ante los tribunales del Estado miembro de domicilio del consumidor, trabajador por cuenta ajena o asegurado, este tribunal debería controlar la aplicación del futuro Reglamento por parte de un tribunal extranjero, o incluso aplicar e interpretar derecho procesal civil extranjero, en caso de aplicarse éste debido a una remisión expresa realizada en el Reglamento o en virtud de su art. 45.<sup>93</sup> Una vez obtenida una decisión por parte de este tribunal, se plantearía además la cuestión sobre su ejecutabilidad en el Estado cuyo derecho procesal se habría interpretado. Debería considerarse, en caso de incluir finalmente esta norma, la posibilidad de ampliar los casos en los que se considera que el demandado merece especial protección. En especial, debería concederse la posibilidad del recurso en el Estado miembro del domicilio del tomador y del beneficiario del seguro, como ocurre en el art. 9 RBI.

58. La Propuesta de Reglamento no concreta tampoco en este caso cuál va a ser el iter procesal del recurso, por lo que cabría partir de la base de la aplicación de la LEC a esta cuestión, de acuerdo con el art. 45. De acuerdo con el art. 735 in fine de nuestra ley rituarial, de presentarse recurso contra el Auto acordando medidas cautelares, éste debe adoptar la forma de recurso de apelación, sin efectos suspensivos. Es evidente que esta solución no es compatible con lo previsto en la Propuesta, que establece claramente qué órganos jurisdiccionales van a ser competentes para conocer del recurso del demandado, y que además prevé el recurso de apelación como modo de reacción frente a las decisiones de los mismos. En este punto sería por lo tanto de nuevo necesaria una ágil actuación del legislador.

## I) Modificación o revocación

59. Una última posibilidad de reacción frente a la OERC es la petición de su modificación o revocación, que de acuerdo con el art. 40 solamente será posible por haber cambiado las circunstancias desde que se dictó la Orden. En general, estaremos ante la desaparición de uno de los dos presupuestos de la medida cautelar, lo que también podría darse, por ejemplo, de aparecer hechos nuevos en el transcurso del proceso declarativo que pudiesen hacer variar el pronóstico de una decisión favorable al demandante. Solamente a título de ejemplo, se citan en el art. 40 una resolución judicial dictada en cuanto al fondo que desestime la deuda o la satisfacción de la misma por parte del deudor. Como se ha indicado, esta norma debe ponerse en relación con el art. 35.1 b) i), que permite el recurso contra la OERC por la existencia de una resolución desestimatoria del Estado miembro de ejecución. En el art. 40 no se dis-

<sup>92</sup> p. 9.

<sup>93</sup> En el mismo sentido B. HESS, «Der Vorschlag der EU-Kommission zur vorläufigen Kontenpfändung – ein wichtiger Integrationschritt im europäischen Zivilverfahrensrecht», *Deutsche Gerichtsvollzieher-Zeitung* 4 2012, p. 74.

tingue en absoluto según el origen de la resolución, y como resultado podría interpretarse que el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen podrá controlar la existencia de resoluciones desestimatorias de cualquier Estado, además de otras cuestiones que afecten a la existencia de los presupuestos de la ejecución. Ahora bien, el artículo especifica que debe alegarse un cambio en las circunstancias, es decir, en este caso, una sentencia dictada después de haberse dictado la OERC. De la combinación entre el art. 34 y el art. 40 se podría deducir la posibilidad del órgano jurisdiccional de origen de revocar la OERC a instancia de parte debido a la existencia de una sentencia contradictoria de un Estado diferente al Estado miembro de ejecución. Sin embargo, a falta de mayor concreción del legislador comunitario, también podría partirse de la base de que, como la única referencia a sentencias contradictorias se hace en el art. 35, las sentencias de otros Estados no se podrían hacer valer en base a los arts. 34 y 40.

**60.** No obstante, ello dejaría al demandante sin la posibilidad de hacer valer estas cuestiones, ya que no puede recurrir al art. 34. Es cierto que será el deudor el primer interesado en pedir la revocación o la modificación de la OERC, pero no siempre puede contarse con una rápida reacción por su parte, y el acreedor puede estar interesado en ahorrarse costas procesales y en recuperar la caución prestada lo más pronto posible.

## J) Vigencia temporal

**61.** Una vez se ha obtenido el título ejecutivo en el Estado miembro de origen y se está pendiente del inicio de la fase de ejecución forzosa en el Estado miembro de ejecución, se plantea la cuestión de la vigencia temporal de la OERC. En nuestro derecho, el art. 731 LEC establece que las medidas cautelares adoptadas se mantienen hasta que transcurre el plazo de espera de 20 días del art. 548 LEC. Tomando en consideración el elemento transfronterizo propio de la OERC, en el art. 21.7 b) de la Propuesta se ha adoptado una regla más flexible, que alarga la vigencia de la OERC hasta que ésta sea sustituida por una medida de ejecución de efecto equivalente de Derecho nacional y por tanto tiene en cuenta el considerable retraso que puede reportar la obtención del exequátur, pero al mismo tiempo requiere del acreedor una actitud diligente, ya que éste debe haber incoado el procedimiento de ejecución dentro de los 30 días siguientes a la notificación o al reconocimiento de la fuerza ejecutiva de la resolución judicial, el documento público o la transacción judicial, tomándose la fecha que sea posterior.

**62.** La sustitución de OERC por una medida de ejecución forzosa de derecho nacional puede suponer un cambio en el tribunal competente. En España debe tenerse en cuenta el art. 545.3 LEC. Por otro lado, sería deseable que con la conversión el acreedor no perdiese su rango de existir una pluralidad de embargos.<sup>94</sup> Al haberse producido ya la traba de los activos bancarios, lo ideal sería que los derechos nacionales permitiesen pasar directamente a la fase de apremio.<sup>95</sup>

## 4. Coordinación y cooperación de órganos jurisdiccionales y autoridades emisoras

**63.** Entre las informaciones que se deben incluir en el formulario del Anexo 1 está una declaración sobre si el demandante ha presentado ante otros órganos jurisdiccionales una solicitud de OERC o de una medida cautelar de efecto equivalente prevista en el derecho nacional. En el art. 19 se encuentra expresamente recogido este deber de información, así como la facultad del órgano jurisdiccional o autoridad emisora de abstenerse de dictar una OERC —que no tiene por que ser adicional, sino que puede muy bien ser la primera que se pide—, si a la vista de las medidas ya concedidas, ya sean otras OERC, ya sean medidas cautelares previstas por los respectivos derechos nacionales y dictadas en base al RBI, considera que ya están suficientemente protegidos los intereses del demandante.

<sup>94</sup> Commission Staff Working Document, SEC (2006), 1341, p. 27 s.

<sup>95</sup> Cfr. a favor de dejar esta cuestión a los derechos nacionales MAX PLANCK WORKING GROUP, Comments on the European Commission's Green Paper on Improving the Efficiency of the Enforcement of Judgements in the European Union: the Attachment of Bank Accounts, [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/judgements/contributions/academics/max\\_planck\\_working\\_group\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/judgements/contributions/academics/max_planck_working_group_en.pdf), p. 50.

**64.** Desde luego existe la posibilidad de que el demandante no lleve a cabo dicha información y realice una utilización abusiva de las posibilidades ofrecidas por el futuro Reglamento consistente en obtener la retención de una suma de dinero superior a la debida, sobre todo teniendo en cuenta los escasos costes que supone la solicitud de la Orden. El art. 28, cuyo ámbito de aplicación se limita sin embargo a la retención de varias cuentas, establece la obligación del demandante de reaccionar a posteriori, cuando el resultado de una o varias OERCs o medidas cautelares de derecho nacional es una retención por una suma superior, liberando las cantidades especificadas que excedan de la cantidad fijada en la OERC. Esta liberación parece que tendría que realizarse a través de la autoridad competente en el Estado miembro de ejecución, y el plazo para llevarla a cabo es breve: tan sólo 48 horas después de la recepción de la primera declaración de uno de los bancos de la que se derive por primera vez la existencia de un exceso. No queda claro a qué consecuencias se enfrenta el acreedor que no lleva a cabo la información requerida. Con independencia de los posibles recursos a disposición del demandado, está claro que el demandante tendría que responder del perjuicio causado en caso de incumplimiento de dicha obligación.

**65.** Parece que una forma de control más eficiente sería, al menos en los casos en los que existiese un título ejecutivo de origen judicial, que toda autoridad de emisión extranjera informase de la solicitud del demandante al órgano jurisdiccional que dictó la resolución judicial o adoptó la transacción judicial. Esta información abarcaría también las vicisitudes (modificación, revocación) de la Orden por éste dictada. Éste estaría así informado de todas las OERC adoptadas en base al título ejecutivo y podría informar de forma fiable a las autoridades emisoras de los Estados donde se presentase una solicitud de OERC. Esta solución también podría ser útil cuando además de la OERC se hubiesen solicitado medidas cautelares según los respectivos derechos nacionales de acuerdo con el art. 31 o 47 RBI. Este control centralizado de la ejecución transfronteriza, que presenta un claro paralelismo con el sistema previsto en el Reglamento de insolvencia, podría presentar sin embargo dificultades para su aplicación en aquellos Estados miembros en los que la administración de justicia está más colapsada. Otra solución sería la creación de una base de datos de sentencias judiciales firmes en materia civil y mercantil a la que todos los órganos jurisdiccionales con competencia para la ejecución pudiesen acceder, registrando por su cuenta las medidas cautelares y de ejecución provisional posteriores a la obtención del título ejecutivo en el Estado de origen.<sup>96</sup>

**66.** En esta línea, en el art. 20 se prevé la cooperación opcional de los órganos jurisdiccionales que reciban una solicitud de OERC con el órgano jurisdiccional que conozca del fondo —aunque en la Propuesta se utilice el plural en principio solamente habrá uno, a no ser que exista litispendencia— con el fin de lograr una coordinación adecuada entre los procedimientos (el procedimiento) relativos al fondo del asunto y los procedimientos relativos a la OERC. Esta cooperación opcional se concreta en la petición de información al órgano jurisdiccional que conoce del fondo del asunto sobre cualquier circunstancia pertinente del caso. De ahí se deriva que esta opción ha sido especialmente —aunque no necesariamente de forma exclusiva— concebida para los casos en los que no existe aún título ejecutivo, y en los que al órgano jurisdiccional del Estado miembro en el que se sitúa la cuenta o cuentas le puede interesar determinar con exactitud la existencia de *fumus boni iuris* y *periculum in mora*. En el art. 31 de la Propuesta de Revisión del Reglamento Bruselas I, cuya regulación de las medidas cautelares está, como se verá, en consonancia con el contenido de la Propuesta de Reglamento objeto de estudio, se concreta que dicha petición de información podría referirse, por ejemplo, a la urgencia de la adopción de la medida cautelar en cuestión o a anteriores denegaciones de este tipo de medidas. En efecto, aunque posteriormente se conceda a dicho órgano jurisdiccional la posibilidad de dirigirse al demandante para pedirle información sobre el riesgo de que el demandado haga desaparecer los activos o sobre la denegación de una medida similar por parte del órgano que conoce del fondo del asunto, debe interpretarse que la expresión «cualquier circunstancia pertinente del caso» es lo suficientemente amplia como para

<sup>96</sup> Cf. a favor de la introducción de un Registro Central de OERCs, dependiente del Banco Central Europeo, F. MARTÍN DÍZ, *Justicia* 2008, N°3-4, p. 229.

incluir, en concreto, información sobre las medidas de similar naturaleza adoptadas o denegadas por el órgano jurisdiccional que conoce del fondo del asunto, lo que tendría especial relevancia con vistas a evitar una retención excesiva. Está claro, sin embargo, que el órgano jurisdiccional que conoce del fondo del asunto solamente puede informar de sus decisiones, sin tener acceso necesariamente a informaciones de otros órganos jurisdiccionales.

67. No se ha regulado imperativamente la vía por la cual debe solicitarse esta información, estableciéndose que puede pedirse directamente o a través de los puntos de contacto de la Red Judicial Europea. Esta decisión debe ser objeto de una valoración positiva, ya que puede contribuir a agilizar las comunicaciones entre órganos jurisdiccionales. No obstante, debería tratarse de un medio que dejase constancia de las informaciones recibidas, de modo que pudiesen incorporarse a la hora de motivar la no adopción de la OERC.

68. El deudor, por su parte, difícilmente podrá reaccionar ante la solicitud de una OERC por una cantidad superior a la debida: De acuerdo con el art. 34 de la Propuesta, relativo a los recursos a presentar en el Estado miembro de origen, el recurso del demandado solamente puede basarse en la no presentación en plazo de la demanda o en el incumplimiento de los requisitos de expedición de la Orden contenidos en los artículos 2, 6 y 7, sin estar incluida una vulneración del deber del art. 19 por parte del acreedor. También llama la atención que en el art. 35, relativo a los recursos que se pueden presentar en el Estado de ejecución, el demandado pueda hacer constar la existencia de cantidades mínimas legalmente excluidas de la ejecución, pero tampoco esté prevista expresamente como causa de recurso el embargo cautelar excesivo o la existencia de medidas de similar naturaleza. Una solución sería entender que en este caso es posible acudir a los recursos previstos por el derecho nacional,<sup>97</sup> aunque con ello fracasaría el propósito de crear un sistema autónomo de recursos en el proceso de la OERC. Al menos, parece que el deudor puede hacer constar por la vía del art. 34 la existencia de una OERC anterior dictada contra él, cosa que supondrá la ausencia de *periculum in mora* y por tanto la imposibilidad de que prospere una OERC posterior, al menos por una cantidad superior a la ya retenida.

## 5. Obtención de información sobre la existencia y el saldo de las cuentas corrientes

69. Las cuestiones relacionadas con la protección de datos han sido objeto de especial atención, lo que se pone de relieve en el dictamen emitido por Supervisor Europeo de Protección de Datos (SEPD), que por lo general confirma la conformidad de la Propuesta con la Directiva 95/46/CE.<sup>98</sup> En especial la Comisión ha tenido en cuenta la necesidad de justificar toda norma que pudiese interpretarse como una vulneración del derecho a la intimidad.<sup>99</sup> En el marco de la OERC la información requerida se va a referir solamente a la existencia de cuentas bancarias a nombre del deudor en un Estado miembro determinado y a las cantidades que allí están depositadas. El art. 16 de la Propuesta apuesta por que sea el deudor quien indague por su cuenta y proporcione a la autoridad competente del Estado de ejecución las informaciones necesarias. Con ello se hace referencia, en cualquier caso, al nombre y apellidos completos del demandado (a) y al nombre del banco en que el demandado posee una o varias cuentas a retener así como a la dirección de la sede central del mismo en el Estado en el que se encuentra la cuenta (b). Alternativamente, se pueden aportar el número o números de cuenta, la dirección completa del demandado, fecha de nacimiento y número de documento de identidad o pasaporte del deudor persona física o número de registro en el registro mercantil del deudor persona jurídica. Estas últimas informaciones, recogidas en la letra c), parece que no se tienen que aportar necesariamente, sino sólo para complementar las informaciones recogidas en las letras a) y b), por ejemplo, cuando existen varios clientes con el mismo nombre.

<sup>97</sup> Cfr. B. SUJECKI, «Grenzüberschreitende Pfändung in der EU», *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht* 10 2011, p. 416, nota 23.

<sup>98</sup> DOUE n° C-373 de 21 de diciembre de 2011, p. 4-7.

<sup>99</sup> Commission Staff Working Document, SEC (2006), 1341, p. 22.



**70.** Solamente en caso de no poderse aportar las informaciones previstas en el art. 16 prevé el art. 17 la intervención de la autoridad competente en el Estado miembro de ejecución. En este punto es interesante observar cómo se ha tenido en cuenta la Directiva 95/46/CE, estableciéndose en el apartado 4 de dicho artículo que la autoridad competente utilizará «todos los medios adecuados y razonables de que disponga en el Estado miembro de ejecución», debiendo ser la información obtenida «adecuada a efectos de la identificación de la cuenta o cuentas del demandado, pertinente y no excesiva» (apartado 6). Ello contrasta con el deber del demandante de incluir en su solicitud toda la información de que disponga sobre el demandado y las cuentas de éste, que el SEPD considera demasiado impreciso, y que podría conducir a la transferencia de todo tipo de información.<sup>100</sup>

**71.** En el art. 17. 5 se establece el deber de los Estados miembros de informar a la Comisión sobre si su ordenamiento prevé la posibilidad dictar una orden de divulgación para obligar a todos los bancos de su territorio a revelar si el demandado posee cuenta en ellos y sobre cómo tiene lugar el acceso por la autoridad competente a las informaciones del art. 16 cuando las autoridades o administraciones públicas mantengan dicha información en los registros o de otra manera. Esta misma solución se ha adoptado en el art. 61 del Reglamento 4/2009/CE. En la Exposición de Motivos se dice que el Reglamento deja a los Estados miembros la elección entre estos dos mecanismos, lo cual se debe interpretar en el sentido de que solamente es posible contemplar uno de ellos. La necesidad de informar a la Comisión sobre el contenido del propio ordenamiento procesal, de acuerdo con el art. 48, vendría pues acompañada de la necesidad de crear normas especiales o de limitar parcialmente el ámbito de aplicación de las existentes. Parece sin embargo que hubiese sido mejor posibilitar la coexistencia de ambas posibilidades para obtener información sobre los activos del deudor, como ocurre en derecho español en virtud del arts. 738.2 y 590 LEC. En cualquier caso, se echa en falta la fijación de un plazo máximo para la obtención de dichas informaciones,<sup>101</sup> que no debería ser determinado unilateralmente por los Estados miembros.

**72.** Cuestión distinta es la del acceso de los propios acreedores a dichas informaciones de bancos y autoridades o administraciones públicas. En España se ha considerado que no supone vulneración del secreto bancario y del derecho fundamental a la intimidad la facilitación de determinados datos en el marco de informes comerciales, por ejemplo relativos a la solvencia de un determinado cliente, su conducta comercial y su seriedad negocial, pero sí la facilitación de datos como el saldo existente en las cuentas.<sup>102</sup> A sensu contrario, ello comportaría la imposibilidad absoluta de facilitar el saldo de una cuenta corriente a un tercero acreedor. El acceso por particulares a las bases de datos de autoridades y administraciones presenta una problemática adicional a la del respeto al derecho a la intimidad: dichos registros y bases de datos no tienen como función principal procurar datos a particulares, sino cumplir con su función en el ámbito de que se trate. Por lo tanto, resultaría comprensible que una adicional apertura a este tipo de actividades pueda condicionarse al no entorpecimiento de las funciones principales de la institución correspondiente.<sup>103</sup>

## 6. Costes, costas y tasas

**73.** En la Propuesta de Reglamento se distingue entre los costes cuya restitución puede pedir la entidad bancaria en forma de una tasa única, según lo que decida cada Estado miembro (art. 30.1), y los costes cuya restitución en forma de tasa fijada por cada Estado miembro puede pedir la autoridad competente por la ejecución o por la tramitación de peticiones de información sobre la cuenta (art. 31). Las entidades bancarias solamente tendrán derecho al reembolso de los costes ocasionados por la OERC

<sup>100</sup> Dictamen SEPD, loc. cit., n°20.

<sup>101</sup> B. HESS, «Der Vorschlag der EU-Kommission zur vorläufigen Kontenpfändung – ein wichtiger Integrationsschritt im europäischen Zivilverfahrensrecht», *Deutsche Gerichtsvollzieher-Zeitung* 4 2012, p. 73.

<sup>102</sup> M. L. FERRANDO VILLALBA, La información de las entidades de crédito. Estudio especial de los informes comerciales bancarios, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

<sup>103</sup> Cfr. sobre un tema parecido G. SPINDLER, «Informationsfreiheit und zivil- und gesellschaftsrechtliche Auskunftsansprüche», *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 5 2011, p. 690-731.

o por la petición de información cuando así esté previsto en los respectivos derechos nacionales para medidas del mismo tipo.

74. En lugar de dejar esta cuestión a los derechos nacionales, en la Propuesta de Reglamento se incluye en el art. 42 una regulación de las costas procesales con el mismo contenido que la recogida en el art. 16 del Reglamento 861/2007: La parte perdedora va a cargar con las costas del proceso, pero el órgano jurisdiccional no eximirá a la parte ganadora de las costas que se hayan generado de forma innecesaria o sean desproporcionadas con respecto al valor de la deuda. Del mismo modo que en un proceso declarativo el órgano jurisdiccional decide sobre la procedencia de los distintos medios de prueba, también aquí el órgano jurisdiccional o la autoridad competente se han pronunciado previamente sobre la idoneidad de la medida adoptada, por lo que no se tendría que considerar ésta innecesaria o desproporcionada a efectos de costas, aunque a posteriori se haya visto que ello era así.<sup>104</sup> Al igual que ocurría en el marco del Proceso Europeo de Escasa Cuantía, dado que según el art. 41 la asistencia letrada no es obligatoria en el proceso de adopción de la OERC (pero sí a la hora de presentar recurso, si así lo deciden los Estados miembros)<sup>105</sup>, se plantea si también deben suplirse los honorarios del abogado contratado por la parte ganadora. En la Propuesta del Reglamento 861/2007 se establecía que si la parte vencida era persona física y no estaba a su vez representada por abogado, no estaría obligada a suplir los honorarios de los abogados u otros profesionales del derecho contratados por la parte ganadora. Al igual que entonces, debe entenderse en el marco de la OERC que los honorarios abogados u otros profesionales del derecho contratados por la parte ganadora solamente se restituirán si son proporcionadas al valor de la deuda. Nada obsta, sin embargo, a una restitución parcial de dichos honorarios. Será competente para tomar una decisión sobre las costas el órgano jurisdiccional o la autoridad competente, respectivamente, para dictar la Orden, o en su caso, para conocer del recurso presentado frente a ésta.

75. Sobre las tasas, la Propuesta de Reglamento dice escuetamente en su art. 43 que no serán superiores a las requeridas para la obtención de una medida equivalente en el derecho nacional, no serán desproporcionadas en relación con la cuantía de la deuda y no tendrán un efecto disuasorio para el demandante. Este punto es particularmente importante ya que si el demandante desistiese de la presentación de la OERC muy probablemente tampoco acudiría a la medida equivalente en el Estado miembro de ejecución por los mayores costes que le representaría la aplicación de un derecho extranjero, traducidos seguramente, en particular, en la contratación de los servicios de un abogado en este Estado. Con ello no se consigue, sin embargo, diluir las diferencias en las tasas de la administración de justicia en los distintos Estados miembros.

## 7. Plazos

76. A la vista de las dificultades adicionales que presenta todo proceso con repercusión transfronteriza, en el art. 44 se han relajado las consecuencias de la falta de respeto del plazo fijado para dictar la Orden de acuerdo con el art. 21.3, para convocar una audiencia oral de acuerdo con el art. 21.4, para notificar a los bancos de acuerdo con el art. 24.3c), para la transmisión de la declaración del banco a la autoridad competente de acuerdo con el art. 27.1 y en el marco de los recursos previstos en los arts. 34 y 35. En dicho caso la decisión o medida de que se trate deberán dictarse o adoptarse «a la mayor brevedad». Teniendo en cuenta que las consecuencias de la falta de respeto de los plazos fijados para las actuaciones judiciales se rigen por la respectiva *lex fori*,<sup>106</sup> pero siendo consciente de la necesidad de fijar plazos cortos, parece que el legislador ha decidido confiar en la responsabilidad de órganos jurisdiccionales y autoridades competentes, contemplando sin embargo la posibilidad de un control por parte de las mismas partes, que pueden pedir una justificación de las dilaciones acontecidas.

<sup>104</sup> Cf. sobre el Reglamento 861/2007 I. VARGA, «Art. 16 EG-BagatelIVO», en T. RAUSCHER (dir.), *EuZPR/EuIPR*, Bearbeitung 2010, Múnich, Sellier, Rn. 4.

<sup>105</sup> Recogido esto en la Exposición de Motivos, p. 9, pero no en el art. 48.

<sup>106</sup> Sobre el proceso monitorio europeo, D. EINHAUS, «Erste Erfahrungen mit dem europäischen Zahlungsbefehl», *Europäische Zeitung für Wirtschaftsrecht* 22 2011, p. 867.

#### IV. Tratamiento de las medidas cautelares en el RBI y en su Propuesta de revisión

77. La regulación insuficiente de las medidas cautelares en el Reglamento Bruselas I ha provocado que el TJCE se viese obligado reiteradamente a corregir determinadas prácticas de los Estados miembros.<sup>107</sup> De acuerdo con el art. 31 se pueden pedir medidas cautelares ante el juez que está conociendo del asunto y ante el juez de otro Estado miembro. No existe consenso sobre si el art. 31 establece la competencia a favor de cualquier otro juez o si se trata de una norma de remisión<sup>108</sup>. En todo caso, de acuerdo con la Sentencia *van Uden* el tribunal que dicta medidas cautelares en base a una competencia exorbitante debe hacer constar que existe vínculo de conexión real entre el objeto de las medidas solicitadas y la competencia territorial del Estado miembro<sup>109</sup>. Tampoco está claro qué tipo de medidas cautelares se entienden comprendidas en todo caso en el art. 31. Está claro que puede tratarse tanto de medidas puramente asegurativas como de medidas que persiguen una liberación provisional del deudor, siempre que tengan carácter reversible, aunque no está muy claro qué ocurre con medidas de otra clase, por ejemplo las destinadas a asegurar la práctica de la prueba.

78. El demandante puede optar entre pedir el reconocimiento y la ejecución de una medida cautelar dictada por el Tribunal competente para conocer del fondo o directamente acudir a un Estado miembro competente en base al art. 31 para que se dicte una medida que va a ejecutarse en dicho territorio. El reconocimiento y ejecución —en principio posible solamente cuando se haya dado audiencia al deudor, aunque hay quien considera superada esta jurisprudencia del TJCE<sup>110</sup>— de decisiones sobre medidas cautelares dictadas por un Tribunal en base a sus normas de nacionales de competencia normalmente no podrá llevarse a cabo por faltar el vínculo de conexión real a que se refería la sentencia *van Uden*.<sup>111</sup> Sin embargo, no parece que esto se aplique al reconocimiento y ejecución de medidas cautelares dictadas por otro tribunal competente para conocer del fondo del asunto de acuerdo con el Reglamento Bruselas I, ya que de otro modo se dejaría desprotegida a la parte que ha solicitado la medida.<sup>112</sup>

79. A estas conocidas cuestiones que plantea el actual régimen se intenta dar respuesta en la Propuesta de revisión del Reglamento Bruselas I. Allí se define de forma parcial la noción de medidas cautelares (Considerando 22, art. 2 b)), y se reafirma la libre circulación de decisiones sobre medidas cautelares emanadas por el Tribunal competente en cuanto al fondo del asunto (art. 35 de la Propuesta), negando al mismo tiempo expresamente la eficacia extraterritorial de medidas cautelares ordenadas por un Tribunal distinto al Tribunal competente para conocer del fondo (Considerando 25, art. 2, art. 42.2 de la Propuesta). La Comisión se separa ahora por fin de la doctrina sentada por el TJCE en la sentencia *Denilauler*, que impedía el necesario «efecto sorpresa» de las medidas cautelares, y aboga porque el reconocimiento y la ejecución de las decisiones del Tribunal que conoce del fondo sea posible aún si previamente no se ha dado audiencia al deudor, siempre que éste tenga la posibilidad de impugnar la medida a posteriori en virtud del Derecho nacional del Estado miembro de origen (art. 2 de la Propuesta, Considerando 25). La cuestión sobre si el art. 31 RBI actual era o no una norma de remisión quedaría

<sup>107</sup> B. HESS, «Die Europäische Kontenpfändung aus der Perspektive eines Europäischen Vollstreckungsrechts», en D. BAETGE/J. VON HEIN/M. VON HINDEN (coords.), *Die richtige Ordnung, Festschrift für Jan Kropholler zum 70. Geburtstag*, Tübinga, Mohr Siebeck, 2008, p. 795.

<sup>108</sup> En contra por ejemplo M. VIRGÓS SORIANO/F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Thomson Civitas, Madrid, 2007, p. 341 s.; a favor S. LEIBLE, «Art. 31 EuGVVO», en T. RAUSCHER, T. RAUSCHER (dir.), *EuZPR/EuIPR*, 3ª ed. 2011 Múnich, Sellier, Rn. 21; M. GÓMEZ JENE, «Arbitraje, medidas cautelares y Reglamento Bruselas I», *Diario La Ley N°7601, Sección Tribuna*, 31 Mar. 2011, Ref. D-142, p. 3; C. HEINZE, «Choice of Court Agreements, Coordination of Proceedings and Provisional Measures in the Reform of the Brussels I Regulation», *Rebels Zeitung* 75 2011, p. 602.

<sup>109</sup> STJCE 17 Noviembre 1998, *Van Uden/Deco-Line*, 391/1995, *Rec.* 1998, p. I-07091, n° 38 s.

<sup>110</sup> STJCE 21 Mayo 1980, *Denilauler/Couchet Frères*, 125/1979, *Rec.* 1980, p. 1553, n. 16, cfr. sobre la vigencia de dicha jurisprudencia S. LEIBLE, «Art. 31 EuGVVO», en T. RAUSCHER, T. RAUSCHER (dir.), *EuZPR/EuIPR*, 3ª ed. 2011 Múnich, Sellier Rn. 36 s.

<sup>111</sup> B. HESS, *Europäisches Zivilprozessrecht*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2010, p. 369.

<sup>112</sup> S. LEIBLE, «Art. 31 EuGVVO», en T. RAUSCHER, T. RAUSCHER (dir.), *EuZPR/EuIPR*, 3ª ed. 2011 Múnich, Sellier, Rn. 17.

ahora también zanjada al optarse por atribuir al Reglamento carácter universal.<sup>113</sup> Sin embargo, no está claro si aún debe considerarse necesaria la prueba de un vínculo de conexión real entre la medida solicitada y el territorio en el que ésta debe surtir efecto. Parece no obstante que el recurso a dicha condición ya no será necesario al establecerse la imposibilidad de que las medidas cautelares dictadas por un tribunal distinto al que conoce sobre el fondo tengan efectos transfronterizos.<sup>114</sup>

**80.** En el caso de dictarse medidas cautelares mientras el litigio está pendiente en otro Estado miembro, está prevista la cooperación de ambos tribunales (art. 31 de la Propuesta). Esta cooperación consiste en que el tribunal que va a dictar la medida en base al art. 36 de la Propuesta pida simplemente información sobre las circunstancias del caso, la urgencia de la medida y sobre posibles denegaciones anteriores de medidas similares al Tribunal que conoce del fondo del asunto. Así pues, el tribunal de conoce del fondo del asunto no podrá llegar a revisar una medida cautelar emitida por otro Tribunal, cosa que comportaría problemas de ley aplicable, por ejemplo con respecto a las costas.<sup>115</sup> Teniendo en cuenta que el art. 36 se refiere expresamente a la posibilidad de que un tribunal arbitral esté conociendo del fondo, parece que tendría que contemplarse aquí también la posibilidad de que el tribunal ante el que se hayan solicitado medidas cautelares coopere con el tribunal arbitral.

**81.** La regulación de la adopción de medidas cautelares y provisionales también se ve influenciada por la futura supresión generalizada del exequátur (Considerando 25). En efecto, de acuerdo con el art. 40 de la Propuesta de revisión cualquier resolución ejecutiva implicará por ministerio de la ley la autorización para poner en marcha las medidas cautelares previstas en el Estado miembro de ejecución. Ya no es necesaria pues la diferenciación efectuada en el art. 47 aps. 1º y 2º RBI. Y de acuerdo con el art. 43 de la Propuesta, para la ejecución en otro Estado miembro de una resolución ordenando una medida cautelar o provisional habrá suficiente con adjuntar una copia de dicha resolución y un formulario en el que se afirme que la resolución fue dictada por un juez competente y que, en caso de haber sido dictada la medida ex parte, el deudor tenga derecho a impugnar la medida de acuerdo con la ley del Estado de origen. Para las resoluciones que aún requieren a título transitorio el otorgamiento de la ejecución, el art. 60 de la Propuesta de revisión aún reproduce casi exactamente el art. 47 RBI.

## V. Relación del futuro Reglamento con otros instrumentos comunitarios

**82.** No sólo la cuestión del engarce del futuro Reglamento con los respectivos derechos nacionales merece una reflexión. En el art. 46 de la Propuesta se trata de la relación con otros instrumentos y entre otras cosas afirma que el Reglamento se entenderá sin perjuicio del Reglamento Bruselas I. Pero, como se ha ido viendo, con el futuro Reglamento no solamente se pretende introducir una medida cautelar y el procedimiento para dictarla, sino que también se han dictado normas sobre la competencia y la eficacia transfronteriza de dicha medida, que en parte se sobreponen a las existentes en el Reglamento Bruselas I y en el Reglamento Bruselas III en materia de alimentos. Bastará aquí con realizar una breve recopilación de las soluciones de la Propuesta a que ya se ha hecho referencia en su momento y que no se corresponden con las recogidas en el RBI, empezando por las normas de competencia y siguiendo con las relativas a la ejecutabilidad.

**83.** En primer lugar, las normas de competencia recogidas en los arts. 6 y 14 dejan claro que a diferencia de lo que establece el actual art. 31 RBI no se permite un posible recurso a foros exorbitantes y

<sup>113</sup> R. ARENAS GARCÍA, «Las medidas provisionales y cautelares en el Reglamento Bruselas I: de la regulación actual a la regulación proyectada», *Diario La Ley N°7601, Sección Tribuna*, 31 Mar. 2011, Ref. D-144, p. 3.

<sup>114</sup> Cfr. sin olvidar que esto puede animar al deudor a trasladar su patrimonio fuera del Estado miembro que adopte la medida, C. HEINZE, «Choice of Court Agreements, Coordination of Proceedings and Provisional Measures in the Reform of the Brussels I Regulation», *Rabels Zeitung* 75 2011, p. 611 ss.

<sup>115</sup> Cfr. Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de septiembre de 2010, sobre la aplicación y revisión del Reglamento (CE) no 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (2009/2140 (INI)) (2011/C 308 E/06), DOUE C 308 E de 20.10.2011, p. 36-43, n°31.

que tampoco se permite al demandante solicitar la OERC en cualquiera de los distintos tribunales de los Estados miembros que serían competentes para conocer de la demanda. La competencia del órgano jurisdiccional que no conoce o va a conocer del fondo del asunto se determina exclusivamente en función del lugar de situación de la cuenta bancaria. En segundo lugar, y sin que pueda hablarse propiamente de superposición o de contradicción de las normas del RBI, de los arts. 34, 35 y 40 se desprende claramente que la intención del legislador comunitario era atribuir competencia para examinar los presupuestos para la adopción de la medida cautelar en exclusiva al órgano jurisdiccional que las dictó, sin que pueda pronunciarse sobre estas cuestiones el órgano jurisdiccional o autoridad encargados exclusivamente de la ejecución de la OERC.<sup>116</sup> Solamente el art. 36 rompe este esquema y puede poner al tribunal del Estado miembro del domicilio de la parte débil en la necesidad de tener que aplicar derecho procesal extranjero. Este esquema de reparto de la competencia para conocer de los recursos contra una medida cautelar según el motivo alegado bien podría en un futuro adoptarse en el régimen general de las medidas cautelares, sobre todo si, como está previsto, desapareciese el requisito del exequátur para que medidas cautelares dictadas por el órgano jurisdiccional de origen fuesen aplicadas en otro Estado miembro.

**84.** Por lo que respecta a la ejecutabilidad, en la Propuesta de Reglamento se apuesta, como ya se ha reiterado, por la supresión del exequátur, tanto por lo que respecta a la decisión de dictar la OERC como a las decisiones resolviendo los recursos planteados<sup>117</sup>. Esto supone sin duda un avance con respecto al régimen general, pero un avance que como se ha visto se corresponde con lo previsto en la Propuesta de revisión del RBI. Como se ha visto, la limitación espacial de los efectos de una OERC dictada por el órgano jurisdiccional o autoridad competente del Estado de ejecución encuentra también su paralelo en la Propuesta de revisión del RBI. Este hecho no es trascendente en el marco de la OERC, ya que al dictarse ésta sin audiencia previa al demandado no existe la posibilidad de se trasladen los fondos a otro Estado miembro, y la posibilidad de dictar una OERC con efectos en varios Estados miembros continúa siendo posible ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen.

**85.** El art. 46 cita también expresamente la Directiva de Protección de Datos y el Reglamento de Notificaciones. La referencia a la Directiva de Protección de Datos no significa otra cosa que los Estados miembros aplicarán sus respectivas normas de transposición de la Directiva a las cuestiones no reguladas por la Propuesta de Reglamento, que como ha dictaminado el SEPD en general está conforme con la misma. La referencia al Reglamento de Notificaciones tiene que ser con reservas, ya que, como se ha dicho, las posibilidades de notificación allí previstas se han reducido con el fin de lograr una mayor celeridad en el proceso y permitir el control de las normas nacionales, por ejemplo las relativas a las cantidades exentas de ejecución.

## VI. Resumen y conclusiones

**86.** Con la Propuesta de Reglamento para la obtención de una Orden Europea de Retención de Cuentas se pretende mejorar notablemente la eficiencia de la ejecución en la Unión Europea introduciendo por primera vez una medida cautelar específica para supuestos de carácter transfronterizo y el proceso para su obtención y ejecución. Teniendo en cuenta la diversidad de los derechos procesales civiles de los Estados miembros y el condicionante que supone la vinculación de este tipo de medidas al ejercicio de la soberanía, ello ha requerido lograr un delicado equilibrio entre el necesario recurso a las normas procesales nacionales y la creación de soluciones unitarias, como por ejemplo el sistema de recursos.

**87.** Se trata de una medida cautelar que opera in rem y no in personam y cuya adopción tiene como consecuencia la retención de la cuenta o cuentas correspondientes a partir de la notificación al

<sup>116</sup> Cfr. «Der Vorschlag der EU-Kommission zur vorläufigen Kontenpfändung – ein wichtiger Integrationsschritt im europäischen Zivilverfahrensrecht», *Deutsche Gerichtsvollzieher-Zeitung* 4 2012, p. 71.

<sup>117</sup> Cfr. sin embargo art. 36 de la Propuesta.

tercero deudor, encargado de practicarla. Puede adoptarse antes de presentarse la demanda, durante o después de la pendencia del proceso declarativo en el Estado miembro de origen o de existir ya un título ejecutivo en el Estado miembro de ejecución. El proceso para su obtención es distinto dependiendo de si existe o no título ejecutivo. En el segundo caso, el órgano jurisdiccional competente del Estado de origen o del Estado de ejecución tendrá que realizar un examen sumario de la existencia de los presupuestos de la medida cautelar. De existir distintos tribunales competentes para conocer del fondo del asunto, la solicitud se tiene que presentar ante aquél de entre ellos en el que se tiene la intención de presentar la demanda. La OERC dictada por un órgano jurisdiccional del Estado miembro de origen será reconocida y ejecutoria en los demás Estados miembros sin necesidad de otorgamiento de la ejecución y sin posibilidad de oponerse a su reconocimiento. La OERC dictada por el Estado miembro de ejecución no podrá tener efectos transfronterizos.

**88.** El demandante y el demandado pueden reaccionar frente a la OERC presentando un recurso. Con el fin de evitar la cuestión sobre la convivencia con los recursos previstos por los respectivos derechos nacionales, el sistema de recursos concebido en la Propuesta de Reglamento tiene carácter exhaustivo. Se ha tratado de repartir la competencia entre los tribunales del Estado miembro de origen y del Estado miembro de destino dependiendo del papel que han tenido en la adopción de la Orden. Este sistema se rompe con la criticable introducción de la posibilidad, para determinados demandados que pueden considerarse «parte débil», de presentar recurso en el tribunal del Estado miembro de su domicilio, con independencia del motivo que se haga valer. Además es posible pedir la modificación o revocación de la Orden, por ejemplo por no presentar la demanda en plazo. La no presentación de la demanda en el plazo pactado tendría que tener como consecuencia la revocación de oficio de la Orden.

**89.** Las remisiones a los derechos nacionales se realizan en la presente propuesta de Reglamento normalmente de forma explícita, aunque debería pulirse la redacción de las mismas para que quede claro que se trata en todo caso de remisiones a la *lex fori* entendida como ley procesal y que no existe el propósito de crear nuevas normas de conflicto, referidas, por ejemplo, a la *lex rei sitae*. Asimismo, es necesario que las adaptaciones necesarias de las normas nacionales se realicen con prontitud. La publicación de las informaciones pertinentes en la Red Judicial Europea, cuyo contenido hoy en día deja bastante que desear, tendría que constituir una prioridad de los Estados miembros y de la Comisión, sobre todo teniendo en cuenta que una información de calidad sobre las cuestiones citadas (órganos jurisdiccionales y autoridades competentes, cantidades exentas de ejecución, solución adoptada respecto de las cuentas comunes y nominales, prioridad de acreedores concurrentes, derechos de terceros, indemnización de los daños causados por la aplicación de medidas cautelares, etc.) no solamente resulta útil en el marco de la aplicación del futuro Reglamento, sino en general para la adopción de cualquier medida cautelar de este tipo con carácter transfronterizo y para la posterior ejecución.

**90.** La revisión del Reglamento Bruselas I, que al parecer se encuentra ya bastante avanzada, puede repercutir de forma considerable sobre la cuestión relativa a la necesidad objetiva de una medida cautelar de carácter comunitario. En primer lugar, la prevista regulación de los efectos transfronterizos de las medidas cautelares nacionales puede tener como consecuencia que los demandantes acentúen aún más su tendencia a no moverse del entorno jurídico que les es más conocido o que les resulta de más confianza y acudan a las medidas de su *lex fori* en lugar de al futuro Reglamento. A favor de la OERC hablaría sin embargo el esfuerzo que se ha hecho para facilitar su aplicación, introduciendo formularios que el demandante se puede descargar en su idioma y que, en principio, hacen innecesaria la intervención de un abogado. También hablan a favor de la OERC la simplificación de las notificaciones, que potencia la celeridad de la adopción de la medida, y su regulación compacta y minuciosa, en contraste con lo que puede ser el caso de algunos ordenamientos nacionales. En segundo lugar, la supresión general del *exequatur* tendrá como consecuencia una relativa pérdida de importancia de la petición de medidas cautelares —sean o no las de derecho nacional— en ese estadio, ya que el lapso de tiempo desde la obtención de un título en el Estado de origen hasta su ejecución en el Estado de destino va a verse reducido.

**91.** Por último, la concurrencia del futuro Reglamento con el revisado Reglamento Bruselas I inspira la cuestión sobre la coherencia del Derecho procesal civil europeo actual y pone de relieve que ha llegado el momento de reflexionar, a la vista de los instrumentos comunitarios existentes, sobre la necesidad de una consolidación de las normas existentes, a realizar en base a una previa identificación de los principios propios del mismo. No hay suficiente con una interpretación armónica de los instrumentos vigentes, sino que debería empezarse a pensar en el aspecto que tendría una Parte General o incluso una codificación del Derecho procesal civil europeo. Esta idea no es demasiado visionaria teniendo en cuenta que ya se ha propuesto la creación de una Parte General incluyendo también las normas sobre derecho aplicable.<sup>118</sup>

---

<sup>118</sup> Cfr. Resolución del Parlamento Europeo, de 7 de septiembre de 2010, sobre la aplicación y revisión del Reglamento (CE) no 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (2009/2140 (INI)) (2011/C 308 E/06), DOUE C 308 E de 20.10.2011, p. 36-43, n°1; H. HEISS, «Qualifikation», en S. LEIBL/H. UNBERATH (coords.), *Brauchen wir eine Rom 0-Verordnung?*, 2013.

# LA PRÁCTICA DE PRUEBA EN MATERIA CIVIL Y MERCANTIL EN LA UNIÓN EUROPEA EN EL MARCO DEL REGLAMENTO 1206/2001 Y SU ARTICULACIÓN CON EL DERECHO ESPAÑOL\*

ALFONSO YBARRA BORES

*Profesor Contratado Doctor de Derecho internacional privado  
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

Recibido: 28.02.2012 / Aceptado: 08.03.2012

**Resumen:** Los litigios internacionales se incrementan cada día y con ello la necesidad de práctica de pruebas en el extranjero es algo que cada vez acontece con más frecuencia. Tradicionalmente disponíamos de los Convenios de la Conferencia de La Haya de 1 de marzo de 1954 y el posterior de 18 de marzo de 1970, pero sus soluciones se mostraron desfasadas y poco efectivas. El Reglamento 1206/2001 supuso un gran avance en esta materia en el marco de la Unión Europea, pues sus disposiciones regulan un procedimiento ágil de práctica de pruebas en el extranjero. No obstante algunos problemas de trascendencia se presentan en el Derecho español a la hora de aplicar el referido Reglamento.

**Palabras clave:** Reglamento 1206/2001; práctica de pruebas; organismos requirentes; organismos requeridos; órganos centrales; solicitudes de práctica de prueba.

**Abstract:** Cross-border disputes are increasing every day and so the need for taking of evidence abroad is more frequent nowadays. The traditional Conventions of the Hague Conference of 1 March 1954, and the subsequent of 18 March 1970, showed us out of phase and not very effective. The Regulation 1206/2001 brought about a great advance in this matter in the European Union framework, because its provisions rule a flexible process for taking evidence in other Member States. However, some important issues appear in Spanish Law when applying the said Regulation.

**Key words:** Regulation 1206/2001; taking of evidence; requesting courts; requested courts; central bodies; request to take evidence.

**Sumario:** I. Introducción. 1. Origen del Reglamento 1206/2001. 2. Los objetivos del Reglamento. 3. El ámbito de aplicación del Reglamento. II. Las normas reguladoras de la obtención de pruebas en el Reglamento 1206/2001 y su articulación en el Derecho español. 1. Disposiciones generales. 2. Notificación de las solicitudes de práctica de prueba. 3. Recepción de las solicitudes. 4. Práctica de las pruebas por el órgano jurisdiccional requerido. 5. Obtención directa de pruebas por parte del órgano jurisdiccional requirente.

## I. Introducción

### 1. Origen del Reglamento 1206/2001

1. El Tratado de Ámsterdam firmado el 2 de octubre de 1997<sup>1</sup> supuso en su momento un firme paso de cara a la superación de las deficiencias que se venían observando en el desarrollo del ámbito de la cooperación judicial civil en el marco del Tratado de Maastricht de 1992, el cual había constituido un

\* El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de I+D «La europeización del Derecho de familia» (DER2008-05299/JURI).

<sup>1</sup> DOUE L 340, de 10 de noviembre de 1997. El Tratado, aprobado por el Consejo de la Unión Europea celebrado en Ámsterdam el 16 y 17 de junio de 1997, entró en vigor el 1 de mayo de 1999 tras ser ratificado por todos los Estados miembros.



primer intento de crear estructuras legislativas a nivel comunitario en materias relacionadas con justicia y asuntos de interior integradas en el llamado Tercer Pilar.<sup>2</sup> Efectivamente, con el Tratado de Ámsterdam se avanzó de una manera definitiva hacia la consecución del espacio de libertad, seguridad y justicia, pues se comunitarizó la materia de cooperación judicial civil, pasando a integrarse en el Primer Pilar. A partir de entonces las decisiones que se adoptasen en este campo se articularían a través de instrumentos puramente comunitarios, en particular mediante Reglamentos. La cooperación judicial civil se enmarcó así en el Título IV<sup>3</sup> y, para favorecer el correcto funcionamiento del mercado interior, se entendió prioritaria, entre otras, la adopción de medidas dirigidas a la mejora y simplificación de la cooperación en la obtención de pruebas (artículos 61 y 65, que se corresponden con los actuales artículos 67 y 81 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea<sup>4</sup>). El Tratado de Ámsterdam asimismo constituyó un paso importante en la superación de la situación precedente el someter las materias incluidas en el Título IV a la jurisdicción del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2. Con posterioridad, entre las Conclusiones a las que llegaron los Jefes de Estado y de Gobierno en la Cumbre de Tampere celebrada el 15 y 16 de octubre de 1999 fue de primer orden el facilitar a los ciudadanos de los Estados miembros el ejercicio de sus derechos; entre los objetivos establecidos a tal fin se encontraba el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales (Apartado VI), que se consideró piedra angular de la cooperación judicial. En dicho marco se comunitarizó el Convenio de Bruselas de 1968, pasando a convertirse en el Reglamento 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.<sup>5</sup> Del mismo modo, el conocido como Convenio Bruselas II pasó a ser el Reglamento 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.<sup>6</sup> Pues bien, en este marco se aprobó asimismo el Reglamento 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil y mercantil, que es objeto de análisis en el presente trabajo.<sup>7</sup>

## 2. Los objetivos del Reglamento

3. Con el Reglamento 1206/2001 pasamos a contar por primera vez en la Unión Europea con un acto jurídico vinculante entre los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en el extranjero, dado que el Convenio relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, hecho en La Haya el 18 de marzo de 1970,<sup>8</sup> sólo se encontraba en vigor entre once de los Es-

<sup>2</sup> Los principales problemas surgían como consecuencia de la negativa de los Estados miembros a ratificar los convenios internacionales, que siguieron revelándose como la única forma de legislación y, además, tampoco se aprovechó la oportunidad para atribuir competencia al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas para conocer con carácter general de estas materias (véase M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, *La obtención de pruebas en el proceso civil en Europa. Estudio del Reglamento 1206/2001, de 28 de mayo*, Colex, Madrid, 2005, p. 54).

<sup>3</sup> Dicho Título se denomina «Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas». Hemos de indicar que el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca, en virtud de los particulares Protocolos suscritos, manifestaron su deseo de no participar en la adopción por el Consejo de medidas en este ámbito, de forma que no quedaban vinculados por las disposiciones que se adoptasen, ni por las decisiones del Tribunal de Luxemburgo, aunque estableciéndose unas cláusulas de escape que les permitían su incorporación a los instrumentos en un momento dado.

<sup>4</sup> *Vid.* la versión consolidada en DOUE C 83, de 30 de marzo de 2010.

<sup>5</sup> Cuya versión inicial se publicó en el DOUE L 012, de 16 de enero de 2001, habiendo sido con posterioridad objeto de diversas modificaciones, la última publicada en el DOUE L 93, de 7 de abril de 2009.

<sup>6</sup> DOUE L 338, de 23 de diciembre de 2003. Este instrumento derogó al Reglamento 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000 (DOUE L 160, de 30 de junio de 2000), el cual se ocupaba de la misma materia, y tuvo una breve vida, y que a su vez tomó el modelo del Convenio de 28 de mayo de 1998, el cual nunca llegó a entrar en vigor por falta de las ratificaciones necesarias.

<sup>7</sup> DOUE L 74, de 27 de junio de 2001.

<sup>8</sup> BOE 203, de 25 de agosto de 1987. Respecto a la conveniencia de articular en la Unión Europea un instrumento que armonizara la práctica de prueba en el extranjero, y desde diferentes prismas, véanse V. DENTI, «Armonizzazione e diritto a la prova», *Scintillae Iuris*, Studi in memoria di Gino Gorla, T. II, Giuffrè, Milán, 1994, pp. 1417-1424, o, en el caso español, P. JIMENEZ BLANCO, «Cooperación internacional en la práctica de pruebas y adopción de medidas cautelares en los derechos

tados miembros. Los objetivos fundamentales que se pretendieron alcanzar con este instrumento, fueron los siguientes:<sup>9</sup>

4. a) Eficacia en la obtención de pruebas basada en la cooperación y confianza mutua entre los Estados miembros.<sup>10</sup> El objetivo prioritario era conformar un sistema eficaz para la ejecución de diligencias de prueba en el territorio de un Estado miembro diferente al del juez del foro, mejorando la asistencia a la función jurisdiccional estatal en un espacio judicial común. En este sentido, en el propio Reglamento 1206/2001 se indica en sus Considerandos que es necesario articular un sistema en el cual las solicitudes de realización de tales diligencias se transmitan directamente entre autoridades judiciales de los Estados miembros, mediante la vía más rápida posible (Considerando octavo); que la transmisión de las solicitudes se realizará mediante un formulario único que será redactado en la lengua oficial del Estado miembro del órgano jurisdiccional requerido o en otra lengua que éste acepte (Considerando noveno); o que los motivos de denegación de la ejecución de una solicitud de práctica de prueba serán excepcionales y por causas estrictamente delimitadas (Considerando undécimo).

Dicha eficacia sólo es posible alcanzarla en tanto que la cooperación se basa en la confianza mutua entre los Estados miembros, lo cual ha dado lugar a que se haya eliminado en el Reglamento cualquier referencia, al menos directa, a la tradicional excepción de orden público, y al mismo tiempo se hayan previsto unos muy tasados motivos por los que se puede denegar una solicitud de ejecución de una diligencia de prueba.

5. b) Celeridad, simplificación y agilización del procedimiento. Frente a las tradicionales dilaciones en la ejecución de la práctica probatoria internacional,<sup>11</sup> el régimen establecido en el Reglamento 1206/2001 se orientó a simplificar y acelerar la cooperación entre los órganos jurisdiccionales en el ámbito de la obtención de pruebas. Se establecieron unos plazos bastantes exigentes en el desarrollo de las diversas actuaciones,<sup>12</sup> si bien su cumplimiento queda en la práctica a la actitud que mantengan las autoridades judiciales de cada Estado miembro, no estando prevista sanción alguna ante el incumplimiento de los mismos.<sup>13</sup>

---

de propiedad intelectual», VII Jornadas de Profesores de Derecho Internacional Privado: La reforma del sistema español de cooperación jurídica internacional en materia civil, *AEDIP*, T. 0 (2000), y J.J. PÉREZ MILLA, «La dimensión comunitaria en el proceso: cooperación internacional y traducción de prueba documental (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 45/1996, de 25 de marzo)», *RDCE*, 1997, pp. 275-285.

<sup>9</sup> Véase al respecto C. HERRERA PETRUS, *La obtención internacional de pruebas. Asistencia jurisdiccional en Europa*, Real Colegio de España, Bolonia, 2005, pp. 168 y ss. y M.L. VILLAMARIN LÓPEZ, *La obtención de pruebas...*, *op. cit.*, pp. 58-60.

<sup>10</sup> Téngase en cuenta que el Reglamento se elaboró con el objeto de sustituir al Convenio de La Haya de 1970 sobre la obtención de pruebas en el extranjero en el marco de los procesos intracomunitarios. Y ello, tanto por las ya referidas dificultades para que ciertos Estados miembros ratificaran el Convenio (Considerando sexto del Reglamento), como por no satisfacer las reglas previstas en el Convenio los objetivos de rapidez y seguridad necesarios (véase M.J. ELVIRA BENAYAS, «El Reglamento sobre obtención de pruebas en el extranjero», en *La Unión Europea ante el siglo XXI: los retos de Niza*, Actas de al XIX Jornadas de la AEPDIRI, *Boletín Oficial del Estado*, Madrid, 2003, p. 209).

<sup>11</sup> Los procedimientos recogidos en los instrumentos internacionales entonces vigentes se mostraban ciertamente lentos, inseguros y complejos, basados fundamentalmente en el uso de la vía diplomática como medio de transmisión de las comisiones rogatorias, estando éstas escasamente reguladas, y posteriormente en la implantación de un sistema de autoridades centrales, que supuso un avance en la agilización de la práctica de pruebas en el extranjero, pero que seguía dejando mucho que desear (véase sobre el particular el Convenio relativo al procedimiento civil, hecho en La Haya el 1 de marzo de 1954 —Boletín Oficial del Estado de 13 de diciembre de 1961—, el ya citado Convenio relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, hecho en La Haya el 18 de marzo de 1970, o la Convención interamericana sobre exhortos o cartas rogatorias, hecha en Panamá el 30 de enero de 1975 —Boletín Oficial del Estado de 15 de agosto de 1987—). Y parecida crítica cabría hacer respecto a la regulación interna española contenida en los artículos 276 a 278 de la Ley Orgánica 1/1985, del poder judicial.

<sup>12</sup> Así, a título de muestra, se establece un plazo de 90 días como plazo general para cumplimentar la solicitud (artículo 10); de 7 días para enviar el acuse de recibo de la solicitud (artículo 7); de 30 días para informar que la solicitud está incompleta (artículo 8.1), para requerir provisión de fondos (artículo 8.2) o para que se informe si se acepta una solicitud de prueba directa (artículo 17.4); de 10 días para hacer efectiva la provisión de fondos por parte del solicitante (artículo 8.2) o de 60 días para informar que se rechaza la ejecución solicitada (artículo 14.4).

<sup>13</sup> Dentro de esta filosofía de agilización nos encontramos con que el órgano jurisdiccional requerido debe devolver las actuaciones a la mayor brevedad (artículo 16), o que el error de destinatario en el envío se subsane mediante la transmisión al

Al margen de lo anterior, el Reglamento contiene nueve formularios anexos dirigidos a facilitar la comunicación entre los órganos jurisdiccionales de los distintos Estados miembros, los cuales pueden cumplimentarse por Internet a través de la página web del Atlas Judicial Europeo (*infra*),<sup>14</sup> reduciéndose las dificultades derivadas de la existencia de diferentes lenguas pues, una vez rellenado, se ofrece la posibilidad de que el formulario sea incluso traducido a alguna de las lenguas oficiales de la Unión Europea que en el mismo se detallan.<sup>15</sup> Y por último, existe la posibilidad de usar los medios técnicos de comunicación más modernos, tanto para la transmisión de las comunicaciones entre los órganos jurisdiccionales intervinientes (por ejemplo, el fax o el correo electrónico), como a la hora de la ejecución de las diligencias de prueba (en concreto, la videoconferencias o las teleconferencias).

**6. c) Respeto del Derecho de prueba y del Derecho de defensa.** El respeto del Derecho de defensa de las partes tiene lugar en cuanto que es finalidad del Reglamento el facilitar la obtención de pruebas en el caso en que haya que obtenerlas en el extranjero. Y ello, como hemos indicado, se consigue de una manera rápida y efectiva, y al mismo tiempo posibilitando la participación de las partes y sus representantes en la ejecución de las actuaciones de prueba en el extranjero. Y a esto se suma que es un principio general, en el marco del Reglamento, el de la gratuidad de la asistencia siempre y cuando no se trate de casos de prueba pericial o de participación de intérpretes, o, cuando a instancias del solicitante, se empleara una forma especial en la práctica de la prueba o se hiciese uso de una tecnología que no se habitual en el órgano jurisdiccional requerido.

**7.** Pero además el Reglamento dispuso de otras dos normas específicas que también refuerzan de una manera efectiva las garantías generales de los particulares, en especial en lo que hace a la aplicación del ‘principio de inmediación’ en la práctica de la prueba. Y ello en cuanto, por un lado, se permite la intervención y participación en la práctica de la diligencia de prueba de un mandatario, u otra persona —por ejemplo, un experto—, designado por el órgano jurisdiccional requirente (artículo 12) y, por otro lado —y con mayor amplitud incluso—, cuando se posibilita a dicho órgano jurisdiccional requirente incluso el solicitar intervenir directamente en la práctica de la diligencia de prueba en el extranjero (artículo 17).

### 3. El ámbito de aplicación del Reglamento

**8.** El ámbito de aplicación del Reglamento 1206/2001 se contiene en su artículo 1, en cuya virtud es aplicable en materia civil y mercantil.<sup>16</sup> A estos efectos lo determinante a la hora de analizar si un asunto es de naturaleza civil o mercantil es abordar la naturaleza de la pretensión y no el carácter del órgano jurisdiccional ante el cual se tramita el procedimiento principal.<sup>17</sup> El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, desde las primeras sentencias que dictó en relación al anterior Convenio de Bruselas

---

órgano competente por parte del receptor inicial (artículo 7.2), o que no se exija autenticación o formalidad equivalente de la solicitud y de los documentos adjuntados a la misma (artículo 4.2).

<sup>14</sup> Al margen del Atlas Judicial Europeo (*infra*), es de sumo interés la información facilitada por la Red Judicial Europea (creada por Decisión de 28 de mayo de 2001 —DOUE L 174/25, de 27 de junio—), que tiene atribuidas, entre otras competencias, el sistema de información para los miembros de la Red a fin de facilitar la cooperación, y continuamente ha ido ampliando su base de datos en relación a la regulación de la materia probatoria en cada uno de los Estados miembros. Además cuenta con la ayuda de los Puntos de Contacto de cada país, que en España tienen además el apoyo de la Red Judicial Española de Cooperación Judicial Internacional (véanse artículos 81 y ss. del Reglamento 1/2005, sobre aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, aprobado por acuerdo del CJPJ de 15 de septiembre de 2005 —BOE de 27 de septiembre de 2005—).

<sup>15</sup> La utilización de formularios anexos al propio Reglamento comunes en todos los Estados miembros ayuda a eliminar diferencias y a conseguir una tendencia hacia la uniformidad, pues, como dice C. HERRERA PETRUS, *el manejo de unas mismas formas significa, a la postre, al menos tendencialmente, el manejo de un mismo lenguaje jurídico (La obtención internacional..., op. cit., p. 205).*

<sup>16</sup> A pesar de que el texto del Reglamento utiliza la conjunción «o» en lugar de «y», la interpretación lógica es que se trata de términos copulativos, no disyuntivos. En tal sentido se pronuncian también G. GIOGIA, «Cooperazione fra autorità giudiziarie degli Stati CE nell’assunzione delle prove in materia civile e commerciale», *Le nuove leggi civili commentate*, 2001, II, p. 1167 y C. HERRERA PETRUS, *La obtención internacional..., op.cit.* p. 181.

<sup>17</sup> En tal sentido, si fuera necesaria la práctica de una diligencia probatoria en otro Estado miembro en el marco de un proceso penal tramitado en España en relación a la acción civil que se estuviera sustanciando conjuntamente con la penal, entendemos que ningún obstáculo habría para que se pudiesen utilizar a tal fin los mecanismos previstos en el Reglamento 1206/2001.

de 1968, sobre competencia judicial y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (y posteriormente en relación a su sucesor, el Reglamento 44/2001), ha mantenido que la referencia a la materia civil y mercantil tiene un carácter autónomo dentro del propio instrumento. Así, constituye un concepto que debe ser interpretado refiriéndose, por una parte, a los objetivos y fines del convenio y, por otra, a los principios generales comunes que se deducen de todos los sistemas jurídicos nacionales.<sup>18</sup> Sin embargo ha de señalarse que el ámbito de aplicación del entonces Convenio de Bruselas de 1968 (y del actual Reglamento 44/2001) no coincide con el del Reglamento 1206/2001, pues el primero excluye expresamente en su artículo 1 determinadas materias de carácter civil y mercantil que, por el contrario, no son excluidas por el segundo, si bien entendemos que la razón de ser de dicha exclusión en el marco del Reglamento 44/2001 no concurre en el Reglamento 1206/2001, excepto en lo que se refiere al arbitraje, dada la exigencia de que sea un órgano jurisdiccional el que tenga que realizar la solicitud de ejecución de la diligencia probatoria.

**9.** Fijado el ámbito material del Reglamento, el mismo es de aplicación cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, conforme a lo dispuesto en su ordenamiento jurídico, solicite, con el fin de su utilización en una causa ya iniciada o que se prevea iniciar, bien la práctica de diligencias de obtención de pruebas al órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro, bien la realización de diligencias de obtención de pruebas directamente en otro Estado miembro.<sup>19</sup>

**10.** En cuanto al ámbito territorial, el Reglamento 1206/2001, se aplica en todos los Estados miembros con excepción de Dinamarca (artículo 1.3).<sup>20</sup> En concreto se aplica cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro solicite bien la práctica de diligencias de obtención de pruebas o bien la realización de diligencias de obtención de pruebas directamente en otro Estado miembro (artículo 1.1). Como indica C. HERRERA PETRUS, «el Reglamento es un instrumento de ámbito estrictamente intracomunitario, reservado al espacio judicial de la Unión Europea»,<sup>21</sup> no resultando por tanto aplicable a los supuestos meramente locales, internos, al exigirse situaciones en las que se encuentren afectados los intereses de más de un Estado miembro. Y, frente a las situaciones que pueden acontecer en ciertas ocasiones en el marco del Reglamento 44/2001,<sup>22</sup> tampoco puede aplicarse el Reglamento 1206/2001 cuando se requiera la práctica de una diligencia probatoria en un Estado miembro y la misma es solicitada desde un órgano jurisdiccional de un Estado no comunitario o, en igual sentido, cuando desde los tribunales de un Estado miembro se pretenda la práctica de una diligencia probatoria en el territorio de un Estado no perteneciente al ámbito comunitario.

<sup>18</sup> Así, entre otras, SSTJUE de 14 de octubre de 1976, Asunto *LTU*, C-29/1976, de 22 de febrero de 1979, Asunto *Gourdain*, C-133/1978, de 16 de diciembre de 1980, Asunto *Rüffer*, C-814/1979, de 21 de abril de 1993, Asunto *Sonntag*, C-53/1993 y de 14 de noviembre de 2002, Asunto *Baten*, C-271/2000.

<sup>19</sup> El Auto de 1 de septiembre de 2009 de la Audiencia Provincial de Lugo (Sección 1ª), dictado en el Recurso de Apelación 221 /2009, declaró la inaplicación del Reglamento 1206/2001 al caso enjuiciado en cuanto que lo que se pretendía era, en el marco de un procedimiento de ejecución, la averiguación patrimonial de una persona en Francia, es decir, realmente no se trataba de la obtención de una prueba, sino de la ejecución de una sentencia española por la vía de apremio previa investigación de bienes en aquél país y, en tales circunstancias, procedía haber acudido al Reglamento 44/2001.

<sup>20</sup> Efectivamente, conforme a lo dispuesto en los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, y según viene siendo habitual salvo excepciones contadas, este Estado miembro decidió no participar en la adopción del Reglamento, el cual, por lo tanto, no le es vinculante (Considerando 22 del Reglamento 1206/2001), por lo que continúa aplicándose entre Dinamarca y el resto de Estados miembros el Convenio de La Haya de 18 de marzo de 1970, relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil y mercantil. Por el contrario, el Reino Unido e Irlanda, en una posición similar a la danesa, optaron por participar en la adopción y aplicación del Reglamento (Considerando 21).

<sup>21</sup> *La obtención internacional...*, *op. cit.*, p. 175.

<sup>22</sup> Así, es posible al amparo de las disposiciones del Reglamento 44/2001 que una compañía norteamericana con sede en Miami demandase ante los tribunales españoles a una empresa austríaca con domicilio en Viena en virtud del foro de competencia judicial en materia contractual previsto en el artículo 5.1 del Reglamento, en el caso de que el contrato se hubiese cumplido en España, concurriendo además el requisito general de aplicabilidad del Reglamento 44/2001 de tener el demandado su domicilio en un Estado miembro (artículos 3 y 4). No sucede lo mismo en el ámbito del reconocimiento y ejecución de resoluciones, dado que en relación a este supuesto el Reglamento 44/2001 (artículo 33) exige que se trate de resoluciones dictadas en un Estado miembro y que se pretendan hacer valer en otro Estado miembro.

11. En lo que se refiere al ámbito temporal de aplicación del Reglamento, su entrada en vigor tuvo lugar el 1 de julio de 2001 en lo que se refería a los artículos 14, 19, 21 y 22, siendo el grueso del mismo aplicable desde el 1 de enero de 2004. La Comisión tiene encomendada especiales labores de seguimiento y vigilancia en la aplicación del Reglamento, y ello se concreta en la obligación de plasmarse su labor en un informe que ha de elaborarse cada cinco años, el cual debe presentar al Parlamento, al Consejo y al Comité Económico y Social.<sup>23</sup>

12. Finalmente y en relación con la aplicación del instrumento que tratamos, hay que destacar que según su artículo 21, el Reglamento prevalece sobre las disposiciones de los acuerdos o convenio bilaterales o multilaterales celebrados entre los Estados miembros. En particular, el Reglamento prevalece sobre las disposiciones de los ya citados Convenio de La Haya, de 1 de marzo de 1954, relativo al procedimiento civil y del Convenio de La Haya, de 18 de marzo de 1970, relativo a la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil, y ello en cuanto a las relaciones entre los Estados miembros que sean parte de dichos convenios.<sup>24</sup>

13. Sin embargo el Reglamento no se opone a que dos o más Estados miembros mantengan o celebren acuerdos o convenios entre sí encaminados a facilitar la obtención de pruebas, siempre y cuando las disposiciones de tales acuerdos o convenios sean compatibles con las del Reglamento.

A efectos de controlar el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 21 se estableció la obligación de que los Estados miembros remitieran a la Comisión antes del 1 de julio de 2003 una copia de los acuerdos o convenios mantenidos entre sí, así como la obligación futura de remitir los nuevos acuerdos o convenios celebrados así como de los proyectos de tales acuerdos o convenios que se propusieran celebrar y cualquier denuncia o modificación de tales instrumentos.<sup>25</sup>

## II. Las normas reguladoras de la obtención de pruebas en el Reglamento 1206/2001 y su articulación en el Derecho español.<sup>26</sup>

### 1. Disposiciones generales

#### A. Comunicación directa entre órganos jurisdiccionales

14. La comunicación directa entre órganos jurisdiccionales es un principio básico en el Reglamento 1206/2001, y así se deduce de lo dispuesto en su artículo 2, evitándose la intervención de terceras instituciones que, con carácter general, no hacen sino ralentizar el procedimiento de obtención de pruebas. Por ello, el órgano jurisdiccional ante el cual se esté tramitando el proceso, o se prevea incoar

<sup>23</sup> A tenor del artículo 23 del Reglamento, a más tardar el 1 de enero de 2007 se debió presentar el primer informe sobre su aplicación. Dicho informe se emitió finalmente por la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social Europeo con fecha 5 de diciembre de 2007 [COM(2007) 769 final].

<sup>24</sup> El citado Informe de la Comisión sobre el Reglamento, de 5 de diciembre de 2007, dispone sobre esta cuestión que, en general, en la práctica no se plantea problema alguno de compatibilidad entre el Reglamento y otros instrumentos como el Convenio de La Haya de 1970 sobre la obtención de pruebas en el extranjero (Punto 2.11).

<sup>25</sup> España tiene suscritos con Estados miembros los siguientes convenios bilaterales que afectan a la materia objeto del Reglamento 1206/2001: Convenio entre España y Gran Bretaña sobre mutua asistencia en procedimientos civiles y comerciales, de 27 de julio de 1929 (Gaceta de Madrid de 10 de abril de 1930); Convenio sobre asistencia judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil entre España e Italia, hecho en Madrid el 22 de mayo de 1973 (BOE de 15 de noviembre de 1977); Convenio sobre asistencia jurídica, reconocimiento y ejecución de sentencias en asuntos civiles, entre España y Checoslovaquia, hecho en Madrid el 4 de mayo de 1987 (BOE de 3 de diciembre de 1988); Convenio de asistencia judicial en materia civil entre el Reino de España y la República de Bulgaria, hecho en Sofía el 23 de mayo de 1993 (BOE de 30 de junio de 1994) y Convenio entre el Reino de España y la República Portuguesa relativo a la cooperación judicial en materia penal y civil, hecho en Madrid el 19 de noviembre de 1997 (BOE de 21 de enero de 1999).

<sup>26</sup> Sobre los efectos del Reglamento 1206/2001 desde la perspectiva del ordenamiento español, en general, véase M.J. ELVIRA BENAYAS, Una visión transversal del Reglamento 1206/2001 sobre obtención de pruebas en materia civil y mercantil, *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, V. 9 (2009), pp. 447-461.

la causa, esto es, el órgano jurisdiccional requirente, remite directamente al órgano jurisdiccional competente de otro Estado miembro, el llamado órgano jurisdiccional requerido, las solicitudes<sup>27</sup> de práctica de diligencias de obtención de pruebas con la finalidad de que éste realice tales diligencias.<sup>28</sup> Vemos por tanto también que la solicitud de obtención de pruebas ha de ser instada necesariamente por un órgano jurisdiccional, por lo que —al menos, con carácter general— no procederá la tramitación de solicitudes cuando el origen sea una petición proveniente de una autoridad administrativa o de órganos arbitrales.<sup>29</sup>

**15.** En cuanto a lo que los tribunales podrán solicitar al órgano jurisdiccional requerido, esto será la ejecución de una diligencia de obtención de prueba. En el caso concreto de España, se tratará de la ejecución —mediante solicitud para que se ejecutara por el órgano requerido o bien de una manera directa por el órgano jurisdiccional español— de cualquiera de los medios de prueba previstos en la Ley de enjuiciamiento civil. Por ello, al amparo del artículo 299.1 de la citada Ley, en el marco del Reglamento se podrá practicar: el interrogatorio de las partes, la prueba documental, la prueba de peritos, la de reconocimiento judicial y el interrogatorio de testigos.<sup>30</sup>

**16.** Como se ha adelantado, en el artículo 1.2 del Reglamento se prevé que la solicitud de ejecución de una diligencia de prueba puede realizarse incluso en relación a procesos todavía no iniciados, pero que se pretendan iniciar.<sup>31</sup> Esto significa que si en un Estado miembro se encuentra prevista la práctica de una prueba anticipada,<sup>32</sup> sus órganos jurisdiccionales podrán instar su ejecución a través de los mecanismos del Reglamento. Así, en el caso concreto de España, los tribunales podrán solicitar tanto la práctica de pruebas anticipadas previstas en los artículos 293 a 296 LEC, como también la adopción de medidas de aseguramiento de la prueba contempladas en los artículos 297 y 298 de dicha Ley.

**17.** Con la finalidad de agilizar el funcionamiento del procedimiento establecido en el Reglamento 1206/2001, cada Estado miembro elaboró un listado de los órganos jurisdiccionales competentes

<sup>27</sup> El término «solicitud» lo podemos considerar hoy sinónimo de lo que tradicionalmente se ha denominado en los tradicionales convenios internacionales en la materia «comisión rogatoria», «carta rogatoria» o «exhorto internacional». Sobre el funcionamiento de las comisiones rogatorias véase M. AGUILAR BENITEZ DE LUGO, «Comisiones rogatorias y obtención de pruebas en el extranjero», *BMIJ*, núm. 1905, de 15 de noviembre de 2001, pp. 5-36.

<sup>28</sup> Los pasos previos conducentes a que el tribunal requirente admita solicitar la práctica de pruebas en el extranjero no se encuentran, lógicamente, regulados en el Reglamento, es decir, éste no nos indica cuándo cabe formular una solicitud. Lo cierto es que, el tribunal, según los criterios establecidos en su propio ordenamiento, decidirá sobre su admisibilidad conforme al objeto que se discute en el proceso. En el caso de España, las pruebas deberán de superar el control de pertinencia, utilidad, legalidad y licitud según lo dispuesto en los artículos 283 a 287 de la Ley de enjuiciamiento civil (en adelante, LEC). Y el momento oportuno para proponer la práctica de la prueba en el extranjero dependerá del tipo de procedimiento: durante la fase de audiencia previa, en el juicio ordinario (artículo 495.2 LEC) o en el acto del juicio oral en el juicio verbal (artículo 444.3 LEC).

<sup>29</sup> De hecho, todos los órganos que integran la lista para actuar como autoridades emisoras y ejecutoras de las solicitudes de obtención de prueba, que han sido facilitados por los Estados miembros a la Comisión y se contienen en el Manual 1206/2001, son órganos que pertenecen a la jurisdicción ordinaria. Ningún Estado ha designado a una autoridad administrativa ni a un órgano perteneciente a una jurisdicción especial. Sobre la posibilidad de aplicar el Reglamento a procedimientos arbitrales, véase C. HERRERA PETRUS, *La obtención internacional...*, *op. cit.*, p. 193-195. En contra de esta posibilidad P. DIAGO DIAGO, *La obtención de pruebas en la Unión Europea*, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, p. 52.

<sup>30</sup> Del mismo modo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 299.3 LEC, se podrá admitir en el caso español la práctica de cualquier otro medio de prueba que fuese admitido por el tribunal en el procedimiento de origen, siendo indiferente a efectos de la aplicación del Reglamento que tales pruebas hubiesen sido solicitadas en el marco de un proceso regido por el principio dispositivo o de uno no dispositivo (en materia de capacidad, filiación, matrimonio y menores), o que hubiesen sido propuestas por las partes o, en el marco de un proceso donde no rige el principio dispositivo, hubiera sido el tribunal quien las hubiese acordado de oficio (véase al respecto M.L. VILLAMARIN LÓPEZ, *La obtención de pruebas...*, *op. cit.*, p. 70).

<sup>31</sup> Véase al respecto el Auto de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares (Sección 3ª) de 23 de septiembre de 2008, dictado en el Recurso de Apelación 316/2008, donde se estimó el recurso de apelación interpuesto y se accedió a la práctica de pruebas anticipadas al amparo del Reglamento 1206/2001, lo cual había sido denegado inicialmente por el Juez *a quo*.

<sup>32</sup> Y tal posibilidad está prevista expresamente en algunos ordenamientos de la Unión Europea, por ejemplo, en el ordenamiento francés (artículo 145 CPC), en el portugués (artículo 521 CPC), en el italiano (artículos 692 y ss. CPC) o en el alemán (§ 485 ZPO).

para llevar a cabo las referidas diligencias de obtención de prueba (artículo 2.2),<sup>33</sup> indicándose el ámbito territorial que abarca la competencia de cada órgano y, en su caso, si la competencia tiene alguna especialidad particular.<sup>34</sup> Además, se indican los medios técnicos de los que disponen los órganos jurisdiccionales, fundamentalmente a efecto de las comunicaciones.

## B. Los órganos centrales

18. La figura del órgano central, esencial en los instrumentos internacionales clásicos en materia de asistencia judicial internacional bajo la denominación de autoridades centrales —y en particular en los que se han ocupado de la obtención de pruebas en el extranjero—, no desaparece en el Reglamento 1206/2001, si bien en éste su papel ha quedado relegado a un segundo plano, aunque no carente de importancia.<sup>35</sup>

19. Así, cada Estado miembro designa un órgano central cuya funciones consisten en: a) facilitar información a los órganos jurisdiccionales; b) buscar soluciones en caso de que una solicitud plantee dificultades; y, c) excepcionalmente, y a instancias de un órgano jurisdiccional requirente, trasladar una solicitud al órgano jurisdiccional requerido. En relación a esta última competencia, ha de advertirse que no se debe caer en el uso abusivo de la misma, habiéndose de aplicar de una manera restrictiva, pues de otro modo podría dejarse sin efecto uno de los principales logros del Reglamento: la transmisión directa de solicitudes entre órganos jurisdiccionales.<sup>36</sup> Así, entendemos que esta función transmisora por parte del órgano central se deberá utilizar únicamente en supuestos extremos como puede ser el rechazo arbitrario de la solicitud por parte del órgano jurisdiccional designado o la existencia de informaciones erróneas o contradictorias en la lista con los órganos jurisdiccionales competentes que los Estados miembros han de facilitar —y mantener actualizada— ante la Comisión. Sólo pues en casos graves como los señalados cabría dirigirse a los órganos centrales para que estos diesen traslado de la solicitud al órgano jurisdiccional requerido que proceda.

20. Los Estados federales, aquellos en los que rijan varios ordenamientos jurídicos y los que cuenten con entes territoriales autónomos, tienen la facultad de nombrar varios órganos centrales. En todo caso los Estados miembros deben comunicar a la Comisión el nombre y dirección de los organismos centrales que designen, obligación que en principio debió de ser realizada con anterioridad al 1 de julio de 2003.<sup>37</sup>

<sup>33</sup> A efectos de facilitar la aplicación de lo dispuesto en el instrumento que estamos analizando, así como en otros dictados en el mismo ámbito de la cooperación y de la asistencia judicial internacional, la Comisión Europea creó el ya referido «Atlas Judicial Europeo en materia civil», al cual se puede acceder de una manera sencilla y obtener información práctica sobre órganos jurisdiccionales y otras autoridades competentes en el marco del Reglamento 1206/2001, pudiéndose incluso cumplimentar directamente los formularios previstos en el mismo, modificar el idioma antes de imprimirlos y transmitirlos de una manera segura. El Atlas Judicial Europeo en materia civil puede consultarse en [http://www.europa.eu.int/comm/justice\\_home/judicialatlascivil](http://www.europa.eu.int/comm/justice_home/judicialatlascivil). Al margen de esta posibilidad, se puede consultar también la «Guía Práctica para la aplicación del Reglamento relativo a las diligencias de obtención de prueba», elaborado por los servicios de la Comisión en consulta con la Red Judicial Europea en Materia Civil y Mercantil, y disponible también en la Web indicada.

<sup>34</sup> A tenor de lo dispuesto en el artículo 22, a más tardar el 1 de julio de 2003, los Estados miembros debieron comunicar a la Comisión la lista conteniendo la relación de órganos jurisdiccionales competentes para realizar las diligencias de obtención de prueba, con la indicación de la competencia territorial y, en su caso, especial. España designó a los Juzgados Decanos de cada partido judicial como órganos competentes para la realización de las diligencias, si bien éstos reparten después los asuntos entre los Juzgados de Primera Instancia correspondientes a su partido.

<sup>35</sup> Las funciones del órgano central en el Reglamento 1206/2001 son de menor relevancia en el desarrollo del procedimiento de cooperación previsto en dicho instrumento que la que gozan, por ejemplo, la autoridad central en el marco del Convenio de La Haya de 18 de marzo de 1970, donde se encarga de recibir las comisiones rogatorias expedidas por una autoridad judicial de otro Estado contratante y, posteriormente, previo control de su ajuste a las disposiciones del Convenio, remitirlas a la autoridad competentes para su ejecución. En el Reglamento 1206/2001 esta fase intermedia, salvo supuestos excepcionales, se ha suprimido, produciéndose la comunicación de una forma directa entre los órganos jurisdiccionales.

<sup>36</sup> De hecho, en el ya referido Informe de la Comisión de 5 de diciembre de 2007 se indica que aunque el Reglamento dispone que la transmisión se hará directamente entre órganos jurisdiccionales, y por lo tanto los órganos centrales sólo deben transmitir las solicitudes excepcionalmente, sin embargo el estudio indica que dichos organismos transmiten solicitudes a la jurisdicción competente «a veces», o incluso «a menudo», lo cual parece poner de manifiesto que en este período inicial de adaptación el Reglamento no se conoce todavía suficientemente (Punto 2.2).

<sup>37</sup> España, como acontece en la mayoría de convenios que se refieren a materia de asistencia judicial internacional, ha designado como órgano central a efectos del Reglamento a la Subdirección General de Cooperación Jurídica Internacional del Ministerio

### C. El régimen de los gastos

21. La norma general es que la ejecución de una solicitud de práctica de diligencia probatoria no da lugar al abono de tasa o gasto alguno, ello dentro de clima de cooperación y confianza mutua que se encuentra en el trasfondo del Reglamento. Sin embargo, y como excepción a la regla general, a tenor del artículo 18, el órgano jurisdiccional requerido puede solicitar al órgano requirente para que «vele sin demora» por el reembolso de gastos en dos supuestos concretos:

22. El primer supuesto, y cuando ello proceda, se refiere a los gastos correspondientes a los honorarios abonados a expertos e intérpretes. Es más, si se solicita el dictamen de un experto, el órgano jurisdiccional requerido puede incluso, antes de realizar la solicitud, recabar del órgano requirente una provisión de fondos o adelanto sobre los gastos estimados, la cual será efectuada por las partes en el caso de que así lo contemple la ley del Estado miembro del órgano jurisdiccional requirente.

Si no se realiza dicha provisión de fondos o adelanto, el órgano jurisdiccional requerido informará a la mayor brevedad —o, a más tardar, en el plazo de treinta días— al requirente de la imposibilidad de ejecutar la solicitud.<sup>38</sup> Ello lo hará cumplimentando el formulario C anexo al Reglamento, debiendo indicar al órgano requirente cómo debe hacerse la provisión de fondos o adelanto. Una vez recibida ésta, el órgano requerido acusará recibo de ello, mediante la cumplimentación del formulario D, a más tardar en el plazo de diez días desde su recepción. En todo caso, el plazo para ejecutar la solicitud de la diligencia probatoria comenzará a contar a partir del día en que se haya realizado la provisión o adelanto.

23. El segundo supuesto se refiere a los casos en que los gastos sean consecuencia, bien de la ejecución de la solicitud conforme a un procedimiento especial previsto en el Estado del organismo requirente, bien derivados de la utilización de medios tecnológicos de comunicación en la obtención de las pruebas —en particular la videoconferencia y la teleconferencia—, supuestos en los que, necesariamente, ha existido una previa petición al respecto por parte del órgano jurisdiccional requirente.<sup>39</sup>

24. En cualquiera de los dos supuestos indicados, la obligación de las partes de abonar los referidos honorarios o gastos se rige por la legislación del Estado miembro del órgano jurisdiccional requirente.

25. Al margen de lo indicado, si se practica la prueba directamente por el órgano jurisdiccional requirente al amparo de la posibilidad admitida en el artículo 17 del Reglamento, en el caso de que intervenga un perito comisionado por dicho tribunal para la obtención de la prueba (artículo 17.3), los gastos devengados por su intervención no proceden ser incluidos entre los supuestos excepcionales que permiten requerir el pago al tribunal donde se tramita el proceso. En tal supuesto se entiende que el perito realizará una función propia de órgano jurisdiccional, razón por la cual los gastos derivados de su intervención deben ser asumidos de una forma directa por el tribunal requirente.

26. En relación a la cuestión de los gastos, es de gran importancia la reciente STJUE de 17 de febrero de 2011,<sup>40</sup> que tiene por objeto, en esencia, si el órgano jurisdiccional irlandés requerido en el caso puede condicionar la toma de declaración a un testigo a que el órgano jurisdiccional requirente abone a dicho testigo una indemnización. En concreto, se sometió al Tribunal si puede el órgano juris-

---

de Justicia del Ministerio de Justicia, con domicilio en C/ San Bernardo, 62, E-28015 Madrid, fax (34) 913904457. En cuanto a la facultad de nombrar más de un órgano central, la misma ha sido ejercitada por Alemania al designar uno por cada *Land*.

<sup>38</sup> En más, según el artículo 16.2 d), procederá la denegación de la ejecución de la solicitud cuando la provisión de fondos o adelanto prevista en el artículo 18.3 del Reglamento no se efectúa en los sesenta días siguientes a su solicitud por parte del órgano jurisdiccional requerido.

<sup>39</sup> Posibilidades ambas expresamente previstas en los apartados 3 y 4, respectivamente, del artículo 10 del Reglamento 1206/2001.

<sup>40</sup> Sentencia de la Sala Primera, dictada en el asunto *Weryński* (C-283/09),



diccional requerido exigir al órgano jurisdiccional requirente un adelanto a cuenta de la indemnización a un testigo o el reembolso de la indemnización debida al testigo interrogado, o, por el contrario, debe cubrir esta indemnización con sus propios recursos financieros.

Nos indica el Tribunal que al respecto ha de tenerse en cuenta que el artículo 14 del Reglamento recoge los motivos de denegación de tal solicitud, estableciéndose en el apartado 2, letra d), del mismo el supuesto de que el órgano jurisdiccional requirente no efectuara la provisión de fondos o el adelanto solicitado de conformidad con el apartado 3 del artículo 18. Según hemos señalado, esta última disposición permite que el órgano jurisdiccional requerido pueda exigir, antes de ejecutar la solicitud, un adelanto de los gastos periciales. Sin embargo, esta norma no establece el requisito de un adelanto para la toma de declaración de un testigo. Por lo tanto se entiende que el órgano jurisdiccional requerido no se encuentra facultado para condicionar la toma de declaración a un testigo al pago previo de un adelanto de la indemnización que se le debe a éste. En estas circunstancias, el Tribunal respondió a la cuestión planteada indicando que los artículos 14 y 18 del Reglamento deben interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional requirente no está obligado a abonar al órgano jurisdiccional requerido un adelanto a cuenta de la indemnización ni a reembolsar la indemnización debida al testigo interrogado.

## 2. Notificación de las solicitudes de práctica de prueba

### A. Forma y contenido

27. La solicitud para la práctica de diligencias de obtención de pruebas se formalizará mediante la cumplimentación del formulario A que figura en el anexo del propio Reglamento (artículo 4.1). La solicitud debe contener determinados datos formales sobre el procedimiento de origen y sobre las partes. Es esencial la descripción de las diligencias de obtención de pruebas que se soliciten y, tratándose de una solicitud dirigida a que se tome declaración a una persona, habrá de hacerse constar en el formulario: a) el nombre y dirección de la persona; b) las preguntas que hayan de formularse o bien los hechos sobre los que deban prestar declaración;<sup>41</sup> c) en su caso, la indicación de la existencia del derecho del testigo a no declarar conforme al ordenamiento del Estado del órgano requirente; d) en su caso, la petición de recibir la declaración bajo juramento o promesa de decir la verdad y, si procede, la fórmula que deba emplearse al efecto; y, finalmente e) cualquier otra información que pueda ser de interés y que el órgano requirente estime necesaria incluir a efectos de la práctica de la prueba.<sup>42</sup>

<sup>41</sup> Parece discutible si el tribunal requerido, durante la práctica de la prueba se encuentra facultado para realizar de oficio nuevas preguntas o aclaraciones a las preguntas acompañadas junto a la solicitud, o si puede permitir a los que intervengan en la práctica plantear cuestiones diferentes a las previamente señaladas en el formulario A. Parece que en el primer caso no procede actuación, ya que debería limitarse a ejecutar la solicitud en la manera recibida, máxime cuando el juez requerido no será conocedor del fondo del asunto que se discute en el litigio origen de la solicitud. En el segundo caso, sólo cabría flexibilizar la ejecución de la práctica de la prueba cuando la misma se ejecutara directamente por el órgano jurisdiccional requirente, con lo cual en tal caso las partes estarían facultadas según lo dispuesto en el ordenamiento del Estado de origen. Así, en el caso español, según el artículo 372.1 LEC, se permitiría a las partes preguntar oralmente al testigo durante su declaración proveyéndose la ampliación del mismo (véase, M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, *La obtención de pruebas*, *op. cit.*, pp. 90-91).

<sup>42</sup> En cierta relación, al menos tangencial, con la cuestión que abordamos, resulta muy interesante la STJUE (Sala Cuarta) de 17 de marzo de 2011 (asuntos acumulados C-372/09 y C-373/09), que tiene objeto la interpretación de los artículos 43 CE, 45 CE, 49 CE y 50 CE, actualmente sustituidos por los artículos 49 TFUE, 51 TFUE, 56 TFUE y 57 TFUE, respectivamente, así como del artículo 3, apartado 1, letra a), de la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales. Las cuestiones prejudiciales fueron presentadas en el contexto de dos recursos interpuestos por el Sr. Peñarroja, de nacionalidad española, en relación con su solicitud de inscripción como traductor de lengua española en la lista de peritos judiciales de la Cour d'appel de Paris, por una parte, y en la lista nacional de peritos judiciales, por otra, siendo ambas inscripciones rechazadas por las autoridades francesas. Interpuesto recurso contra ambas resoluciones denegatorias de su inscripción como perito traductor jurado, la Corte de Casación suspendió el procedimiento y plantea ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea varias cuestiones prejudiciales a fin de determinarse si la legislación francesa en esta materia se encuentra en contradicción con el Tratado de la Unión Europea, en especial en lo que hace al requisito de tener que llevar tres años en la lista de expertos elaboradas por las diferentes Cortes de Apelación francesas para poder ser admitido por traductor. El Tribunal, por razones que no es el momento de abordar, estima el recurso y da la razón a las tesis del Sr. Peñarroja.

**28.** Si se trata de la práctica de otro tipo de prueba distinta a la toma de declaración de una persona, deberán adjuntarse los documentos u otros objetos que deban ser examinados.<sup>43</sup> Es importante tener en cuenta que, según el artículo 4.2, en ningún caso será exigible la autenticación o cualquier otra formalidad equivalente en relación a la solicitud, ni a los documentos que en su caso se acompañen.

## **B. Lenguas admitidas y transmisión de las solicitudes**

**29.** La solicitud y las comunicaciones contempladas en el Reglamento 1206/2001 han de ser redactadas en la lengua oficial del Estado miembro requerido, según se establece en el artículo 5. Caso de que en dicho Estado existan varias lenguas oficiales, se redactarán en cualquiera de las lenguas oficiales del lugar donde deba practicarse la prueba. También podrán redactarse en otra lengua siempre y cuando se trate de una lengua oficial de las instituciones de la Comunidad Europea distinta a una oficial del Estado requerido, y que haya sido aceptada por éste de manera expresa. En el caso de España, dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 22 d), ha aceptado que la solicitud y las comunicaciones previstas en el Reglamento se puedan realizar tanto en español como en portugués.<sup>44</sup>

**30.** En relación a los documentos cuya aportación se considere necesaria por parte del órgano jurisdiccional requirente para la ejecución de la solicitud de práctica de diligencia probatoria, y que se adjunten a la misma, los mismos deberán ir acompañados también de una traducción a la misma lengua en la que se hubiera redactado la solicitud en el formulario A, y ello en los términos ya indicados.

**31.** En cuanto a la transmisión de las solicitudes y otras comunicaciones previstas en el Reglamento, atendiendo al principio de celeridad que informa al conjunto del instrumento comunitario, las mismas se llevarán a cabo por la vía más rápida que haya sido aceptada por el Estado miembro requerido. Así, según el artículo 6 se podrá realizar en principio la transmisión por cualquier medio adecuado con la condición de que el contenido del documento recibido sea fiel y conforme al del documento expedido y que las indicaciones que se contengan sean legibles. Pues bien, a pesar de las novedosas posibilidades ofrecidas en el Reglamento, en la práctica sólo algunos Estados miembros han admitido el uso de los modernos medios de comunicación en la práctica de las comunicaciones en su territorio.<sup>45</sup> Así, por el momento España ha declarado que el medio de comunicación que acepta es únicamente el correo postal, lo cual parece que no es lo más ágil y adecuado en los tiempos actuales.<sup>46</sup>

---

<sup>43</sup> En su caso, y si fuese de interés, habrá de incluirse en la solicitud la petición: de que la prueba se practique según un procedimiento especial previsto en el Estado del órgano requirente (artículo 10.3); de la utilización de medios tecnológicos en la práctica de la prueba (artículo 10.4); de su realización en presencia y con participación de las partes (artículo 11) y, por último, de su realización en presencia y con la participación de mandatarios del órganos jurisdiccional requirente (artículo 12).

<sup>44</sup> España acepta el portugués como lengua para recibir solicitudes y comunicaciones en virtud de lo dispuesto en el artículo 1 del Convenio entre el Reino de España y la República Portuguesa relativo a la cooperación judicial en materia penal y civil, hecho en Madrid el 19 de noviembre de 1997 (Boletín Oficial del Estado núm. 18, de 21 de enero de 1999). Sin embargo, la mayoría de los Estados miembros no han aceptado un idioma oficial diferente al suyo a estos efectos (puede consultarse la lista en el Atlas Judicial Europeo). A diferencia de la regulación contenida en el Reglamento en relación a las lenguas admitidas, el Convenio de La Haya de 1970 permite la presentación de las comisiones rogatorias, en cualquier caso, en inglés y en francés (artículo 4).

<sup>45</sup> Al respecto, la Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2009, sobre la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil (2008/2180-INI-), destaca negativamente el hecho de que los Estados miembros no fomenten suficientemente las modernas tecnologías de comunicación, ni que la Comisión realice propuestas concretas para mejorar esta situación, propugnándose en la Resolución el uso generalizado de la tecnologías de la información junto con un sistema seguro de envío y recepción de correos electrónicos, que, a su debido tiempo, debería ser el medio normal de transmisión de solicitudes de obtención de pruebas (Punto 4 de la Resolución, publicada en el DOUE C 87 E/21).

<sup>46</sup> En todo caso, la obligación de transmitir los documentos a través del servicio postal no impide que se puedan adelantar los formularios y documentos por correo electrónico, siempre que el tribunal requerido disponga de dicho medio, pues así éste se encontrará alertado y podrá ir preparando lo necesario para la adopción de las medidas que procedan una vez llegue la documentación a través del medio oficialmente admitido, con lo cual se podría agilizar el cumplimiento de la solicitud.

### 3. Recepción de las solicitudes

**32.** Dentro del marco de agilidad que prima en el desarrollo del procedimiento establecido en el Reglamento 1206/2001, el órgano jurisdiccional requerido debe expedir al órgano requirente en un plazo de siete días desde la recepción de la solicitud, un acuse de recibo a través de la cumplimentación al efecto del formulario B anexo al propio Reglamento (artículo 7.1). En el caso de que la solicitud no cumpliera los requisitos indicados sobre lengua y modo de transmisión, entonces se hará constar en el acuse de recibo, y en tal caso el plazo para ejecutar la solicitud comenzará de nuevo a correr una vez que el órgano requerido reciba la solicitud debidamente cumplimentada (artículo 7.2).

**33.** En el marco de ese mismo espíritu de celeridad que se encuentra presente en el espíritu del Reglamento, si la ejecución de la solicitud no fuera competencia del órgano jurisdiccional al que la misma se remitió, éste deberá trasladarla de oficio al órgano jurisdiccional que sea competente en el Estado miembro de que se trate, al margen de informar de ello al órgano jurisdiccional requirente mediante el formulario A anexo al Reglamento.

**34.** En el caso de que la solicitud llegase incompleta al órgano jurisdiccional requerido por no contener todos los datos exigidos en el artículo 4 del Reglamento, éste informará de ello a la mayor brevedad al órgano requirente y, en todo caso, en el plazo de treinta días desde que se recibió la solicitud (artículo 8.1).

A tal efecto cumplimentará el formulario C, donde interesará la transmisión de los datos ausentes en la solicitud inicial, los cuales deberán ser indicados de la manera más precisa posible. También en este supuesto el plazo para ejecutar la solicitud comenzará a computarse una vez que el órgano requerido reciba la solicitud debidamente cumplimentada. En todo caso, la solicitud de la ejecución se denegará si el órgano jurisdiccional requirente no accede a la petición de subsanación formulada por el órgano requerido en un plazo de treinta días desde que se notifique dicha solicitud de subsanación.

### 4. Práctica de las pruebas por el órgano jurisdiccional requerido

#### A. Principios generales

**35.** En relación a la ejecución de la diligencia de prueba por el órgano jurisdiccional requerido, han de ser tenidos en cuenta los siguientes principios de carácter general.

**36.** El órgano jurisdiccional requerido deberá ejecutar la solicitud a la mayor brevedad posible y, en todo caso, en el plazo de noventa días desde que recibió la solicitud (artículo 10.1). El plazo establecido puede plantear algún problema de discordancia con el Derecho de algún Estado miembro si en éste rigen unos plazos inferiores para la práctica de la prueba. Así, por ejemplo, en el caso del juicio ordinario en España, el plazo para practicar las pruebas que deban celebrarse fuera de la sede del tribunal, antes del juicio, será de hasta dos meses cuando la prueba, o gran parte de ella, hubiera de realizarse fuera del lugar en el cual tiene su sede el tribunal que conoce del litigio (artículo 429.3 LEC). Así las cosas, si se agotase el plazo de noventa días del Reglamento, debería suspenderse la celebración del juicio oral a la espera de que llegasen las pruebas, pues debe prevalecer el plazo del Reglamento dada la primacía del Derecho comunitario, razón por la cual, podría ampliarse el plazo para celebrar juicio hasta los noventa días que fija el Reglamento.<sup>47</sup>

En el Informe de la Comisión de 5 de diciembre de 2007 sobre el funcionamiento del Reglamento se indica que la mayoría de las solicitudes para la obtención de pruebas se ejecutan dentro de los

<sup>47</sup> Véase sobre el particular M.L. VILLAMARIN LÓPEZ, *La obtención de pruebas...*, *op. cit.*, pp. 103 y ss.; M. HERRERA PETRUS, *La obtención internacional de pruebas...*, *op. cit.*, p. 296 y J. MUERZ ESPARZA, «El Reglamento 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo, sobre la obtención de pruebas en materia civil y mercantil y su incidencia en la Ley de Enjuiciamiento Civil», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 19 de diciembre de 2002, p. 11.

noventa días siguientes a su recepción, aunque también existen casos en los que se ha constatado que se rebasa dicho plazo, incluso en ocasiones llegado casi hasta los seis meses.<sup>48</sup>

**37.** La prueba será practicada aplicándose el Derecho del Estado del órgano jurisdiccional requerido (artículo 10.2). Nos encontramos aquí con la plasmación de la clásica regla *lex fori regit processum*, en el sentido de que se aplicarán las normas procesales en materia de prueba del Estado donde se desarrollen las actuaciones procesales, en este caso, las normas del Estado donde se van a practicar las diligencias probatorias.<sup>49</sup> Indudablemente esto facilitará la tarea del órgano jurisdiccional requerido, aunque —salvo que se haya solicitado la práctica mediante un procedimiento especial previsto en el Estado requirente— podrá plantear más dificultades a la hora de valorar en el Estado requirente posteriormente las pruebas practicadas.

De producirse alguna irregularidad con trascendencia durante la práctica de la prueba, y la misma se estuviese ejecutando en España con intervención de las partes, la infracción debería denunciarse durante el mismo momento de la práctica de la prueba, y ello a tenor de lo dispuesto en el artículo 369.2 LEC. Entendemos que ello sería así salvo que tal requisito no fuese exigible en el ordenamiento del órgano jurisdiccional requirente, en cuyo caso parece que los defectos o irregularidades apreciados podrían ser denunciados una vez fuesen devueltas las diligencias practicadas al tribunal de origen.

**38.** Sin embargo, pese a la regla general indicada en el punto anterior, el Reglamento permite al órgano jurisdiccional requirente solicitar que la diligencia de prueba se practique conforme a alguno de los procedimientos especiales previstos en su propio ordenamiento (artículo 10.3).<sup>50</sup> Dicha petición se recogerá en el formulario A del anexo del Reglamento. En tal caso el órgano jurisdiccional requerido, informando al requirente mediante el formulario E, sólo podrá denegar la petición en dos supuestos: Por un lado, cuando el procedimiento solicitado sea incompatible con su Derecho, debiendo existir una manifiesta incompatibilidad y no procediendo en todo caso la denegación por la mera inexistencia en su seno de la forma solicitada. Por otra parte, cuando existan graves dificultades de hecho para la práctica de la diligencia probatoria mediante el procedimiento solicitado, debiéndose tratar de dificultades prácticas de suficiente entidad y que resulten insalvables para el órgano jurisdiccional requerido. En estos casos de denegación, la única posibilidad para practicar la prueba en los términos interesados sería hacerlo a través de los cauces del artículo 17, esto es, mediante la práctica directa por parte del órgano requirente, si ello procediera.

**39.** El órgano jurisdiccional requirente podrá solicitar al requerido que en la ejecución de la prueba se utilicen medios tecnológicos de comunicación, en particular la videoconferencia y la telecon-

---

<sup>48</sup> Además, y como curiosidad, variando notablemente el plazo de cumplimiento de la solicitud de un Estado miembro a otro, se constata que los países que se adhirieron a la Unión Europea en 2004 son especialmente escrupulosos en el cumplimiento del plazo de los noventa días (Punto 2.1 del Informe). Por su parte, la citada Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2009, sobre la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil (2008/2180-INI-), destaca negativamente el incumplimiento de los plazos para la ejecución de la prueba, y se pide a la Comisión que presente a la mayor brevedad propuestas concretas para resolver este problema, tomando en consideración, entre otras medidas, la posibilidad de establecer un órgano de reclamación o un interlocutor en la Red Judicial Europea (Punto 7).

<sup>49</sup> Esta es la interpretación que la mayor parte de la doctrina internacionalista otorga a la clásica regla *lex fori regit processum* contenida en el artículo 3 LEC en relación a la práctica de actos procesales en el extranjero, y ello haciendo prevalecer una interpretación teleológica, lógica e histórica por encima de la literalidad de un precepto que está previsto para fijar el ámbito territorial de las normas procesales españolas desde un prisma puramente interno, y a la espera de que la cuestión aparezca algún día regulada de una manera expresa en la esperada Ley de cooperación jurídica internacional en materia civil (cuyo proyecto debía de haber sido remitido a las Cortes Generales por el Gobierno en seis meses a contar desde la entrada en vigor de la vigente Ley de enjuiciamiento civil, y ello conforme a su Disposición Final Vigésima). Véase por todos M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, *La obtención de pruebas...*, *op. cit.*, pp. 24-27.

<sup>50</sup> Así, en el caso español, nuestros tribunales podrían solicitar que en la práctica de la prueba testifical, por ejemplo, se admitiesen careos entre testigos, o entre éstos y las partes (artículo 373 LEC) o también que los testigos no pudieran servirse de borradores con carácter general para responder a las preguntas (artículo 370.2 LEC). O, en relación al interrogatorio de las partes, se podría solicitar la práctica con admisión del interrogatorio cruzado, lógicamente si el mismo no estuviese ya previsto en el Estado requerido (artículo 306.2 LEC).

ferencia (artículo 10.4).<sup>51</sup> Éste podrá denegar dicha solicitud, mediante comunicación realizada a través del formulario E, bien en el caso de que sea incompatible con el Derecho de su Estado, o bien en el supuesto de que existiesen graves dificultades de hecho para la utilización de tales medios. Sin embargo, para tratar de salvar esta situación, se prevé que si en el órgano jurisdiccional requirente o requerido no se dispone de acceso a los citados medios, se los podrán facilitar entre ellos de mutuo acuerdo.<sup>52</sup>

**40.** En caso necesario, el órgano requerido puede recurrir para la ejecución de la solicitud a medidas coercitivas que considere adecuadas (artículo 13). Ello, para los supuestos en que la actitud obstruccionista de la persona frente a quien se dirige la solicitud de obtención de prueba, se realizará en los supuestos y en la medida que tales medidas estén previstas en el ordenamiento de su Estado para la ejecución de solicitudes presentadas con el mismo fin por autoridades nacionales o por alguna de las partes. De esta manera se consagra la igualdad de trato entre el derecho entre el derecho nacional y el extranjero. Por supuesto, no es necesario que el órgano jurisdiccional requirente solicite estas medidas para que sean adoptadas, pues el órgano requerido debe aplicarlas de oficio cuando los sujetos afectados muestren una conducta obstruccionista.

Al respecto, si la diligencia de prueba hubiese sido solicitada por un órgano jurisdiccional extranjero para ser ejecutada en España, los tribunales españoles podrían acudir a las medidas coercitivas previstas en la Ley de enjuiciamiento civil: así, podría hacer uso de los requerimientos previstos para hacer efectiva la comparecencia de testigos o peritos (artículo 292.2), para que quien tenga un documento lo exhiba al tribunal (artículo 329 y 330) o los contemplados para la práctica de un reconocimiento judicial y para la obtención de una orden de entrada en determinado lugar (artículo 354). Más dudoso es si la posibilidad de imponer sanciones pecuniarias como consecuencia de la incomparecencia de partes, testigos o peritos previstas en nuestra norma procesal (artículo 292), entraría dentro del ámbito del artículo 13 del Reglamento. Por nuestra parte nos decantamos por una respuesta negativa dado el carácter puramente sancionador de tales medidas, las cuales están pensadas para castigar el incumplimiento del deber de comparecer.

## **B. Posible intervención de las partes o mandatarios del órgano jurisdiccional requirente**

**41.** Intervención de las partes y, en su caso, de sus representantes. Si el Derecho del Estado del órgano requirente así lo prevé,<sup>53</sup> las partes y, en su caso, sus representantes, tendrán derecho a estar

<sup>51</sup> Por su parte, la citada Resolución del Parlamento Europeo, de 10 de marzo de 2009, sobre la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil (2008/2180-INI-), destaca el hecho negativo de que sólo unos pocos Estados miembros dispongan de instalaciones adecuadas para videoconferencia, así como que los Estados miembros no fomenten suficientemente las modernas tecnologías de la comunicación, ni la Comisión haga propuestas concretas al respecto, propugnado por ello lo oportuno de los proyectos relativos a la estrategia europea en materia de e-Justice e instando a los Estados miembros a destinar más recursos a la instalación de equipos modernos de comunicación en los órganos jurisdiccionales y a cursos de formación para que los jueces los utilicen, debiendo la Comisión presentar propuestas concretas para mejorar esta situación (punto 5).

<sup>52</sup> En España se permite el empleo de instrumentos de reproducción de la palabra el sonido y la imagen como medios de prueba en el proceso civil (artículos 299 y 382 y ss. LEC) y además las actuaciones orales se registran en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen (artículo 147 de la Ley enjuiciamiento civil). En todo caso, si quien solicita el uso de estos medios es un tribunal español, para que se considere válida la prueba debería practicarse respetándose el principio de contradicción, garantizándose el derecho de intervención, ante un órgano judicial que controle el desarrollo de la diligencia, bajo la fe del Secretario Judicial y, caso de ser necesario, con la asistencia de traductor (véase M.L. VILLAMARÍN LÓPEZ, *La obtención de pruebas...*, op. cit., p. 116).

Recientemente se ha publicado la Ley 18/2001, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia (Boletín Oficial del Estado núm. 160, de 6 de julio de 2011). Precisamente constituye uno de los objetivos de la Ley la creación de un marco regulador de la utilización de las nuevas tecnologías en la Administración de Justicia española como consecuencia del Plan de Acción e-Justice desarrollado en la Unión Europea (Punto II del Preámbulo). En todo caso, en cuanto a la regulación del uso de los sistemas de videoconferencia en la Administración de Justicia, se establece que el Gobierno deberá presentar un Proyecto de Ley que regule de manera integral el uso de los sistemas de videoconferencia en la Administración de Justicia (Disposición final tercera).

<sup>53</sup> La mayoría de los Estados miembros tienen prevista en su ordenamiento la posibilidad de que las partes asistan a la ejecución de la prueba. Así, en España está recogida en los artículos 289 y 291 LEC. En tal caso, si se solicita por la parte, el órgano jurisdiccional requerido no podrá negar la asistencia.

presentes en la realización de las diligencias de obtención de pruebas (artículo 11.1).<sup>54</sup> Tal solicitud se cumplimentará mediante el formulario A del anexo, informándose al órgano requerido si se trata de una mera presencia de las partes y, en su caso, de sus representantes (asistencia pasiva), o si se trata de una presencia con participación en la práctica de la diligencia (asistencia activa). En este último supuesto, el órgano jurisdiccional requerido determinará las condiciones de la participación de las partes y, en su caso, de sus representantes, ateniéndose a los principios generales indicados en el anterior apartado. Ello significará que en la mayoría de los casos las condiciones serán las previstas en las normas procesales del Estado requerido.

Si se accede a la presencia o participación de las partes y, en su caso, de sus representantes, el órgano requerido les notificará, mediante el formulario F del anexo, el momento y lugar en el que las diligencias tendrán lugar y, si se ha accedido a permitir la participación, las condiciones en las que lo podrán hacer.<sup>55</sup> En todo caso, el órgano jurisdiccional requerido puede, *motu proprio* y si así lo prevé en su Derecho, solicitar a las partes y, en su caso, a sus representantes, que estén presentes o participen en la ejecución de la prueba.

**42. Intervención de mandatarios del órgano jurisdiccional requirente.** Además de las partes —o sus representantes—, y si ello es compatible con el Derecho del Estado miembro requirente, tienen derecho a estar presentes en la práctica de las diligencias probatorias en el extranjero mandatarios del órgano jurisdiccional requirente (artículo 12.1).<sup>56</sup> Con esta participación se podría paliar, al menos en parte, las exigencias del principio de inmediación, al margen de que puede suponer un auxilio para el órgano jurisdiccional requerido a la hora de llevar a cabo la práctica de la diligencia de prueba.

En su solicitud el órgano requirente —de nuevo mediante el formulario A— informará al requerido de la presencia de sus mandatarios y, si procede, de la participación de los mismos en las diligencias de obtención de pruebas. En este último supuesto, el órgano jurisdiccional requerido determinará las condiciones de la participación de los mandatarios atendiendo a los principios generales indicados en el anterior apartado. Si se accede a la presencia o participación de los mandatarios, el órgano requerido notificará al órgano requirente, mediante el formulario F del anexo, el momento y lugar en el que las diligencias tendrán lugar y, si se ha accedido a permitir la participación, las condiciones en las que los mandatarios lo podrán hacer.

---

<sup>54</sup> El Reglamento mantiene silencio sobre la intervención de los representantes, pero parece que el carácter puntual de su actuación nos conduce hacia la Directiva 77/249, de 22 de marzo de 1977, dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por abogados, y a su desarrollo en España mediante el Real Decreto 607/1986, de 21 de marzo, modificado por el Real Decreto 1062/1988, de 16 de septiembre. No sería de aplicación el régimen de la Directiva 98/5, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, destinada a facilitar el ejercicio permanente de abogado en un Estado miembro distinto al de la obtención del título, dado que, como hemos indicado, ahora nos encontramos ante una participación puntual en un acto de prueba que se va a desarrollar en el extranjero.

En cualquier caso, y en relación a la posible intervención de representantes, hemos de destacar que en el caso del Derecho español contamos con la figura del procurador, típica de nuestro sistema, profesional que actúa como representante de las partes ante el tribunal. Efectivamente, nuestra Ley de enjuiciamiento civil determina que —salvo en los supuestos menores que expresamente se indican— la comparecencia en juicio será por medio de procurador, que habrá de ser licenciado en Derecho y encontrarse legalmente habilitado para actuar ante el Tribunal que conozca del juicio (artículo 23 LEC). Por lo tanto el procurador podría también ser perfectamente un representante de las partes a efectos de lo dispuesto en el artículo 11 del Reglamento.

<sup>55</sup> Es discutible cual es el papel activo que las partes pueden desarrollar en la práctica de la prueba. Por ejemplo, si podrán formular nuevas preguntas además de las que constan en el formulario A. Entendemos que si el Derecho del Estado requerido admite esta posibilidad, no debería haber problema para que ello pudiera acontecer. Al margen de ello, si las partes desean intervenir lo tendrán que hacer en la lengua del órgano jurisdiccional requerido, lo cual implicará frecuentemente tener que acudir a un traductor o intérprete, coste que será asumido, al menos inicialmente —a expensas del resultado final del litigio—, por la parte que haya solicitado intervenir en la práctica de la prueba.

<sup>56</sup> El artículo 12.2 del Reglamento especifica qué debe entenderse por mandatario a estos efectos, abarcando a los miembros del personal judicial designados por el órgano jurisdiccional requirente con arreglo al Derecho de su Estado miembro, si bien éste también podrá designar, de acuerdo con el Derecho de su Estado miembro, a cualquier otra persona (como, por ejemplo, a un experto). Desde la perspectiva del Derecho español quizás sería más correcto denominar a estas personas como representantes, comisionados o delegados, pues realmente la figura del mandatario, tal como es definida en nuestro ordenamiento, no encaja muy bien con la descrita en el Reglamento. Quizás podría ser el Secretario Judicial, debidamente comisionado, la persona más adecuada para asumir esta posible función y asistir a la práctica de las diligencias probatorias en el extranjero.

43. Si en el Estado miembro donde se tramita el proceso se exige en el mismo la intervención del Ministerio Fiscal —como acontece en España, por ejemplo, en los procedimientos con menores y en los de nulidad matrimonial—, éste podría también desplazarse al extranjero en la misma situación que lo podrían hacer el resto de partes, pudiendo asistir a la práctica de las diligencias de prueba —si así lo contempla el Derecho del Estado miembro requirente— así como participar en las mismas si lo autoriza el Derecho del Estado miembro requerido.

### C. La denegación de la ejecución

44. Al tratarse de uno de los instrumentos básicos en materia de asistencia judicial en la Unión Europea, el principio general es el de la procedencia del auxilio, y por lo tanto, la práctica de la prueba solicitada. Por ello, al margen de los supuestos ya indicados en relación a la no aportación de la provisión de fondos o al adelanto para el pago de expertos o la no subsanación en plazo de solicitudes consideradas incompletas (*supra*), la denegación de una solicitud de obtención de diligencias de prueba, regulada en el artículo 14 del Reglamento, únicamente procederá en los siguientes supuestos:

45. Si se trata de tomar declaración a una persona, si hace uso del derecho a negarse a declarar o de la prohibición de declarar, bien por estar previstos por el Derecho del Estado miembro del órgano requerido, bien por estarlo en el Derecho del Estado miembro del órgano requirente y así constar de manera expresa en la solicitud.<sup>57</sup> En el caso de España, entrarían en el ámbito de este motivo de denegación, cuando se trate de sujetos que gozan de inmunidad para declarar conforme a las normas de Derecho internacional público<sup>58</sup> y cuando se refiera a personas que se puedan acoger a la «prohibición de declarar». Este último caso sería el de aquellos que no pueden ser testigos por disposición legal<sup>59</sup> y el de aquellos que tienen el deber de guardar secreto en relación a hechos de los que hayan tenido conocimiento por su estado o profesión.<sup>60</sup>

46. Si la solicitud no se inscribe en el ámbito de aplicación material del Reglamento, cabiendo dar por reproducido aquí todo lo indicado en relación al ámbito de aplicación en el artículo 1. En definitiva, la solicitud se denegaría en este supuesto, si no se refiere a una materia civil o mercantil, si no tienen su origen en un órgano jurisdiccional de un Estado miembro o si lo que se pretende no es la ejecución de una diligencia de prueba en el marco de un proceso iniciado o próximo a iniciarse. En este supuesto de denegación el órgano jurisdiccional requerido informará al requirente mediante el formulario H del anexo en un plazo de sesenta días contados desde la recepción de la solicitud por parte del primero

47. Si, según el Derecho del Estado miembro del órgano jurisdiccional requerido, la ejecución de la solicitud de obtención de prueba no entra en el ámbito de las competencias judiciales. En este caso, los límites de la jurisdicción son establecidos en cada Estado miembro por su propio ordenamiento. En el caso de España procederá la denegación de la solicitud si el supuesto al que se refiere la solicitud fuese encuadrable dentro de la institución de la inmunidad de jurisdicción (artículo 22.1 de la Ley orgánica del poder judicial). Igualmente, en este caso el órgano jurisdiccional requerido informará al requirente mediante el formulario H del anexo en el plazo de sesenta días desde la recepción de la solicitud por parte del primero.

<sup>57</sup> O, a tenor del artículo 14.1 b), si fuera preceptivo, haber sido confirmado tal extremo por el órgano jurisdiccional requirente a petición del órgano jurisdiccional requerido.

<sup>58</sup> Sería el caso de los agentes diplomáticos o consulares a tenor de lo dispuesto en los Convenios de Viena, de 18 de abril de 1961 (Boletín Oficial del Estado de 24 de enero de 1968), y de 24 de abril de 1961 (BOE de 6 de marzo de 1970), sobre relaciones diplomáticas y consulares, respectivamente.

<sup>59</sup> En el caso español, serían los supuestos contemplados en el artículo 361 LEC: aquellos que se hallen permanentemente privados de razón o del uso de sentidos respecto de hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos así como los menores de catorce años (salvo que a juicio del tribunal posean el discernimiento necesario para conocer y declarar verazmente).

<sup>60</sup> En el caso español, el artículo 371 LEC se refiere a aquéllos que por su estado o profesión (médicos, abogados, etc.) tengan el deber de guardar secreto respecto de hechos por los que se le interroga, estableciéndose en dicho precepto cómo se ha de proceder en tales casos.

48. Con estas estrictas causas tasadas de denegación lo que se pretende es garantizar la eficacia del Reglamento, evitándose el facilitar la obstrucción en la cooperación internacional. De hecho, en el Reglamento se suprimió la tradicional cláusula de orden público, la cual sí existe en el Convenio de La Haya de 1970, donde cabe la denegación de la ejecución «si el Estado requerido estimare que podría causar perjuicio a su soberanía o seguridad» (artículo 13). En todo caso, ha de resaltarse que la solicitud no podrá ser denegada por el hecho de que, de acuerdo con el Derecho del Estado miembro del órgano requerido, sea un órgano judicial de dicho Estado el competente de manera exclusiva en el asunto de que se trate o no se disponga de un procedimiento equivalente a aquél en el marco del cual se cursa la solicitud.<sup>61</sup>

#### D. Información sobre la tramitación de las solicitudes

49. Si por cualquier circunstancia el órgano jurisdiccional requerido no se encuentra en condiciones de cumplir la solicitud dentro del plazo de los noventa días siguientes a su recepción establecido en el artículo 10.1, debe informar de ello al órgano requirente mediante el formulario G del anexo, exponiendo los motivos del retraso, así como el plazo en el cual se estime que se podrá dar cumplimiento a la solicitud (artículo 15).

50. Una vez ejecutada la solicitud, el órgano jurisdiccional requerido transmitirá a la mayor brevedad al órgano requirente los documentos que acrediten la ejecución de la solicitud. En su caso, devolverá los documentos recibidos del órgano jurisdiccional requirente. Finalmente, junto a los documentos, se remitirá una confirmación de la ejecución de la solicitud mediante la cumplimentación del formulario H del anexo (artículo 16).

51. En el caso español, una vez el resultado de las diligencias practicadas en el extranjero se incorpore a los autos tramitados en el proceso de origen, caso de encontrarnos en el marco de un juicio ordinario —que será lo habitual en los litigios donde se plantee la posible práctica de prueba en otro Estado miembro—, la parte podrá instruirse y alegar lo que a su derecho convenga. Y ello podrá acontecer, bien llegue el resultado con anterioridad al acto del juicio, bien llegue en un momento posterior habiendo sido previamente suspendido el acto del juicio a la espera de recibirse dichos resultados en el plazo de noventa días fijado en el artículo 10 del Reglamento.

#### 5. Obtención directa de pruebas por parte del órgano jurisdiccional requirente

52. Junto a la solicitud de ejecución de una diligencia de prueba para que la misma sea realizada por el correspondiente órgano jurisdiccional requerido —que será el procedimiento habitual de práctica de prueba—, en el artículo 17 del Reglamento se contempla la posibilidad de que un órgano jurisdiccional de un Estado miembro pueda solicitar realizar directamente tales diligencias en otro Estado miembro.<sup>62</sup> Dicha solicitud se presentará ante el órgano central del Estado donde se pretende realizar la diligencia o, en su caso, ante la autoridad competente expresamente designada por éste a tal fin, y ello mediante el formulario I del anexo. En el caso de España, se ha designado como autoridad competente para recibir estas solicitudes al Juzgado Decano del partido judicial donde haya de ser practicada la diligencia.

<sup>61</sup> Esta posibilidad, que podría hacerse valer más adecuadamente en otro momento del procedimiento de origen, ya había sido descartada con anterioridad en el marco de otros instrumentos comunitarios; así, en particular, en el Reglamento 44/2001, de 22 de diciembre de 2000 (artículo 35.3) y en el Reglamento 2201/2003, de 27 de noviembre (artículo 24).

<sup>62</sup> Esta modalidad presenta ventajas indudables dado que con la práctica directa de pruebas por el tribunal requirente se respeta el principio de inmediatez y, además, las pruebas así obtenidas —que en principio serán practicadas conforme al Derecho del Estado del tribunal requirente— tienen más posibilidades de causar plenos efectos en el Estado miembro donde tiene lugar el proceso. Sin embargo, ya señalaba P. DIAGO DIAGO, que en realidad la vía de la práctica a través del órgano jurisdiccional requerido se presenta como la principal en el marco del Reglamento, razón por la cual se le da mucho más relieve en el su articulado (*La obtención de prueba...*, *op. cit.*, p. 57). De hecho, en el Informe emitido por la Comisión Europea el 5 de diciembre de 2007 se corrobora este hecho en cuanto, al valorarse la utilización de la vía del artículo 17, se indica que «aún se utiliza muy poco esta posibilidad, sin bien siempre que se ha utilizado, la obtención de pruebas se ha visto en general simplificada y acelerada, y no ha planteado especiales problemas» (Punto 2.8 y Anexo VII).



**53.** La obtención de pruebas será efectuada por un miembro del personal judicial designado conforme al Derecho del Estado miembro del órgano requirente, pudiéndose también realizar por cualquier persona, como por ejemplo un experto, designado también conforme a tal ordenamiento.<sup>63</sup> Sin embargo ha de tenerse en cuenta que sólo podrá efectuarse la obtención directa de prueba cuando se pueda realizar de una manera voluntaria, sin necesidad de tener que aplicarse medidas coercitivas y, si se tratase de la toma de declaración a una persona, el órgano jurisdiccional requirente le advertirá de la voluntariedad de de las diligencias.<sup>64</sup>

**54.** La autoridad competente designada —o, en su caso, el órgano central del Estado miembro requerido—, informará mediante el formulario J en un plazo de treinta días al órgano requirente si se ha aceptado la solicitud y, en caso afirmativo, las condiciones en las que, conforme al ordenamiento de su Estado miembro, deberán practicarse las diligencias. No obstante, a salvo de estas condiciones que se puedan establecer, como regla general el órgano requirente ejecutará la solicitud de conformidad con el Derecho de su Estado.<sup>65</sup> La autoridad competente podrá asimismo designar un órgano jurisdiccional de su propio Estado para que participe en la ejecución de las diligencias probatorias. Dicha intervención tendrá la finalidad de garantizar la correcta aplicación de las disposiciones previstas en el Reglamento para la práctica directa de estas diligencias así como las condiciones que se hayan podido fijar por la autoridad competente del Estado miembro donde se practique la diligencia.

**55.** Por último, los motivos tasados por los que el órgano central o autoridad competente designada por el Estado miembro requerido podría denegar la obtención directa de las pruebas son exclusivamente los siguientes: a) por no tener cabida la solicitud en el ámbito material del Reglamento, definido en el artículo 1; b) por ser la solicitud incompleta, es decir, no contener todos los datos necesarios exigidos en el artículo 4 o, c) por constituir la obtención directa de pruebas una vulneración de los principios fundamentales del Derecho de su Estado miembro. En todo caso, entendemos que el uso de este motivo de denegación debe ser restrictivo para evitar, mediante un uso abusivo del mismo, dar cabida a una encubierta cláusula de orden público, inexistente en el Reglamento, y totalmente contraria a los principios sobre los que descansa.

<sup>63</sup> En el caso de España, como en la mayoría de Estados de nuestro entorno, es necesaria la presencia judicial en la práctica de la diligencia probatoria para que ésta tenga validez, pues así lo exige el artículo 137.1 y 289.2 LEC, por lo que no parece factible el uso de la posibilidad ofrecida sobre este particular por el Reglamento.

<sup>64</sup> En relación a la obtención directa de prueba se ha planteado ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 30 de junio de 2011 una interesante petición de decisión prejudicial por parte de la Corte de Casación (Bélgica), dando lugar al Asunto C-332/11 (DOUE C-269/31, de 10 de septiembre de 2011). En concreto se pregunta el Tribunal si los artículos 1 y 17 del Reglamento deben ser interpretados en el sentido de que el Juez que ordena una investigación pericial judicial, cuyo mandato debe ejecutarse parcialmente en el territorio de su Estado miembro, pero también en parte en el de otro Estado miembro, debe utilizar para la ejecución directa de esta última parte única y exclusivamente el sistema establecido en el artículo 17 del Reglamento, o en tal caso de investigación que debe hacerse parcialmente en otro Estado miembro, puede también encomendarse al perito judicial designado por ese otro país al margen del mecanismo establecido en el Reglamento.

La decisión prejudicial se plantea teniendo en cuenta la normativa comunitaria en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, y en particular el principio consagrado en el artículo 33 del Reglamento 44/2001, según el cual las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás Estados miembros, sin que fuere necesario recurrir a procedimiento alguno. Sobre esta cuestión véase A. RUSHWORTH, «Demarcating the boundary between the Brussels I Regulation and the evidence regulation», *LMCLQ*, núm. 2, 2009, pp. 196-209. Y más concretamente sobre el principio de reconocimiento mutuo en relación a los instrumentos comunitarios de asistencia judicial, véase J.M. SUAREZ ROBLEDANO, «La cooperación de autoridades judiciales: notificaciones y obtención de pruebas en el extranjero. Los instrumentos comunitarios en perspectiva del programa para la puesta en práctica del principio de reconocimiento mutuo», en A. BORRÁS RODRÍGUEZ, (Dir.), *Cooperación jurídica internacional en materia civil. El convenio de Bruselas, CGPJ*, Madrid, 2001, pp. 53-88.

<sup>65</sup> Sobre el lugar donde se practicarán las diligencias de prueba, aunque nada se disponga al respecto en el artículo 17 del Reglamento, parece que la lógica lleva a que las mismas deban practicarse en la sede de algún órgano jurisdiccional del Estado requerido y, en todo caso, si se plantea alguna dificultad al respecto parece que estaríamos ante un típico supuesto de posible intervención del órgano central del Estado requerido —enmarcable en el artículo 3.1 b del Reglamento—, con la finalidad de encontrar adecuada solución a la situación.

# LA LIBERALIZACIÓN PROGRESIVA DEL COMERCIO DE SERVICIOS: A VUELTAS CON LA FORMULACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS

PABLO ZAPATERO

*Profesor de Derecho internacional  
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 30.03.2012 / Aceptado: 13.04.2012

**Resumen:** El Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS) es el marco central para liberalizar el comercio global de servicios. Sus disciplinas básicas fueron negociadas bajo la influencia de las industrias de servicios del mundo desarrollado. El AGCS puede cubrir cualquier sector de servicios sujeto a compromisos obtenidos en un proceso de regateo complejo que implica múltiples demandas, ofertas y contraofertas cruzadas. Los compromisos de liberalización de los Miembros de la OMC pueden adentrarse en áreas sensibles como los servicios públicos. Al tiempo, bajo el marco regulatorio del AGCS, los Miembros de la OMC están negociando nuevas «Disciplinas sobre reglamentación doméstica» que inciden en la autonomía regulatoria estatal y aspiran asimismo a regular elementos de los propios procesos de creación de normas (meta-regulación). Estas características sugieren que el AGCS puede tener un impacto relevante en la formación de políticas públicas en años venideros.

**Palabras clave:** autonomía regulatoria, políticas públicas, liberalización, servicios públicos, comercio de servicios.

**Abstract:** The General Agreement of Trade in Services (GATS) is the main regulatory framework liberalizing global trade in services. Its core disciplines were negotiated under the influx of the services industries from the developing world. The GATS potentially covers any services sector subject to commitments obtained in a complex bargaining process that involves multiple crossed demands, offers and counter-offers. Liberalization commitments by WTO Members are trade-offs that may intrude in sensible areas such as, for example, the supply of public services. Also under GATS regulatory framework, WTO Members are negotiating new «Disciplines of domestic regulations». These disciplines not only limit state regulatory autonomy but aim to regulate the domestic rulemaking process itself (meta-regulation). These features suggest that GATS may have a major impact in public policy formation in years ahead.

**Key words:** regulatory autonomy, public policies, liberalization, public services, trade in services.

**Sumario:** I. AGCS: origen de una idea. II. Poder público y poder privado. III. El caso de los servicios públicos. IV. Practicando la meta-regulación. V. Límites a la formulación de políticas.

## I. AGCS: origen de una idea

1. La liberalización internacional de la prestación de servicios es una de las asignaturas pendientes de la globalización de los negocios. El foro multilateral que hoy por hoy impulsa esta tarea es la Organización Mundial del Comercio (OMC), en el marco del Acuerdo General sobre Comercio de Servi-

cios (AGCS)<sup>1</sup>. Este acuerdo incorpora junto a sus normas sustantivas un anexo con Listas nacionales en las que cada uno de los Miembros de la OMC puede asumir compromisos de liberalización en beneficio de los proveedores de servicios extranjeros en cualquier sector en que puede dividirse la prestación de servicios: servicios de transporte, construcción, educación, telecomunicaciones, energía, seguros, postales, contabilidad, publicidad, ingeniería, servicios legales, audiovisuales, de construcción, distribución, servicios financieros, sanitarios, turísticos, etc. El único ámbito que queda excluido de las Listas son los «servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales» (artículo I.3 del AGCS).

2. El AGCS crea así un auténtico mercado de trueque de concesiones recíprocas en el que los Miembros de la OMC realizan entre sí demandas, ofertas y contraofertas de liberalización (negociaciones bilaterales y/o plurilaterales) en el marco de sucesivas Rondas de negociaciones, como la actual Ronda de Doha. En el momento en que un Miembro de la OMC consigna un compromiso sobre un sector específico, éste queda sujeto a las reglas del AGCS conforme a las condiciones que se hayan determinado en su Lista nacional.

3. La importancia para la economía internacional de este tratado ‘dinámico’ (asunción progresiva de compromisos) va en aumento. De hecho, la prestación de servicios supera hoy en día un 20% del comercio internacional y crece de forma sostenida (9% en 2010)<sup>2</sup>. Al tiempo, es el sector que más contribuye al crecimiento económico y al empleo en los países desarrollados. La propia Dirección General de Comercio de la Unión Europea estima que la prestación de servicios genera al menos dos tercios del PIB y el empleo en la Unión Europea<sup>3</sup>. Al constituir un sector estratégico para las economías de los países desarrollados, tanto los poderes públicos como las empresas actúan en consecuencia, tratando de mejorar a escala global su acceso a otros mercados.

4. En este sentido, una gran pluralidad de plataformas, redes y asociaciones del sector privado de los países desarrollados influye desde hace años en la definición de la posición negociadora de los países desarrollados, aportando conocimientos técnicos e identificando potenciales ‘nichos de mercado’. Así, organizaciones y plataformas como la *United States Coalition of Services Industries* (USCSI), la *European Services Forum* (ESF), o la *Global Services Coalition*, inciden de modo significativo en la elaboración de las peticiones y ofertas de liberalización de los países desarrollados en los foros internacionales. En suma, influyen sobre los procesos de redacción de normas (públicas) internacionales.

5. El AGCS, de hecho, debe su propia existencia a que los directores generales de AIG, American Express y Citicorp decidieran crear la USCSI (1981), cuyo objetivo inicial era impulsar una intensa campaña de lobby y comunicación para incorporar la prestación de servicios a la agenda de liberalización del GATT. El relato del primer Presidente y fundador de la USCSI, Harry Freeman, en unas jornadas de la Brookings Institution, es ilustrativo para entender esta particular experiencia de cabildeo global así como la forma en que se desdibujan las relaciones entre interés especial e interés general en los procesos de legislación internacional<sup>4</sup>.

6. La experiencia de esta iniciativa empresarial arranca a finales de los 70, cuando la estrategia de expansión global de American Express se enfrentó a restricciones de acceso a mercado en más de treinta países y comenzó a requerir apoyo público (en este caso derecho internacional público) para seguir avanzando. Para ello, el Director General Jim Robinson y el propio Freeman, por entonces di-

<sup>1</sup> Véase P. DELIMATSIS, *International Trade in Services and Domestic Regulations: Necessity, Transparency, and Regulatory Diversity*, Oxford University Press, 2007 y *EU and WTO Law on Services: Limits to the realization of General Interest Policies within the Services Markets?* J. VAN DE GRONDEN, (Editor), Kluwer Law International, 2009.

<sup>2</sup> Véase WTO *International Trade Statistics 2011*, -Chapter III, Trade in commercial services y *OECD Statistics on International Trade and Services 2010 – Volume I, Detailed Tables by Service Category – 2000-2008*.

<sup>3</sup> Véase p.e *Trade Policy in the Prodi Commission 1999-2004: An Assessment*, European Union, p.8.

<sup>4</sup> H. FREEMAN, *Financial Services and the GATS 2000 Round* (P.Sauve y S.Gillepie Eds), Brookings-Wharton Papers on Financial Services 2000 (2000), pp.454-461.

rectivo de la entidad, comenzaron haciendo algo tan sencillo como comenzar a familiarizarse con las potencialidades regulatorias del GATT leyendo a Kenneth Dam<sup>5</sup>. La monografía de este antiguo director del servicio jurídico del GATT era, junto con la obra canónica de John Jackson<sup>6</sup>, una de las pocas referencias sobre esta institución, que se encontraba por entonces en *aplicación provisional* desde 1947(!) y administrada pues al margen de ‘los grandes focos’<sup>7</sup>.

7. El GATT era sin duda una herramienta útil para los intereses de la industria de servicios si se lograba incorporar la prestación de servicios a alguna de sus tradicionales rondas de negociaciones. Para obtener este resultado, el Director General de American Express decidió aliarse con los directivos de Citicorp y AIG y fundaron la USCSI. En palabras de Freeman, una sóla aseveración impulsa de modo definitivo la regulación del comercio mundial de servicios: «esto es tan importante que habrá presupuesto ilimitado». Así las cosas, la USCSI comenzó en 1981 su andadura con importantes recursos materiales y personales, y abriendo sedes físicas en Washington, Nueva York, Bruselas y Tokio.

8. Así, la USCSI cabildeó sobre el gobierno y los congresistas estadounidenses, participando en las audiencias del Congreso y financiando, asimismo, campañas y múltiples eventos sobre la centralidad del «comercio internacional de servicios» para la economía estadounidense. La iniciativa comenzó su andadura en una época en que no era común vincular el comercio internacional a los servicios y, de hecho, términos tan comunes hoy en día como el de «servicios financieros» no existían. Para romper este estado de cosas, por ejemplo, la USCSI se dirigió de forma individualizada a todos y cada uno de los medios de comunicación que empleaban sólo el término «comercio de mercancías», indicando que el comercio también es «comercio de de servicios» y solicitando que en futuras ocasiones corrigieran el error. Tras dos años de trabajo, la expresión «comercio de bienes y *servicios*» (cursiva añadida) estaba plenamente consolidada en la opinión pública<sup>8</sup>.

9. La amplia estrategia de la USCSI contribuyó de forma decisiva a que el GATT se dotaba en 1982 de un mandato (Decisión Ministerial de noviembre de 1982) para estudiar el peso y función de los servicios en las economías de sus Partes Contratantes, con el fin de evaluar su incorporación en una eventual ronda de negociaciones comerciales. Cuatro años más tarde, la Conferencia Ministerial que lanzó la Ronda de Uruguay (Punta del Este, 1986) incorporaba un Grupo de Negociaciones sobre Servicios entre sus múltiples grupos de trabajo (Declaración Ministerial de septiembre de 1986).

10. A partir de ahí, la USCSI colaboró activamente con los negociadores y responsables políticos estadounidenses, contribuyendo de modo efectivo a dar forma a la estrategia negociadora de la USTR (Representante Comercial de los Estados Unidos) durante todo el proceso que duro la Ronda de Uruguay<sup>9</sup>. De hecho, sus representantes asistieron a todas las reuniones ministeriales (1982, 1984 y 1986). Finalmente, el AGCS vio la luz tras 8 años de negociaciones (1986-1993), como parte integrante del denominado paquete único (*package deal*) de la Ronda de Uruguay. Cuando concluyó la Ronda, en 1993, la USCSI contaba con unas 400 personas en nómina aproximadamente<sup>10</sup>.

11. El AGCS es producto (directo o indirecto) de una campaña de la industria estadounidense para regular la liberalización de servicios a escala global. Sin duda, el influjo de la industria en este tipo de procesos de legislación internacional está contribuyendo a transformar nuestras sociedades. Es más, el éxito de iniciativas como la de USCSI ha producido un ‘efecto llamada’ en el sector empresarial de otros países que replica el modelo para poder incidir también sobre sus gobiernos en la elaboración de normas de derecho internacional público.

<sup>5</sup> K. DAM, *The GATT: Law and international economic organization*, University of Chicago Press, 1970.

<sup>6</sup> J.H. JACKSON, *World Trade and the Law of GATT. A Legal Analysis of the General Agreement on Tariffs and Trade*, The Boobs-Merrills Company Inc, Indianapolis, 1969.

<sup>7</sup> P. ZAPATERO, «La invención de los *panels* del GATT», *ICE-Información Comercial Española: 60 años del GATT*, 2008.

<sup>8</sup> H. FREEMAN, *Financial Services ...op.cit.* p.457.

<sup>9</sup> *United States Trade Representative*.

<sup>10</sup> H. FREEMAN, *Financial Services ...op.cit.* p.456.

12. De hecho, y sin salir del sector de la prestación de servicios, un modelo de cabildeo similar fue empleado por la industria bancaria europea y estadounidense para liberalizar a escala multilateral la prestación de servicios bancarios. En este sentido, la Ronda de Uruguay no pudo completar con éxito las negociaciones de un acuerdo sobre servicios financieros. Así las cosas, tras el fracaso de una segunda negociación en la OMC sobre la materia, la Secretaría General de esta institución, los representantes de Estados Unidos y la Unión Europea optaron por dar mayor protagonismo a la propia industria en los subsiguientes procesos de negociación.

13. Para ello, invitaron a Andrew Buxton y Ken Whipple, presidentes respectivamente de Barclays Bank y Ford Financial Services, a crear un grupo de alto nivel «trasatlántico» que colaborara en la definición de estrategias conjuntas sobre el terreno. Como resultado, en 1996 se creó el Grupo de Líderes Financieros (*Financial Leaders Group*) compuesto por presidentes y directores generales de grandes empresas de servicios financieros (banca y aseguradoras fundamentalmente). Sus recomendaciones formales e informales orientaron las posiciones de los negociadores y contribuyeron de forma significativa a que el actual Acuerdo de Servicios Financieros de la OMC viera la luz en 1997.

## II. Poder público y poder privado

14. Las fórmulas de cabildeo de la industria sobre las autoridades estadounidenses han sido un modelo para algunos políticos europeos. De hecho, tras las negociaciones del Acuerdo de Servicios Financieros, la propia Dirección General de Comercio de la Unión Europea optó por replicar el modelo para sus propias consultas con la industria en futuros procesos de liberalización internacional. Así las cosas, en 1998, el Comisario Leon Brittan propuso públicamente la constitución de un grupo de interés especial europeo en materia de servicios y planteó formalmente al propio Buxton (destacado artífice del Grupo de Líderes Financieros) que organizara una plataforma empresarial para dar asistencia técnica a los negociadores europeos en la preparación de las primeras negociaciones del AGCS<sup>11</sup>.

15. Así, se creó la Red de Servicios Europeos (*European Services Network*), que dio paso ese mismo año al Foro de Servicios Europeos (*European Services Forum*), con sede en las propias oficinas de la patronal europea UNICE en Bruselas. La plataforma fue presentada en un evento patrocinado por la Dirección General de Comercio, el 26 de enero de 1999. En su discurso inaugural, Brittan se ofrecía públicamente a perfeccionar la estrategia europea de negociación definiendo preferencias y objetivos en colaboración con la industria. A resultas de todo ello, en la actualidad, esta plataforma empresarial se ha consolidado como institución de enlace entre el equipo de negociadores europeos y la industria europea de servicios. El Foro de Servicios Europeos tiene así, entre sus funciones y actividades, incidir en la elaboración de la Lista de peticiones y ofertas de la Unión Europea<sup>12</sup>.

16. Del mismo modo, otra plataforma empresarial de interés es el Comité sobre Liberalización del Comercio de Servicios británico (LOTIS<sup>13</sup>), dependiente de la IFSL (*International Financial Services London*). Inspirada en el Grupo de Líderes Financieros arriba referido, en su momento fue un sofisticado modelo de coordinación entre industria y negociadores comerciales. La peculiaridad de este Comité y su Grupo de Alto Nivel es que disponen de una estructura híbrida en la que un grupo restringido de representantes gubernamentales y empresarios (presidentes y directores generales de empresas y altos representantes políticos) trabajan de forma conjunta compartiendo información, evaluando y discutiendo estrategias para negociaciones internacionales en curso. El problema es que son excluyentes:

<sup>11</sup> Véase A. BUXTON, *Preparatory Conference for the World Services Congress*, Washington DC (2 de junio de 1999) Discurso de presentación.

<sup>12</sup> Sobre los grupos de interés especial en la Unión Europea véase, en especial, J. GREENWOOD, *The Effectiveness of EU Business Associations*, Palgrave, 2002 J. GREENWOOD, *Interest Representation in the EU*, Palgrave Macmillan, 2003.

<sup>13</sup> LOTIS: Liberalization of Trade in Services.

de hecho, la filtración de sus actas entre abril de 1999 y febrero de 2001, generó fuertes críticas en la sociedad civil al mostrar más de una docena de reuniones a puerta cerrada entre responsables europeos de negociación y grandes empresas europeas...y estadounidenses! (Morgan Stanley, Prudential Corporation o PriceWaterhouseCoopers, entre otras)<sup>14</sup>.

**17.** En suma, los nuevos esquemas de colaboración, diálogo y enlace entre empresas y representantes públicos abren una nueva dimensión al tradicional cabildeo empresarial sobre los poderes públicos al imbricar (y así legitimar) la participación empresarial en el corazón de la propia maquinaria internacional de creación de normas de derecho público. Como resultado, el peso de la industria permea e incluso coopta, a menudo, la defensa del interés público en los actuales procesos de legislación internacional. Sin duda, este fenómeno genera desafíos públicos que exigen reconsiderar y revisar estos procesos.

**18.** La posición privilegiada que se otorga a la industria en estos esquemas de «partenariado público-privado» suscita serias dudas desde la óptica del interés público. En principio, es evidente que la propia industria es quien mejor conoce el estado real del acceso a mercados en cada sector y, por tanto, es la mejor posicionada para identificar la información oportuna para liberalizar en su favor: la industria puede evaluar de forma efectiva las restricciones a la prestación de servicios y donde centrar, por tanto, las peticiones de compromisos a otro Estado. Sin embargo, la medida de liberalización que se propone o la forma en que se realiza bien pueden no favorecer a la sociedad a la que representa el gobierno negociador. En definitiva, el acceso privilegiado de la industria a estos procesos de creación de normas internacionales puede afectar negativamente a consideraciones de interés público.

**19.** Sin duda, es evidente que los nuevos esquemas de «partenariado público-privado» inoculan a menudo las agendas de los grupos de interés especial en la actividad legislativa internacional. En esencia, estos procesos tienen como objetivo prioritario liberalizar/facilitar la globalización de los negocios. Por consiguiente, están marcados por una fuerte tendencia a la liberalización que puede inhibir consideraciones de interés público como, por ejemplo, el establecimiento de requisitos de desempeño para la industria; hoy en día prácticamente inexistentes en el derecho internacional.

**20.** La crítica en cualquier caso es también aplicable a propia OMC dado que su objeto y fin es, en la práctica, gestionar y liberalizar a escala global un conjunto creciente de sectores de la actividad empresarial global. Así las cosas no sólo los gobiernos son asistidos por la industria sino que la propia Secretaría de la OMC asume que comparte objetivos con aquella y, en definitiva, que ambas navegan en el mismo barco. De hecho, la Secretaría no tiene reparos en expresar esta visión públicamente. Valga como botón de muestra el siguiente mensaje del que fuera Director General de la OMC, Supachai Panitchpakdi, a directivos de la industria de servicios estadounidense: «necesitamos una presión consistente por parte del sector privado. Necesitamos gobiernos que entiendan el tipo de intereses que tienen ustedes en la Ronda»<sup>15</sup>.

**21.** Este estado de cosas incentiva la creación de normas internacionales con una *racionalidad restringida*. La aseveración arriba referida encapsula con claridad el complejo escenario al que la globalización de los negocios aboca a la legislación internacional; un escenario en el que lo público y lo privado se difuminan.

**22.** Desafortunadamente, esta difuminación entre lo público y lo privado no se circunscribe sólo a los procesos de creación de normas internacionales sino que abarca múltiples procesos de la arquitectura institucional global, entre los que, además de la legislación internacional, destacan los arbitrajes

<sup>14</sup> Los textos de las actas, publicadas durante un tiempo en la página oficial de IFSL, pueden consultarse en la actualidad a través del proyecto sobre el AGCS de las organizaciones *Transnational Institute* y *Corporate Europe Observatory* ([www.gatwatch.org](http://www.gatwatch.org)).

<sup>15</sup> Véase S. PANITCHPAKDI, «The WTO After 10 Years: The Lessons Learned and The Challenges Ahead» *Council of Foreign Relations*, Nueva York (10 de marzo de 2005) intervención.

internacionales entre empresas y Estados o la propia litigación entre Estados (p.e: litigación comercial inter-estatal), entre otros<sup>16</sup>.

**23.** Centrando el análisis en la redacción de normas, no es fácil justificar desde una óptica de interés público un contacto sistemático y regular con la industria si no se otorga el mismo tratamiento al resto de organizaciones sociales. Sin embargo, como es sabido, el acceso a la información y el contacto/asistencia de las organizaciones de la sociedad civil durante estos procesos es significativamente menor y, en ocasiones, incluso nulo o casi nulo<sup>17</sup>. Los representantes del poder público otorgan preferencia a la industria.

**24.** Durante sus regulares contactos formales e informales, industria y negociadores comparten información y socializan visiones y opiniones sobre los contenidos y orientación de la negociación. Lógicamente, estos contactos contribuyen a menudo a definir posiciones estatales «ofensivas» o «defensivas» en el marco de las negociaciones. Desde una perspectiva de acceso al poder público, por tanto, se amplifica el desequilibrio entre la industria y el ciudadano individualmente considerados, así como entre las organizaciones que les representan (redes de organizaciones de la sociedad civil *versus* plataformas empresariales).

**25.** Esto supone un desafío para la administración global de la cosa pública. Si se compara el trato que se otorga a la industria con el que reciben otros actores, instituciones y colectivos sociales no cabe menos que concluir que a menudo es privilegiado. En este sentido, es razonable equilibrar la influencia de unos y otros en estos procesos de creación de normas o, en su defecto, establecer una moratoria en la liberalización hasta que se implanten protocolos de consultas más equilibrados en la redacción de normas económicas internacionales. Al tiempo, obviamente, los parlamentos nacionales deberían asumir un papel más activo en el equilibrio entre los intereses sociales implicados.

**26.** En suma, el presente *statu quo* no es una opción. La experiencia del AGCS es un mero (pero claro) botón de muestra de que el papel de la industria en los procesos de legislación internacional debe ser redefinido; y, en particular, dada la creciente aparición de conflictos de intereses (/puertas giratorias) en los procesos de legislación internacional: no deja de ser irónico, por poner un sencillo (pero indicativo) ejemplo, que el propio Comisario Leon Brittan, al abandonar sus responsabilidades públicas en 2001, sucediera de forma automática a Andrew Buxton como Presidente del Grupo de Alto Nivel del LOTIS.

**27.** Son meros ejemplos del actual estado de cosas. El resultado de este fenómeno de *puertas giratorias* entre el sector público y el privado hace que no siempre sea fácil definir a quién representan los negociadores públicos, en la práctica, en los procesos de negociación de derecho internacional económico. La cuestión tiene importancia porque los compromisos y procesos de liberalización contemplados por sus normas no están libres de controversia social<sup>18</sup>.

**28.** Inevitablemente, la percepción social de que los procesos de creación de normas internacionales están a menudo capturados o cooptados por grupos de interés especial va en aumento. Volviendo la vista al AGCS, estas críticas llevaron a la propia Unión Europea a declarar públicamente que su estrategia negociadora no pretendía obtener compromisos para que otros Estados Miembros de la OMC

---

<sup>16</sup> Véase, p.e, P. ZAPATERO, «Participación pública y privada en los litigios de la OMC», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 2008.

<sup>17</sup> Así, por ejemplo, la industria de servicios realiza un efectivo cabildeo sobre los miembros del Comité del artículo 133, comité encargado de determinar las prioridades de la política comercial europea. De hecho, algunos de los líderes de la industria están informados de modo pormenorizado de las discusiones internas de este órgano aunque sea un formalmente un órgano de deliberación confidencial.

<sup>18</sup> Véase, p.e, *Stop the GATS Attack* (manifiesto firmado en junio de 2001 por más de 400 organizaciones gubernamentales de 50 países) o los documentos de posición de *Public Services International* (federación internacional de sindicatos centrada en la calidad de los servicios públicos) al respecto.

desmantelaran los servicios públicos o privatizaran empresas públicas. Al tiempo, la Unión Europea terminó comprometiéndose a no presentar, por ejemplo, peticiones en sectores sensibles al interés público (p.e: sector sanitario o sector audiovisual). Los motivos son evidentes: algunos sectores críticos de nuestras sociedades se movilizan cada vez con mayor éxito tanto contra los contenidos sustantivos que promueven estos procesos de creación de normas como contra el propio modo en que son negociadas.

**29.** Estas disfunciones, al tiempo, ponen en primer plano un asunto estructural: la inadecuada imbricación de los parlamentos en la actividad legislativa global. La dimensión global de los asuntos públicos va en aumento y esto exige repensar y modular, hoy en día, la función de gobiernos y parlamentos en los procesos de creación de normas internacionales. Política exterior y legislación internacional van de la mano en este sentido. Sin embargo, los parlamentos siguen limitándose por lo general a definir términos de referencia para la negociación de normas internacionales y, con posterioridad, a convalidar o rechazar en bloque el resultado de las normas negociadas por el gobierno. En el ínterin, sin embargo, los grupos de interés especial pugnan por capturar a aquellos departamentos estatales encargados de la negociación.

**30.** En definitiva, una mayor presencia de los parlamentos en estos procesos aseguraría una mejor defensa del interés general. En este sentido, desarrollar nuevas herramientas y mecanismos de participación parlamentaria en los procesos de redacción de normas internacionales no implica *per se* que estos se vean paralizados o ralentizados. La solución viene de la mano del diseño institucional, y nuestros poderes públicos debieran impulsar iniciativas experimentales en este terreno, potenciando una presencia funcional de los parlamentos en el seno de estos procesos. Con ello, aumentará sin duda la legitimidad del derecho internacional y la racionalidad en la formulación de políticas públicas globales.

### III. El caso de los servicios públicos

**31.** Una preocupación que suscita el AGCS en este sentido es que su mera existencia, como marco global de negociación, sienta las bases para que la industria se adentre paulatinamente en sectores y actividades centrales/estructurales de la administración pública<sup>19</sup>. En principio, el AGCS preceptúa con total claridad que los «servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales» están sujetos a excepciones (artículo I.3.b)<sup>20</sup>. Esta es una excepción general, por tanto, que afecta de manera cruzada a todos los sectores: el acuerdo define este tipo de servicios como servicios no suministrados «*en condiciones comerciales ni en competencia con uno o varios proveedores de servicios*» (artículo I.3.c). Es decir, define los servicios en función del modo de suministro (aquellos servicios no suministrados en condiciones de mercado) y no en función de la naturaleza del servicio.

**32.** La redacción del artículo I.3 hace referencia a servicios prestados por el Estado sobre una «base comercial» y no «en competencia» con otros proveedores de servicios privados. Sin embargo, hoy en día, es difícil encontrar sectores en que no coexistan servicios públicos y privados. Así, para los valedores del AGCS, la coexistencia de suministros públicos y privados en un sector determinado no reduce la posibilidad de prestación de servicios «en ejercicio de facultades gubernamentales» (artículo I.3.c). Sin embargo, si entendemos «competencia» de servicios como «coexistencia» y «posibilidad de sustitución», el artículo I.3.b carecería de sustancia en gran medida como Adlung ya apuntó<sup>21</sup>.

**33.** Es evidente pues que, de primar determinadas interpretaciones, algunos servicios prestados por el Estado podrían verse excluidos de la caracterización de «gubernamentales» (¿qué implica para

<sup>19</sup> Véase P. ZAPATERO, «El bucle de la Liberalización: Bolkenstein en contexto», *Mercado interior y prestación de servicios*, Marcial Pons, 2008.

<sup>20</sup> Los sectores excepcionados incluyen, además de los servicios prestados en ejercicio de facultades gubernamentales, el sector del transporte aéreo, derechos de tráfico aéreo y servicios directamente relacionados con aquel.

<sup>21</sup> R. ADLUNG, «Public Services»...op.cit.p.464-465.



el AGCS el pago o copago en un servicio público?). Así, por ejemplo, la introducción de elementos de rentabilidad y competitividad en sectores que operaron como monopolios públicos sin ánimo de lucro podría privarles del estatus de servicios gubernamentales si se consignan compromisos de forma inadecuada en el marco de los Anexos del AGCS<sup>22</sup>.

**34.** Estas son algunas de las razones por las que la literatura especializada sobre el AGCS hace referencias a la creación de un «concepto neoliberal de servicios públicos»<sup>23</sup>. Al tiempo, esto explica que algunos representantes estatales estén siendo especialmente cautos en la consignación de compromisos en el marco del AGCS. Por ello, la incorporación de compromisos en las Listas ha quedado hasta la fecha por debajo de las expectativas originarias. De hecho, se ha llegado a sugerir la elaboración de un Entendimiento entre los Miembros de la OMC que aclare la disposición del AGCS sobre exclusión de los servicios gubernamentales y sus elementos constitutivos («*en condiciones comerciales*» / «*en competencia*»), con objeto de facilitar la consignación de compromisos<sup>24</sup>.

**35.** Del mismo modo, la práctica totalidad de las administraciones modernas incorporan prestaciones privadas de servicios públicos en mayor o menor grado: los poderes públicos emplean cada vez más la contratación pública y/o los partenariados público-privados<sup>25</sup> para que el sector empresarial preste, a cambio de una retribución o precio, servicios antes prestados de forma directa por ellos. Así, hoy en día, múltiples actividades de la administración pública se realizan a través de la *prestación mixta de servicios*, combinando todo tipo de elementos públicos y privados. En este sentido, por ejemplo, los márgenes de maniobra de los Estados en el marco de las reglas y Listas de compromisos del AGCS se desdibujan.

**36.** En principio, los servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales no están sujetos a las normas ni a los compromisos sobre acceso a mercado o trato nacional del AGCS. Quedan, por tanto, fuera del ámbito de aplicación del acuerdo. Ahora bien, las cláusulas de excepción que contempla el AGCS para estos servicios sólo cubren en la práctica facultades gubernamentales esenciales. Sin embargo, la mayoría de los servicios prestados por el Estado hoy en día son susceptibles de ser prestados en condiciones comerciales y en competencia con otros proveedores<sup>26</sup>. Por tanto, los servicios que suministra el Estado en condiciones comerciales y de competencia están sujetos a las demandas y ofertas de liberalización que promueve el AGCS (artículo XIX.1).

**37.** De esta forma, si el Estado asume compromisos en un determinado sector, rigen las reglas del AGCS en la medida en que no haya consignado limitaciones de acceso a mercado y trato nacional. Así pues, cualquier consignación de compromisos en materias tan sensibles como la salud o la educación, por ejemplo, debe ser definida con especial precisión para no dificultar el acceso universal o la garantía de calidad de estos servicios<sup>27</sup>. En este sentido, por ejemplo, un compromiso puede ser consignado

<sup>22</sup> M. KRAJEWSKI, «Public Services and Trade Liberalization: Mapping the Legal Framework», 6 *Journal of International Economic Law* 2 (2003): 358.

<sup>23</sup> Véase, p.e. M. KRAJEWSKI, «Public Services...op.cit.p.359.

<sup>24</sup> R. ADLUNG, «Public Services and the GATS», 9 *Journal of International Economic Law* 2 (2006): 469.

<sup>25</sup> En relación con estos contratos de largo plazo para la prestación de servicios a la administración (PPP-*Public Private Partnerships*) véase, por ejemplo, desde el sector privado, *Developing Public Private Partnerships in New Europe*, Price-WaterhouseCoopers, 2004 y, desde la Europa comunitaria, *Guidelines for Successful Public-Private Partnerships*, European Commission, Directorate-General Regional Policy (March 2003) así como *Green Paper on Public-Private Partnerships and Community Law on Public Contracts and Concessions*. COM(2004) 327 final (30 de abril de 2004). Para una perspectiva desde el FMI véase *Public-Private Partnerships*, Fiscal Affairs Department, IMF (12 de marzo de 2004).

<sup>26</sup> M. KRAJEWSKI, «Protecting a Shared Value of the Union in a Globalized World: Services of General Economic Interest and External Trade», *EU and WTO Law on Services: Limits to the realization of General Interest Policies within the Services Markets?* J. VAN DE GRONDEN, (Editor), Kluwer Law International, 2009, pp. 212-213.

<sup>27</sup> Sobre el AGCS y los servicios sanitarios y educativos véase, respectivamente, *International Trade in Health Services and the GATS: Current Issues and Debates*, Chantal Blouin, Nick Drager y Richard Smith (eds), World Bank and World Health Organization, 2005 y J.A. VANDUZER, «Navigating between the Poles : Unpacking the Debate on the Implications for Development of GATS Obligations relating to Health and Education Services», *Reforming the World Trading System: Legitimacy, Efficiency and Democratic Governance*, Ernst-Ulrich Petersmann (ed), Oxford University Press, 2005, pp.167-204.

indicando expresamente que se circunscribe a «servicios contratados por empresas privadas» (p.e: servicios de procesamiento y distribución de agua). De esta forma, se excluirían los servicios prestados por autoridades públicas. Sin embargo, el compromiso bien puede también no consignarse con esta cautela...

**38.** En este punto se produce el problema central: la OMC administra un proceso de liberalización progresiva y las negociaciones que se producen en su seno, por tanto, están abocadas a adentrarse, de forma gradual, en todos los sectores de servicios, incluidos aquellos tradicionalmente prestados por las administraciones públicas. Como indica Krajewski, la estrategia «de arriba a abajo» empleada por el AGCS para consignar compromisos ofrece, en teoría, suficiente espacio regulatorio y flexibilidad para asegurar los servicios públicos<sup>28</sup>. Ahora bien, el AGCS está basado en la *progresividad* y esto implica un proyecto/proceso de liberalización de servicios a largo plazo, bajo la misma racionalidad liberalizadora que las 8 primeras Rondas de negociaciones del GATT del 47 aplicaron al comercio de servicios.

**39.** Así, por ejemplo, el denominado «Grupo de Amigos sobre educación» en la OMC (Estados Miembros interesados en liberalizar este sector) presentó la primera petición plurilateral sobre servicios de educación privada a 22 Miembros de la OMC ya en las primeras negociaciones del AGCS: «educación superior privada» (CPC 923\*\*) y «otros» (CPC 929\*\*). Al tiempo, los Estados integrantes de este grupo, presidido por Nueva Zelanda, hacían de la petición una oferta de liberalización por su parte. Para ello, propusieron a los Miembros receptores de la petición consignar el compromiso en Listas adaptándolo a sus necesidades de desarrollo (artículo XIX.2). A estos efectos, por ejemplo, sugirieron metodologías para asumir compromisos sobre «comercio de servicios de educación privada» excluyendo las subvenciones y financiación pública a servicios y proveedores de servicios extranjeros (p.e: servicios de educación concertados)<sup>29</sup>.

**40.** Esta petición muestra la lógica de estos procesos de liberalización semi-programada. La función básica de las negociaciones multilaterales en la OMC es la apertura progresiva de «nuevos mercados» a la competencia internacional. Para ello, se implanta un ‘cerco regulatorio’ gradual (modulado por *excepciones*) sobre la pluralidad de sectores y subsectores de la prestación de servicios. Así, a medida que los compromisos de liberalización saturan los nichos de mercado abiertos en el sector privado, aumentará la presión empresarial para que las negociaciones se adentren, de una u otra forma, en los servicios prestados por las propias administraciones públicas. Las empresas tienden a la maximización de beneficios y, por tanto, a percibir los servicios prestados por la administración como un *nicho de mercado* más.

**41.** Las negociaciones de la OMC en materia de *contratación pública de servicios* son, en este sentido, un vehículo para hacer realidad este proceso. Hoy en día, este es un sector muy atractivo para la industria. En un contexto mundial en que el sector público ha disminuido enormemente en términos agregados, las partidas presupuestarias que las administraciones públicas destinan a la contratación de servicios son lógicamente cada vez más elevadas<sup>30</sup>. Para la industria global de servicios, por tanto, la contratación pública de servicios es un «nicho de mercado» en que obtener compromisos de los países en desarrollo. De hecho, las presiones de los países desarrollados sobre estos últimos han aumentado en los últimos años.

**42.** El interés de la propia industria de servicios europea es patente a este respecto<sup>31</sup>. Es más, los negociadores de la Unión Europea llegaron a proponer, en una de sus primeras comunicaciones en las

<sup>28</sup> M. KRAJEWSKI, «Public Services...op.cit.p.361.

<sup>29</sup> El texto propone para ello evitar definiciones de principio sobre qué es «público» y qué es «privado» en la educación. Propone, por tanto, tratar la educación como un sector más: optando por describir aquello que se pretende comprometer y aquello que no en materia de servicios de educación. Véase *Private Education Services*, Petición plurilateral del Grupo de Amigos sobre educación disponible en la web de la asociación de la industria europea de servicios (www.esf.org).

<sup>30</sup> La contratación pública abarca entre el 10% y el 15% del producto interior bruto a escala mundial. En algunos países desarrollados, las estimaciones de partidas presupuestarias asignadas a contratación pública superan ampliamente estas cifras. Véase, p.e, *Guide to the Uruguay Round Agreements*, WTO Secretariat, Kluwer Law International, 1999, p.248.

<sup>31</sup> P. ZAPATERO, «Dimensiones internacionales de la contratación pública», *Lex Mercatoria y Contratación Pública*, Editorial G.Ibañez, Bogotá, 2006.

negociaciones del AGCS, añadir una cuarta columna (columna de la «Contratación pública») a las tres que componen las Listas de compromisos del AGCS (columnas del artículo XVI, el artículo XVII y el artículo XVIII): «los Miembros de la OMC podrían aprobar el texto de un anexo al AGCS que especificara las condiciones con arreglo a las cuales el AGCS se aplicaría a la contratación pública de servicios. Podría modificarse el artículo XIII del AGCS de manera que haga referencia a ese anexo»<sup>32</sup>. Con posterioridad, la Unión Europea presentó una comunicación complementaria en la que proponía normas de procedimiento para dicho anexo<sup>33</sup>.

**43.** En principio, el AGCS contempla exenciones en materia de contratación pública de servicios que cubre todos los ámbitos de gobierno: «contratación por organismos gubernamentales de servicios *destinados a fines oficiales* y no a la reventa comercial o a su utilización en el suministro de servicios para la venta comercial» (artículo XIII.1). Ahora bien, el artículo XIII.2 prescribe la realización de negociaciones multilaterales sobre contratación pública de servicios a partir de 1998. Estas negociaciones operan en paralelo al Acuerdo Plurilateral de contratación pública que, como es sabido, es voluntario para los Estados Miembros de la OMC.

**44.** El compromiso de negociar en este campo, en sí, ha sido y es una cuestión controvertida. Para los países desarrollados, las negociaciones del artículo XIII cubren la no discriminación, el trato nacional y el acceso a mercado en materia de contratación pública de servicios. No obstante, muchos países en desarrollo han sostenido desde el principio que el mandato de negociación sobre servicios sólo incluye cuestiones de transparencia de la contratación pública. La mera existencia de esta controversia, por tanto, muestra la importancia de los asuntos potencialmente regulables: se discute incluso *qué* materias se ha acordado negociar realmente.

**45.** El objetivo central de los países desarrollados, partidarios de la inclusión en el mandato, era abrir nuevos mercados para sus empresas en las licitaciones de contratación pública de servicios en países en desarrollo, y someterlas a «criterios de mercado» (neutralidad/mejor valor por el dinero/eficiencia, etc). Por ello, es paradójico constatar cómo las compras de las grandes empresas ignoran estos criterios cuando contratan servicios entre sí: basta recordar el alto porcentaje de comercio intra-firma en el comercio internacional<sup>34</sup>.

**46.** Del mismo modo, surgen algunas controversias en materia de subvenciones. Por supuesto, la financiación de los servicios proporcionados en el ejercicio de facultades públicas no constituye una subvención bajo las disciplinas de la OMC. Este es un punto en el que no tendrían que generarse dudas en principio. Sin embargo, pueden producirse resultados no esperados en relación con las subvenciones de empresas de servicios extranjeras: en puridad, si un Miembro consigna compromisos en su Lista del AGCS debe introducir una limitación a la aplicación de la regla del trato nacional si no quiere verse obligado a otorgar subvenciones bajo similares condiciones a proveedores privados extranjeros.

**47.** En este sentido, los beneficios que otorga la legislación nacional a cualquier empresa de servicios (p.e, acceso a subvenciones, exenciones fiscales) pueden terminar siendo aplicables a empresas extranjeras en virtud de la compleja letra pequeña de cada consignación de compromisos. Entre bromas y veras, el funcionamiento de estos complejos procesos de consignación de compromisos lleva a algunos críticos a sugerir el término «Empresa Extranjera Más Favorecida» (trato EMF), frente al histórico

<sup>32</sup> Véase Doc S/WPGR/W/42, *Contratación pública de servicios*, Comunicación de las Comunidades Europeas (22 de mayo de 2003).

<sup>33</sup> Véase Doc S/WPGR/W/52, *Contratación pública de servicios*, Comunicación de las Comunidades Europeas (15 de junio de 2005).

<sup>34</sup> Para los Estados Unidos, por ejemplo, estos flujos son del 45-48% en las importaciones y 31-32% en las exportaciones para el periodo entre 1992-2004. Véase A. MAURER y C. DEGAIN, *Globalization and trade flows: what you see is not what you get!*, WTO Economic Research and Statistics Division, 2010, p.10.

trato de «Nación Más Favorecida» (trato NMF), como fórmula imperante en la relación entre Estados<sup>35</sup>; y no les falta razón.

#### IV. Practicando la meta-regulación

48. El AGCS es expresión directa pero no aislada de un proyecto político internacional dirigido a la construcción de un gran mercado global de mercancías y servicios<sup>36</sup>. Bajo este escenario, por ejemplo, los programas de ajuste del FMI y el Banco Mundial han promovido formal e informalmente que aquellos países en desarrollo sometidos a sus condiciones adopten medidas de liberalización autónoma de servicios. En paralelo, conforme al artículo XIX.3 del AGCS, los Miembros de la OMC han establecido modalidades de crédito para reconocer estas medidas de liberalización autónoma en las negociaciones de la OMC. Estas modalidades, acordadas en marzo de 2003, operan como un marco legal general para desarrollar procedimientos bilaterales de negociación que permitan consolidar dichas medidas como compromisos en las Listas nacionales del AGCS<sup>37</sup>.

49. La estrategia tiene una razón de ser evidente: la presión que ejerce cualquier programa del Fondo o el Banco sobre un Estado desaparece cuando deja de haber tramos de financiación pendientes. Asegurar el compromiso de liberalización, por tanto, requiere iniciativas complementarias. Así pues, la OMC se convierte en el vehículo ideal para anclar de forma definitiva la liberalización promovida por las dos instituciones financieras, dado que las Listas del AGCS consolidan compromisos cuya retirada exige compensación.

50. El AGCS es sin duda una interesante herramienta regulatoria. El sistema multilateral de comercio aspira a entrar en una nueva dimensión regulatoria con él. Sus disposiciones abarcan toda medida doméstica que produzca restricciones al acceso a mercado de proveedores de servicios. Como explicó Renato Ruggiero, siendo Director General de la OMC: «el AGCS provee de garantías sobre un campo de regulación y derecho más amplio que el GATT; el derecho de establecimiento y la obligación de tratar a los proveedores de servicios extranjeros de forma justa y objetiva en todas las áreas relevantes de la regulación doméstica extienden el alcance del acuerdo a áreas nunca reconocidas con anterioridad como política comercial»<sup>38</sup>.

51. Desde sus inicios, el AGCS ha suscitado dudas sobre los márgenes que otorga a la regulación nacional. De hecho, estas dudas se trataron de despejar sin éxito en el propio Preámbulo del acuerdo que hace mención, de forma directa, al «derecho a regular»: «Reconociendo el *derecho de los Miembros a reglamentar* el suministro de servicios en su territorio, y a establecer nuevas reglamentaciones al respecto, con el fin de realizar los objetivos de su política nacional, y la especial necesidad de los países en desarrollo de ejercer este derecho».

52. No obstante, es evidente que la regulación/reglamentación nacional puede crear obstáculos al comercio conforme a las normas del AGCS, con independencia de que no esté consignada en las Listas de compromisos (requisitos de capital mínimo para empresas, seguros obligatorios de responsabilidad civil, procedimientos en materia de títulos de aptitud, normas técnicas, etc). Por tanto, estas normas estarán sometidas a la jurisdicción de la OMC y, por extensión, a su mecanismo de solución de diferencias vinculantes.

<sup>35</sup> L. WALLACH, *Backgrounder on WTO Service Sector Liberalization and Deregulation*, Global Trade Watch, Public Citizen, 2005 (22/5/2005).

<sup>36</sup> Véase P. ZAPATERO, «Searching for coherence in global economic policy making», *24 Penn State International Law Review* (3) 2006.

<sup>37</sup> Véase Doc TN/S/6, *Modalities for the Treatment of Autonomous Liberalization*, Special Session of the Council for Trade in Services (10 de marzo de 2003) y Doc MTN.TNC/11/Rev.1 y WT/TF/COH/S/1, *Autonomous liberalisation of Trade, Secretariat Note* (18 June 1999).

<sup>38</sup> Véase *Towards GATS 2000-a European Strategy*, WTO News: Speeches (2 June 1998).

**53.** En este punto, por ejemplo, ya existe un conjunto de medidas domésticas en materia de servicios que están prohibidas, de forma expresa, en el AGCS. Así, los Miembros que hayan contraído compromisos de acceso a mercado conforme al artículo XVI tienen prohibido adoptar medidas de restricción en los siguientes ámbitos: (a) número de proveedores, (b) valor de los activos o transacciones, (c) número de operaciones o cuantía de la producción (d) número de personas que suministran el servicio, (e) tipo de persona jurídica y (f) participación de capital extranjero. Estas medidas no se podrán imponer a las empresas de servicios extranjeras salvo que los Miembros hayan consignado lo contrario en su Lista. Esto puede introducir límites importantes en la formulación de políticas públicas no comerciales.

**54.** El AGCS distingue, de forma meridiana, entre compromisos específicos de liberalización y reglamentación nacional para cumplir objetivos de políticas públicas. Cítense, como mera muestra, la protección del consumidor, el acceso a servicios de calidad, la obligación de acceso universal a suministros esenciales, la integración de personas y colectivos desfavorecidos en el mercado laboral, la creación de empleo en regiones desfavorecidas, la prevención de conductas anticompetitivas y de posiciones de dominio del mercado, el acceso equitativo a servicios con independencia de los ingresos o la ubicación, entre otros posibles contenidos sustantivos de esas políticas. Ahora bien, según contempla este acuerdo, la aplicación de dichos objetivos exige que los reglamentos aplicables sean administrados «de manera razonable, objetiva e imparcial y *no constituyan obstáculos innecesarios* al comercio de servicios». Por tanto, pueden surgir tensiones en la formulación de políticas públicas.

**55.** El AGCS va incluso más allá y aspira así a disciplinar, de hecho, los propios procesos de creación de normas internas conforme a una serie de criterios predeterminados<sup>39</sup>. Así, el artículo VI.5 preceptúa que las medidas reglamentarias de los Miembros de la OMC deberán cumplir determinados requisitos mientras el AGCS no desarrolle nuevas normas sobre reglamentación doméstica. Para ello, su apartado *a* establece que en los sectores en que los Miembros hayan contraído compromisos específicos, y «hasta la entrada en vigor de las disciplinas que se elaboren para esos sectores [programa de negociaciones]», éstos no podrán aplicar prescripciones en materia de licencias (p.e: licencias profesionales, licencias de distribución, de manipulación, de emisión... ) y títulos de aptitud (p.e: títulos profesionales, acreditaciones y certificaciones de gestión de servicios especiales... ) ni normas técnicas (p.e: estándares sanitarios, medioambientales, de consumo, seguridad laboral, gestión... ) que «*anulen o menoscaben* dichos compromisos específicos».

**56.** Así pues, esta disposición contempla como criterios para que la reglamentación no incurra en una anulación o menoscabo de compromisos que *se ajuste a criterios objetivos y transparentes*, como la competencia y la capacidad de suministrar el servicio, que *no sea más gravosa de lo necesario* para asegurar la calidad del servicio y, en el caso de procedimientos sobre licencias, que *no constituya de por sí una restricción al suministro del servicio*. Del mismo modo, añade que pudiera incurrirse en anulación menoscabo si dicha reglamentación «no pudiera razonablemente haberse esperado de ese Miembro» en el momento en que contrajo compromisos en dicho sector.

**57.** Por último, el apartado *b* incentiva la adecuación de la reglamentación doméstica a estándares internacionales (normalización internacional) al establecer que, para determinar el cumplimiento del anterior apartado (artículo VI.5.a), «*se tendrán en cuenta* las normas internacionales de las organizaciones internacionales competentes». Los límites a la autonomía regulatoria son pues evidentes.

**58.** De hecho, el programa de negociaciones incorporado en el AGCS tiene entre sus objetivos prioritarios desarrollar normas y disciplinas que fijen este tipo de limitaciones en la reglamentación doméstica. Así, el Consejo del Comercio de Servicios dispone de un mandato de negociación especial sobre reglamentación nacional (definición de normas y disciplinas) conforme al artículo VI.4 en materia

<sup>39</sup> P. DELIMATSI, «Due Process and ‘Good’ Regulation Embedded in the GATS—Disciplining Regulatory Behaviour in Services Through Article VI of the GATS», *5 Journal of International Economic Law* 10 (2006):13-50.

de *títulos de aptitud, licencias y normas técnicas*. En cumplimiento de este artículo, los Miembros están llamados a desarrollar disciplinas (normas) que garanticen que las reglamentaciones domésticas «no constituyen obstáculos innecesarios al comercio de servicios»<sup>40</sup>.

**59.** Con esa finalidad, se creó *el Grupo de Trabajo sobre la Reglamentación Nacional*. Las normas y disciplinas a desarrollar han de garantizar que las medidas de reglamentación doméstica en estos campos (a) «se basen en criterios objetivos y transparentes», (b) «no sean más gravosas de lo necesario para asegurar la calidad del servicio» y (c) «no constituyan de por sí una restricción al suministro del servicio» (en casos de procedimientos sobre licencias).

**60.** El proceso aspira a que las reglamentaciones nacionales apliquen criterios objetivos y transparentes (p.e: competencia y capacidad de suministrar el servicio), no constituyan de por sí una restricción al suministro del servicio (p.e: procedimientos de licencias) y no sean más gravosas de lo necesario para asegurar la calidad del servicio en materia de títulos de aptitud, licencias y normas técnicas. Como resultado directo de la redacción del AGCS, los principios legales básicos contemplados por este grupo de trabajo a la hora de conformar «Disciplinas sobre Reglamentación Nacional» son los siguientes:

- *necesidad* (reglamentaciones que no restrinjan el comercio o sean más gravosas de lo necesario para alcanzar un objetivo específico y legítimo),
- *transparencia* (acceso a la información sobre el proceso de reglamentación y los procedimientos de examen de decisiones administrativas),
- *equivalencia* (toma en consideración de los títulos de aptitud y experiencia obtenida en el extranjero por los proveedores) y
- *normas internacionales* (aceptación de normas internacionales que faciliten la evaluación de los títulos de aptitud extranjeros).

**61.** Las primeras iniciativas que han sido negociadas en este marco regulan los servicios de contabilidad<sup>41</sup>. Estas disciplinas muestran con claridad la posible evolución de este tipo de negociaciones en otros campos (aplicación de la medida menos restrictiva para el comercio). Ahora bien, es evidente que los procesos de armonización en otros sectores, de llevarse a cabo, serán particularmente complejos y controvertidos. En este sentido, las condiciones de prestación de servicios en el territorio de cada Estado son directamente dependientes de normas y estructuras administrativas moldeadas a lo largo de años de historia. De hecho, algunas de estas condiciones pueden incluso asociarse a la propia idiosincrasia o identidad cultural de una sociedad. Negociar en este campo, por tanto, es una tarea compleja, y susceptible de generar controversias sociales.

**62.** Sin duda, la reforma de algunas reglamentaciones domésticas sobre servicios puede facilitar la razonable participación en el mercado doméstico de competidores extranjeros con similar aptitud y capacitación técnica. Muchos de ellos, hoy en día, se encuentran excluidos *de facto* en la prestación de servicios por las barreras que crean las reglamentaciones de múltiples órganos y agencias administrativas domésticas. Sin embargo, no hay que olvidar que la reglamentación doméstica es un campo muy sensible de las políticas públicas nacionales y su reforma estructural, por tanto, debiera ser tratada cuando menos con cautela. En este sentido, la armonización internacional de los procesos de creación de normas domésticas («Disciplinas de Reglamentación Nacional») equivale *per se* a incurrir en meta-regulación (regular la forma en que regulan los Estados) y, por tanto, es un experimento en toda regla.

<sup>40</sup> Véase Doc JOB(02)/20/Rev.10, *Examples of Measures addressed by Disciplines under GATS article VI.4*, Informal Note by the Secretariat (31 January 2005).

<sup>41</sup> Véase Doc S/L/64, *Disciplinas sobre la reglamentación nacional en el sector de la contabilidad* (17 de diciembre de 1998).

## V. Límites a la formulación de políticas

63. Crear Disciplinas que determinan la *forma* (no ya el contenido) en que debe regularse en foro doméstico incide, inevitablemente, en funciones tradicionalmente nucleares del Estado-nación desde una óptica legislativa y de administración pública. Por ello, el mandato contenido en el artículo VI.4 del AGCS suscita algunas dudas y desafíos para la cosa pública que van más allá de los meros títulos de aptitud, licencias y normas técnicas a los que se formalmente se circunscribe. Es difícil aventurar si los Miembros de la OMC tendrán éxito o no en esta tarea, dada su complejidad y sensibilidad política. Ahora bien, no hay duda de que las negociaciones para disciplinar la creación de normas en dicho campo siguen abiertas.

64. No obstante, aunque las negociaciones en el Grupo de Trabajo sobre Reglamentación Nacional se han intensificado desde 2008, sigue habiendo un «desacuerdo fundamental en cuestiones importantes y básicas»<sup>42</sup>. El documento de referencia sobre este asunto es, hoy por hoy, el Proyecto de Disciplinas contenido en el texto del Presidente, de marzo de 2009<sup>43</sup>. De forma complementaria, destaca el informe de situación de 2011, que disecciona por medio de tres categorías de corchetes los avances en la redacción negociada de los párrafos<sup>44</sup>: acuerdo *ad referendum* (categoría 1), alternativa única (categoría 2) y alternativas múltiples (categoría 3). El documento, destinado a elaborar un nuevo proyecto revisado, aspira a facilitar que todos los párrafos pasen a la categoría 1 y 2<sup>45</sup>.

65. Es difícil aventurar cuál será el resultado final de estas negociaciones. Resalta en particular que siga sin acordarse aún si las Disciplinas deben incorporar como «criterio normativo» las *pruebas de necesidad de la regulación*; uno de los temas más difíciles de las negociaciones, en palabras del propio Presidente. De hecho, como reconoce éste, la inserción en el Proyecto de fórmulas de redacción sobre pruebas de necesidad «*no indica en absoluto* que se haya llegado a un acuerdo sobre el principio ni sobre la inclusión de este tema en las disciplinas, sino que *sirve de marcador de estas propuestas*» (sic)<sup>46</sup>.

66. Sin duda, el AGCS es un acuerdo internacional que se adentra, bajo grados variables de presión empresarial, sobre cuestiones de alta sensibilidad técnica, política y social. En lo que respecta a las cuestiones técnicas, la redacción y consignación de los compromisos y limitaciones negociados en las Listas es crucial y compleja a partes iguales. En este sentido, la negociación, redacción de compromisos y gestión de las listas requiere una alta preparación. El manejo de los compromisos y limitaciones consignadas en las Listas (por sectores, modos de suministro así como compromisos horizontales) exige dominar complejos tecnicismos. En suma, tanto la aplicación del AGCS como la negociación y consignación de nuevos compromisos en sus Listas (liberalización progresiva) requieren una alta cualificación técnica.

67. Así, surgen controversias técnicas sobre el alcance general de los compromisos, sobre la formulación de limitaciones de acceso a mercado o trato nacional, sobre su inclusión en las columnas apropiadas, sobre cuestiones de clasificación de servicios (identificación conforme a la Lista de Clasificación, el número CPC del servicio, etc), sobre la formulación de compromisos adicionales en asuntos regulatorios que superan el ámbito sectorial (artículo XVIII), etc. De hecho, incluso se suscitan controversias de interpretación en torno a los propios modos en que se redacta la consignación, la legalidad o

<sup>42</sup> Ver Doc TN/S/36, párrafo 2.

<sup>43</sup> Véase *Segunda revisión, Proyecto de Disciplinas sobre Reglamentación Nacional*, Nota informal del Presidente, Documento de Sala (20 de marzo de 2009), contenida en Apéndice del Doc TN/S/36 (21 de abril de 2011).

<sup>44</sup> Véase *Informe de Situación del Presidente del Grupo de Trabajo sobre Reglamentación Nacional*, Doc SWPDR/W/45 (14 de abril de 2011).

<sup>45</sup> Para contrastar con las propuestas de redacción individualizadas (propuestas de redacción presentadas hasta 23 de marzo de 2011) véase Doc RD/SERV/46/Rev.2, *Nota consultiva del Presidente*.

<sup>46</sup> Ver Doc SWPDR/W/45, párrafo 14.

no de las notas al pie en Listas, o la elección de la columna en que incorporar unos u otros compromisos y limitaciones, entre otras cuestiones.

**68.** Estos problemas son de especial importancia, dada la liberalización progresiva que promueve el AGCS. Por este motivo, el propio Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas realizó en su momento un llamamiento público para que la aplicación del acuerdo no limitara el acceso a servicios básicos, por ejemplo<sup>47</sup>. Frente a estas y otras llamadas públicas de atención, los círculos profesionales del sistema GATT/OMC suelen alegar que el AGCS provee de suficiente *flexibilidad* para adaptarse a las necesidades particulares de cada Estado Miembro. Sin embargo, ejercer esta flexibilidad presupone que las administraciones nacionales controlan y están familiarizadas con los tecnicismos del acuerdo y, por supuesto, que dichos Estados no estén sometidos a la presión negociadora de grandes potencias comerciales<sup>48</sup>.

**69.** En esencia, todo depende de *qué* compromiso se incluye en las listas y, muy en especial, de *cómo* se incluye. Como ya se ha apuntado, el acceso a mercado y trato nacional se otorga a aquellos servicios sobre los que se hayan incluido compromisos en las listas y sólo en la medida en que no se hayan incorporado limitaciones. En este punto, es evidente que la consignación de compromisos puede verse sujeta a fuertes presiones en favor de la liberalización, como resultado directo de ofertas y peticiones de negociación en uno y otros sectores. En la práctica, ésta es la lógica propia del intercambio de concesiones comerciales, del denominado «trade-off» (p.e: acceso a mercados de productos agrícolas y/o textiles a cambio de liberalización de servicios bancarios y/o sanitarios... ) que permea el funcionamiento del sistema multilateral de comercio desde su creación en 1947.

**70.** Por ello, es razonable revisar las condiciones en que avanza la liberalización internacional de servicios antes de que los países en desarrollo, en particular, se adentren en la consignación de nuevos compromisos. Del mismo modo, sería positivo que la Unión Europea reevaluara, caso por caso, el tipo de peticiones solicitadas en los procesos de negociación en materia de prestación de servicios y sus eventuales efectos sociales.

**71.** La filtración de los borradores de las listas de peticiones de la Unión Europea en el marco de las primeras negociaciones del AGCS, hace ya una década (2002), mostró que las primeras peticiones de liberalización de servicios a 29 Miembros de la OMC se aplicaban a sectores críticos como el agua o la energía, entre otros, sin realizar una evaluación de impactos regulatorios por país. Este defecto no se corrigió en las posteriores peticiones revisadas, ampliadas a más de 100 Miembros y que replican el modelo.

**72.** En este sentido, las peticiones de liberalización de los negociadores europeos se han llevado a cabo sin evaluar el impacto que la medida tendrá en la sociedad de destino. La Unión Europea presupone, de forma general, que la liberalización es beneficiosa para el desarrollo en el conjunto de sectores sobre los que solicita compromisos. Centra la valoración, por tanto, en la función que el sector o subsector particular desempeña en la hipotética ecuación del desarrollo; en lugar de centrarla en los efectos que la medida de liberalización específica puede tener en cada sociedad.

**73.** Las peticiones de compromisos deberían venir asociadas a una evaluación de los potenciales efectos sociales de la liberalización. La situación de cada Estado tiene sus propias particularidades y hay que prestar especial atención a sus metas y objetivos de desarrollo específicos. Al tiempo, el éxito en la liberalización de servicios requiere que los países en desarrollo dispongan de instituciones y regulación doméstica que aseguren el correcto funcionamiento de los mercados (supervisores bancarios, agencias de competencia, etc) y, por tanto, del correcto funcionamiento de las propias empresas de servicios extranjeras. Por ello, cualquier petición de liberalización a un país en desarrollo debería ir acompañada de

<sup>47</sup> *Liberalization of Trade in Services and Human Rights*, OHCHR (22 de junio de 2002).

<sup>48</sup> R. ADLUNG, «Public Services...» op.cit. p.460.



compromisos de fortalecimiento institucional y capacitación técnica. Sin ellos, es difícil que sus instituciones públicas gestionen de forma adecuada el proceso de liberalización.

74. Por último, hay que volver finalmente sobre los servicios públicos. En este sentido, es claro que las empresas extranjeras pueden acceder a sectores antes reservados a la administración pública de consignarse compromisos al respecto en las Listas. Es cierto que el acuerdo no impone de manera directa la privatización o deregulación de servicios públicos. Ahora bien, su sistema de Listas opera como una palanca para abrir la competencia entre los servicios públicos y los servicios privados en cualquier sector de actividad estatal (p.e: sanidad, educación)<sup>49</sup>.

75. El foro de negociaciones de la OMC provee, en definitiva, de una herramienta multilateral para que los Estados aumenten las cuotas de mercado de sus industrias. En este escenario, como arriba ya se ha apuntado, la prestación de servicios públicos constituye un nicho de mercado más al que la industria tratará de acceder (p.e: contratación pública de servicios o servicios privatizados con sistemas de reembolso público) a medida que vayan saturándose los nichos de mercado estrictamente privados en unos u otros sectores.

76. Cabe concluir, por tanto, que las negociaciones del AGCS pueden incidir directamente sobre la prestación de los servicios públicos: las Listas fueron diseñadas como punto de partida, para adicionar compromisos de forma progresiva en el marco de un proceso de liberalización basado en normas. El objetivo del AGCS es, al fin y al cabo, la liberalización progresiva del comercio de servicios, abriendo sectores, subsectores y modos de suministro de modo gradual, consignando compromisos. Los propios términos de referencia para las primeras negociaciones del AGCS, por ejemplo, asumían que ningún sector debía quedar excluido de las negociaciones<sup>50</sup>.

77. Al tiempo, como también se ha apuntado, la OMC es un foro de negociaciones multi-asunto y, por consiguiente, las negociaciones sobre servicios están conectados a negociaciones paralelas en otros sectores. Por ello, el tránsito del compromiso «sin consolidar» al compromiso «con» o «sin limitaciones» depende, a menudo, de qué ofertas concretas acompañan en la mesa de negociaciones a cada petición correspondiente. Esta lógica de trueque continuo allana el camino para una progresiva consolidación de compromisos.

78. Es más, la simple y mera existencia de este gran mercado de trueque multi-asunto tiene incidencia sobre los propios procesos de liberalización doméstica o regional. El ejemplo definitorio en materia de servicios es probablemente la propia Directiva Bolkestein<sup>51</sup>. De hecho, la propuesta originaria de esta controvertida Directiva expresaba la conexión de modo explícito: «[Las negociaciones del AGCS] ponen de relieve la necesidad de que la UE establezca rápidamente un auténtico mercado interior de servicios para garantizar la competitividad de las empresas europeas y reforzar su posición en la negociación [Ronda de Doha]»<sup>52</sup>.

79. Para terminar, el actual estado de cosas de la liberalización internacional de servicios pone sobre el tapete algunos relevantes dilemas políticos: uno de los más evidentes es que el AGCS ha sido diseñado para que cualquier retirada de concesiones exija realizar concesiones comerciales alternativas en otras áreas (artículo XXI). Por consiguiente, se produce la paradoja de que la retirada de concesiones (unas medidas de liberalización) promueve nuevas concesiones (otras medidas de liberalización). Así,

<sup>49</sup> Véase, para un estudio institucional sobre el asunto, Doc S/C/W/50, *Servicios sociales y salud*, Nota documental de la Secretaría (18 de septiembre de 1998).

<sup>50</sup> Doc WT/S/L/93 *Guidelines and Procedures for the negotiations on trade in Services* (28 de marzo de 2001), párrafo II.5.

<sup>51</sup> Véase, en particular, *EU and WTO Law on Services: Limits to the realization of General Interest Policies within the Services Markets?* J. VAN DE GRONDEN (Editor), Kluwer Law International, 2009.

<sup>52</sup> *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior* [SEC(2004) 21] /\* COM/2004/0002 final - COD 2004/0001 \*/.

la modificación de un compromiso consignado en Listas requiere, conforme al artículo XXI, renegociar una *compensación* comercial con los Miembros afectados. Por tanto, el sistema está inteligentemente diseñado como un bucle que ancla a los Estados a la liberalización.

**80.** Así las cosas, las obligaciones que asumen los Miembros de la OMC en el marco de esta estructura regulatoria dificultan que un cambio de «color» en el gobierno de un Estado modifique sustancialmente el modelo de política económica liberal ya consolidado. Es evidente que este estado de cosas presenta inevitablemente un desafío para las formas de hacer política hoy en día: juridificar a escala global ideas económicas limita en la práctica, con intensidad, las formas de hacer política.

**81.** En este sentido, el funcionamiento de la estructura regulatoria del AGCS constituye un reto para el juego político derecha-izquierda y, por extensión, para las democracias parlamentarias. Ahora bien, hay que recordar que, en la actualidad, está aumentando el control de la sociedad civil y los parlamentos sobre los compromisos liberalizadores de muchos gobiernos. Si esta tendencia se consolida, el AGCS puede no ser un marco efectivo para la liberalización. Al fin y al cabo, su éxito a medio o largo plazo depende directamente del volumen y calidad de los compromisos que los gobiernos vayan consignando progresivamente en sus anexos.

**82.** En la actualidad, en cualquier caso, las negociaciones continúan abiertas en las cuatro esferas principales de negociación (acceso a mercados, reglamentación nacional, normas del AGCS y aplicación de modalidades para países menos adelantados), y se impulsan en el marco de sucesivas series de consultas y reuniones bilaterales, plurilaterales y multilaterales. El informe del Presidente del Consejo de Servicios sobre los elementos necesarios para concluir negociaciones<sup>53</sup>, del mismo modo que la Conferencia de manifestación de intenciones de 2008 (actuales compromisos que los Miembros estarían dispuestos a incluir en sus ofertas de servicios revisadas)<sup>54</sup>, muestran que hay base para alcanzar acuerdos. Por ello, las negociaciones se han intensificado, con avances en las cuatro esferas de negociación<sup>55</sup>.

---

<sup>53</sup> Véase, en particular, *Elementos necesarios para la conclusión de las negociaciones sobre los servicios- Informe del Presidente*, Doc TN/S/33, Consejo del Comercio de Servicios / Sesión Extraordinaria (26 de mayo de 2008).

<sup>54</sup> Véase Doc JOB(08)93 (30 de julio de 2008).

<sup>55</sup> Véase *Informe del Presidente al Comité de Negociaciones Comerciales-Negociaciones sobre el Comercio de Servicios*, Doc TN/S/36 (21 de abril de 2011).

VARIA

# LOS DERECHOS DE LOS VIAJEROS EN LA UNIÓN EUROPEA: A PROPÓSITO DE LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO Y AL CONSEJO DE 19 DE DICIEMBRE DE 2011\*

BELÉN GARCÍA ÁLVAREZ

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho mercantil  
Universidad de Deusto*

Recibido: 14.07.2012 / Aceptado: 20.07.2012

**Resumen:** La Unión Europea ha aprobado varios Reglamentos comunitarios sobre derechos de los viajeros en cada modo de transporte, estableciendo así unos derechos mínimos y comunes de los viajeros. Una vez realizada esta labor uniformizadora y claramente unimodal, la UE quiere adoptar una visión integradora de los derechos de los viajeros con independencia del modo de transporte empleado. En este sentido se enmarca la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre los derechos de los pasajeros en todos los modos de transporte de 19 de diciembre de 2011. Precisamente a nivel comunitario se deberían establecer unos derechos mínimos de los viajeros adoptando una visión intermodal que favorezca la eficiencia en el desplazamiento de personas.

**Palabras clave:** transporte de personas, terrestre, marítimo, aéreo, multimodal.

**Abstract:** The EU now has a comprehensive integrated set of basic passenger rights rules in all modes: air, rail, waterborne and road transport. The rules on EU passenger rights provide minimum protection for citizens and in doing so facilitate mobility and social integration. The Communication from the Commission (19.12.2011) about a European vision for passengers rights in all transport modes is a step towards intermodal and more efficient transport of persons.

**Key words:** transport of persons, land, sea, air, intermodal.

**Sumario:** I. Introducción. II. Derecho a la no discriminación. 1. Premisa. 2. Derecho a la no discriminación en el acceso al transporte. 3. Derecho a la movilidad: Los viajeros con movilidad reducida y los pasajeros con discapacidad. III. Derecho a una información exacta, oportuna y accesible. 1. Planteamiento. 2. Derecho a información sobre el contrato de transporte. 3. Derecho a información en todas las etapas del viaje. En especial, en caso de perturbación. IV. Derecho a una asistencia inmediata y proporcionada. 1. Planteamiento general. 2. Derecho al cumplimiento del contrato de transporte. 3. Derecho a recibir asistencia. 4. Derecho a compensación. V. Derecho al cumplimiento efectivo de sus derechos. En particular, un sistema rápido y accesible de tramitación de reclamaciones. VI. Los derechos de los viajeros en el transporte intermodal. VII. Conclusiones.

---

\* El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación «Nuevas tecnologías y seguridad en la reforma del Derecho del Transporte» (Ref. DER 2009-14735-C02-02-subprograma JURI), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (Plan Nacional de I+D+I 2008-2011).

## I. Introducción

1. La eficiencia en el desplazamiento de viajeros es un objetivo fundamental de la política comunitaria de transporte, ya que contribuye sin duda alguna al fomento del transporte colectivo en detrimento del transporte privado, fundamentalmente transporte por carretera, que genera unos mayores costes económicos. Un aspecto importante de la política en materia de transporte es la mejora de la calidad de los servicios, que incluye o debe incluir la garantía y el respeto de los derechos de los viajeros. Se trata en esencia de que el viajero pueda confiar razonablemente en que su desplazamiento se va a producir, y que si no es así por cualquier percance o motivo, tendrá una solución o alternativa razonable. En definitiva, el viajero debe tener seguridad jurídica, debe poder confiar en sus derechos como usuario y en su cumplimiento, y en caso contrario en su adecuada compensación.

Igualmente con el fin de promover la eficiencia del transporte, es vital el fomento del transporte intermodal, es decir, que conlleve el uso de más de un modo de transporte, si la combinación de al menos dos modos de transporte diferentes es la opción más eficiente. El uso de más de un modo de transporte no puede suponer una merma en sus derechos, ni una desventaja frente a otros viajeros, que han optado por un viaje unimodal con el fin de evitar las disparidades existentes en la regulación aplicable a cada modo de transporte.

Hay que tomar en consideración además la progresiva liberalización del sector del transporte que está teniendo lugar, fundamentalmente a través de los dictados comunitarios. Esta creciente competencia en el sector no debe conllevar una merma en los derechos de los usuarios, sino todo lo contrario, y debe suponer unos mayores beneficios para el conjunto de los usuarios con el propósito de que puedan obtener un mejor y menos costoso servicio de transporte.

En este contexto, la Comisión Europea publicó el 19 de diciembre de 2011 una Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo bajo el título de «Perspectiva europea sobre los pasajeros. Comunicación sobre los derechos de los pasajeros en todos los modos de transporte» (COM (2011) 898 final) (en adelante, Comunicación de la Comisión). Hay que tener en cuenta que la actuación de la UE en esta materia está siendo muy importante, ya que ha aprobado varios Reglamentos comunitarios que regulan los derechos de los viajeros en los distintos modos de transporte, y se ha adherido también a relevantes convenios internacionales sobre transporte de viajeros<sup>1</sup>. En cualquier

---

<sup>1</sup> En particular, en el transporte terrestre de personas se encuentra el Reglamento 181/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, sobre los derechos de los viajeros de autobús y autocar, DOUE L 55 de 28 de febrero de 2011, p. 1, que se aplicará a partir de marzo de 2013 (en adelante, Reglamento 181/2011), y el Reglamento 1371/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre, sobre los derechos y las obligaciones de los viajeros de ferrocarril, DOUE L 315 de 3 de diciembre de 2007, p. 14, (en adelante, Reglamento 1371/2007), y que se remite en bastantes aspectos del contrato al Anexo dedicado a los contratos de transportes de viajeros (en adelante, Reglas CIV) del Convenio relativo al transporte por ferrocarril de 9 de mayo de 1980, cuya última versión procede del Protocolo de Vilna de 3 de junio de 1999, que es aplicable en cualquier caso íntegramente a los transportes internacionales por ferrocarril.

Respecto al transporte por mar o por vías navegables hay que tener en cuenta el Reglamento 392/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la responsabilidad de los transportistas de pasajeros por mar en caso de accidente, DOUE L 131 de 28 de mayo de 2009, p. 24, (en adelante, Reglamento 392/2009); el Reglamento 1177/2010 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de noviembre, sobre los derechos de los pasajeros que viajen por mar y por vías navegables, DOUE L 334 de 17 de diciembre de 2010, p. 1, (en adelante, Reglamento 1177/2010), y la adhesión en virtud de la Decisión del Consejo de 12 de diciembre de 2011 al Convenio de Atenas relativo al transporte de pasajeros y sus equipajes por mar de 1974, modificado por un Protocolo de 2002, DOUE L 8 de 12 de enero de 2012, p. 1.

En cuanto al transporte aéreo, especialmente objeto de atención por la UE, se hallan fundamentalmente el Reglamento 261/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero, por el que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, DOUE L 46 de 17 de febrero de 2004, p. 1, (en adelante, Reglamento 261/2004); el Reglamento 1107/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio, sobre los derechos de las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo, DOUE L 204 de 26 de julio de 2006, p. 1, (en adelante, Reglamento 1107/2006); y la Decisión 2001/539/CE del Consejo, de 5 de abril de 2001, sobre la celebración por la Comunidad Europea del Convenio de Montreal de 28 de mayo de 1999 para la unificación de ciertas reglas para el transporte aéreo internacional, DOUE L 194 de 18 de julio de 2001, p. 1, (en adelante, CM). Igualmente, hay que tomar en consideración las disposiciones del Reglamento 889/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de mayo de 2002, sobre responsabilidad de las compañías aéreas en caso de accidente, DOUE L 140 de 30 de mayo de 2002, p. 2; el Reglamento 1008/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre, sobre normas comunes para la explotación de los servicios aéreos, DOUE L 31 de octubre de 2008, p. 3, (en adelante, Reglamento 1008/2008);

caso, esta normativa común europea, que tiene carácter de mínimos, convive con legislación interna e internacional.

2. Por tanto, hay derechos adicionales que pueden encontrarse en el resto de la legislación interna aplicable y en convenios internacionales relativos a estas materias. Particularmente hay que tener en cuenta la normativa de consumo<sup>2</sup>, formada principalmente por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, BOE de 30 de noviembre de 2007, en adelante RDL 1/2007. Por medio de esta normativa se puede controlar la forma y el contenido de las condiciones generales de contratación que las empresas de transporte imponen a los viajeros<sup>3</sup>.

3. Como se puede comprobar en la enumeración de la normativa dictada por la UE, el enfoque hasta ahora ha sido unimodal, se ha regulado por separado un marco de protección mínima para los pasajeros en cada modo de transporte<sup>4</sup>. Por esta razón, la Comisión pretende adoptar un enfoque o perspectiva integradora, multimodal que establezca unos derechos mínimos de los viajeros con independencia de los modos de transporte empleados. En este más que deseable propósito, la Comunicación de la Comisión de 19 de diciembre de 2011 es un primer paso hacia una regulación uniforme e integradora, que contribuya de forma decisiva a la intermodalidad en el transporte de pasajeros, que representa uno de los principales retos para lograr una mayor eficiencia en el sistema de transporte y contribuir a su sostenibilidad.

Conforme a esta Comunicación de la Comisión los derechos de los pasajeros se basan en tres pilares: la no discriminación, una información exacta, oportuna y accesible, y una asistencia inmediata y proporcionada, de los que se derivan, a su vez, diez derechos básicos que se examinarán en este trabajo al hilo de lo planteado en la citada Comunicación. Con tal fin, se ha dividido el trabajo en tres epígrafes que coinciden con los tres pilares en los que se basan los derechos fundamentales de los pasajeros. Primeramente se abordará el derecho del viajero a no ser discriminado por cualquier circunstancia o condición, en especial por su nacionalidad, y por su movilidad o capacidad física o psíquica. Seguidamente se examinará el derecho a una información exacta, oportuna y accesible en todo momento antes, después y durante el viaje, especialmente en caso de perturbación o percance. Finalmente, se analizará el derecho del viajero a recibir una asistencia inmediata y proporcionada en caso de perturbación en el viaje.

---

y el Reglamento 2111/2005 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre, relativo al establecimiento de una lista comunitaria de las compañías aéreas sujetas a una prohibición de explotación en la Comunidad y a la información que deben recibir los pasajeros aéreos sobre la identidad de la compañía operadora, DOUE L 344 de 27 de diciembre de 2005, p. 15.

Finalmente, puede ser relevante en relación con el derecho de información del viajero antes y después de la contratación el Reglamento (CE) n° 80/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de enero de 2009, por el que se establece un código de conducta para los sistemas informatizados de reserva, DOUE L 35 de 4 de febrero de 2009, p. 47, que pretende asegurar unas condiciones de competencia transparentes y proteger el interés de los consumidores.

<sup>2</sup> En este contexto, debe destacarse que la reciente Directiva 2011/83/CE, sobre derechos de los consumidores en los contratos negociados fuera de los establecimientos mercantiles y en materia de contratos a distancia, DOUE L 304 de 22 de diciembre de 2011, p. 64, excluye el contrato de transporte de su ámbito de aplicación, salvo que el mismo forme parte de un viaje combinado, lo que sin lugar a dudas provoca un detrimento considerable de los derechos que asisten a estos sujetos. En cualquier caso, también existe una propuesta comunitaria de régimen opcional de contratación, que supondría que las empresas pudieran en la práctica decidir qué régimen legal se aplicaría a los contratos con los consumidores: bien el europeo de carácter opcional, bien el derecho del país del que se trate (normalmente el del domicilio del consumidor).

<sup>3</sup> Se encuentra regulado también el contrato de viaje combinado, parte esencial de la actividad turística, que excede del ámbito del transporte, ya que es un contrato que se celebra entre una agencia de viajes y un consumidor con el fin de prestarle servicios que pueden ser de transporte más alojamiento u otros servicios turísticos no accesorios del transporte o del alojamiento, o simplemente de alojamiento y otros servicios turísticos.

<sup>4</sup> Vid. en general sobre la regulación comunitaria en este ámbito, M. ZUBIRI DE SALINAS, «La responsabilidad del transportista de personas en los Reglamentos comunitarios relativos al transporte aéreo, ferroviario y marítimo», *Revista de Derecho del Transporte (RDT)*, n° 4, 2010, pp. 67-100, y sobre la situación anterior a la aprobación de los Reglamentos comunitarios sobre derechos de los viajeros citados, R. RUEDA VALDIVIA, *La responsabilidad del transportista aéreo en la Unión Europea*, Granada, Comares, 2003, *passim*.

## II. Derecho a la no discriminación

### 1. Premisa

4. Uno de los tres pilares en los que basan los derechos básicos de los viajeros es la no discriminación por ninguna circunstancia o condición de los mismos. Se trata en definitiva de que los viajeros sean tratados igual por los operadores de transporte, especialmente en lo que se refiere al precio y a otras condiciones esenciales del contrato de transporte.

La Comunicación de la Comisión aborda tres manifestaciones específicas, las más relevantes, de este derecho del viajero, como son la no discriminación por razón de nacionalidad, en el acceso al transporte, y en función de la capacidad física y/o psíquica del viajero.

### 2. Derecho a la no discriminación en el acceso al transporte

5. Los viajeros deben tener derecho a obtener el servicio de transporte en las mismas condiciones que el viajero nacional de otro país comunitario, en especial debe poder acceder a ese servicio por el mismo precio. Este problema se puede plantear fundamentalmente si los nacionales de algún país no pueden acceder al sistema de reservas del operador de transportes accesible solamente para determinadas zonas geográficas, y de esta forma el viajero de otro país no puede acceder a unas condiciones económicas más favorables en la adquisición del servicio de transporte. Aunque lo más usual es que este tipo de discriminaciones en función de la nacionalidad o del lugar de residencia del viajero se den en relación con el precio del transporte, pueden referirse también a otros elementos del contrato de transporte, como por ejemplo servicios complementarios, entre otros, el seguro de viaje, el cargo, en su caso, por facturar equipaje etc.

En este sentido, los Reglamentos comunitarios protegen a los viajeros de estas posibles prácticas de los operadores de transporte (art. 23 Reglamento 1008/2008; art. 4.2. Reglamento 1177/2010; art. 4.2. Reglamento 181/2011; art. 10 Reglamento 1371/2007), ya que establecen los requisitos que deben cumplir los sistemas de reserva e información sobre viajes. Especialmente claro resulta el Reglamento 1008/2008 que establece que el acceso a estos sistemas y a las tarifas de los servicios aéreos se realizara sin discriminación alguna por razón de nacionalidad o lugar de residencia del viajero, o de la agencia de viajes. Si el viajero contrata el servicio de transporte a través de un intermediario como es una agencia de viajes, esta última también tiene que tener acceso a los sistemas de reservas del transportista en las mismas condiciones que otros intermediarios sin importar su lugar de establecimiento.

6. Igualmente, las empresas de transporte tampoco pueden efectuar discriminaciones por cualesquiera motivos en el acceso efectivo al transporte. La denegación de embarque es una situación que sucede con cierta frecuencia, especialmente en el transporte aéreo, y en semejantes casos el transportista no puede actuar de forma discriminatoria al denegar el embarque a unos viajeros y a otros no. Por esa razón, en el transporte aéreo se prevé un sistema de asistencia apropiada y de compensación inmediata con el fin de reducir en la medida de lo posible el perjuicio causado por la denegación de embarque (art. 4 Reglamento 261/2004)<sup>5</sup>. Debido a que este tipo de circunstancias suele suceder fundamentalmente en el transporte aéreo, no se ha regulado esta situación en los Reglamentos comunitarios relativos a los derechos de los viajeros en el transporte ferroviario y por vías navegables. Y en el caso del transporte por carretera únicamente se ha reconocido legalmente al viajero un derecho de compensación en caso de denegación de embarque (art. 19.1. Reglamento 181/2011), pero no un derecho de asistencia, quizás por el hecho de que una estación de autobuses no suele estar aislada de un núcleo urbano o rural, al contrario de lo que sucede con los recintos aeroportuarios.

Si bien es cierto que los supuestos de denegación de embarque se producen esencialmente en el transporte aéreo, en el que el *overbooking* es una práctica habitual de las compañías aéreas, también se

<sup>5</sup> Vid. al respecto M. J. GUERRERO LEBRÓN, *La responsabilidad contractual del porteador aéreo en el transporte de pasajeros*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 367-424; M. V. PETIT LAVALL, «Contratos sobre la navegación aérea», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Tratado de contratos*, vol. V, Barcelona, Tirant Lo Blanch, 2009, aptados. 1043-1045.

puede producir esta situación en el resto de modos de transporte, y sería razonable prever un régimen similar en los demás modos de transporte en caso de denegación de embarque, que supone un incumplimiento total del contrato de transporte. Esto es, se debería establecer el derecho del viajero no sólo a recibir asistencia apropiada, sino también su derecho a una compensación inmediata y proporcionada en caso de denegación de embarque con independencia del modo de transporte empleado.

### 3. Derecho a la movilidad: Los viajeros con movilidad reducida y los pasajeros con discapacidad

7. Este derecho de los viajeros a no ser discriminados en el acceso al transporte precisa una atención particular en el caso de los viajeros con discapacidad sea ésta de carácter físico y/o de carácter psíquico. Estos pasajeros deben tener garantizado el acceso al transporte en condiciones esencialmente semejantes a las que tienen el resto de los pasajeros. En este sentido, cabe destacar la labor de la UE que ha aprobado un Reglamento comunitario específico sobre los derechos de los viajeros con discapacidad y movilidad reducida en el transporte aéreo, y en el resto de los modos de transporte se atiende en mayor o menor medida los problemas específicos de los pasajeros con discapacidad en el acceso a los servicios de transporte (Reglamento 1107/2006; arts. 7-15 Reglamento 1177/2010; arts. 19-25 Reglamento 1371/2007; arts. 9-18 Reglamento 181/2011).

8. En los Reglamentos comunitarios se emplea el término de personas con discapacidad o personas con movilidad reducida, que se definen como «toda persona cuya movilidad a la hora de utilizar el transporte se halle reducida por motivos de discapacidad física (sensorial o locomotriz, permanente o temporal), discapacidad o deficiencia intelectual, o cualquier otra causa de discapacidad, o por la edad, y cuya situación requiera una atención adecuada y la adaptación a sus necesidades particulares del servicio puesto a disposición de los demás pasajeros;» (así por ejemplo en el art. 3.15. del Reglamento 1371/2007). Se trata de un concepto suficientemente amplio para poder abarcar las situaciones de hecho que pueden darse, que básicamente se pueden reconducir a supuestos de discapacidad física y/o psíquica, y que requieren en cualquier caso una cierta adaptación del servicio de transporte a las necesidades particulares del pasajero.

9. Se trata de que los pasajeros con discapacidad no sean objeto de discriminación en relación con, fundamentalmente tres aspectos del transporte, la reserva, la adquisición del billete y el embarque o acceso al transporte, tanto al inicio como al final del viaje.

Los viajeros con discapacidad deben poder reservar servicios de transporte sin coste adicional, no sería lícito que se les impusieran costes adicionales. Por ejemplo, tienen que poder reservar un asiento accesible, sin que ello les suponga un coste mayor que reservar un asiento ordinario, y en todo caso la reserva de un asiento accesible no puede equipararse a la elección de un determinado número de asiento que puede conllevar un coste adicional, como señaladamente suele ocurrir en el transporte aéreo *low cost*. Las operadores de transporte deben facilitar la reserva de los servicios de transporte adaptados a las personas con discapacidad sin coste adicional alguno (art. 1 Reglamento 1107/2006; art. 7 Reglamento 1177/2010; art. 19 Reglamento 1371/2007; art. 9 Reglamento 181/2011)<sup>6</sup>.

A su vez, se suele exigir en los Reglamentos comunitarios que los pasajeros con discapacidad y con movilidad reducida notifiquen previamente al operador de transporte su viaje (art. 7 Reglamento 1107/2006; art. 11 Reglamento 1177/2010; art. 24 Reglamento 1371/2007; art. 14 Reglamento 181/2011). La necesidad de una notificación previa no supone un obstáculo, y puede ser más conveniente para el propio usuario al poder tener el operador de transporte mediante este aviso previo el vehículo y la infraestructura más adecuada para las necesidades particulares del pasajero. No obstante, debe facilitarse que dicha notificación previa se pueda hacer mediante sistemas accesibles y sin coste adicional para el viajero<sup>7</sup>. En cualquier caso, la falta de notificación previa no faculta al transportista a negar el acceso al transporte al viajero con discapacidad y con movilidad reducida.

<sup>6</sup> Conviene destacar la indicación de la Comunicación que señala que si para hacer la reserva de asientos accesibles el viajero tiene que hacerlo por teléfono, dicho número debería ser gratuito. Vid. en la Comunicación de la Comisión, p. 5.

<sup>7</sup> La Comisión en la mencionada Comunicación solamente «anima» en concreto a las compañías aéreas a que actualicen sus sistemas de notificación previa para que sean efectivos y eficaces. Vid. en la Comunicación de la Comisión, p. 6.



Igualmente, deben ser accesibles los sistemas de reserva y de información del viaje, al igual que los vehículos de transporte y las infraestructuras como son las rampas, los muelles, las terminales<sup>8</sup>. Se destaca en la Comunicación que no hay normas europeas de accesibilidad en el transporte aéreo y en el acceso desde el muelle en el transporte por vías navegables<sup>9</sup>. Por tanto, en este ámbito se deben adoptar medidas que garanticen los derechos de estos pasajeros.

Precisamente una mayor accesibilidad de los vehículos y de las infraestructuras que los rodean reduce en gran medida la eventual necesidad de acompañamiento de la persona con discapacidad. En este sentido, el transportista no puede negarse a embarcar a una persona con discapacidad, pero puede poner obstáculos como exigir la necesidad de un acompañante, pero eso sí deberá justificarlo en base a razones de seguridad o características físicas del sistema de transporte<sup>10</sup>. En particular, de forma suficientemente justificada el transportista puede exigir la presencia de un acompañante que asista durante el viaje a la persona con discapacidad, y que deberá viajar de forma gratuita o con un coste reducido, esta última opción se admite también en el transporte aéreo sin demasiada justificación (art. 10.4. Reglamento 181/2011; art. 8.4. Reglamento 1177/2010; art.4.2. 1107/2006; art. 19.2. Reglamento 1371/2007). En cualquier caso, esta exigencia debe aplicarse de forma restrictiva. Este tipo de requerimiento resulta discriminatorio para la persona con discapacidad, y tiene un considerable efecto disuasorio en caso de que la persona con discapacidad viaje sola. Especialmente estos efectos se producen en el transporte aéreo debido a la posibilidad de que el acompañante, que exige el transportista, no viaje gratuitamente. De esta forma, no se fomenta la movilidad, la integración social, y sobre todo la autonomía de las personas con discapacidad y/o con movilidad reducida. Sin embargo, la Comisión en virtud de la mencionada Comunicación no se plantea uniformizar esta cuestión, ni critica aun levemente sus efectos discriminatorios para este colectivo de usuarios.

### III. Derecho a una información exacta, oportuna y accesible

#### 1. Planteamiento

**10.** Un derecho esencial del viajero es el derecho a la información sobre el servicio de transporte. Concretamente, el viajero debe tener información sobre sus derechos y obligaciones, sobre la calidad del servicio, así como información específica sobre el viaje y sus características antes de la adquisición del billete, antes y durante el viaje.

Por tanto, las empresas de transporte deben ser transparentes, deben informar adecuadamente a los viajeros sobre el contrato de transporte, su contenido y sus eventuales modificaciones. De esta manera el viajero podrá conocer *ex ante* los riesgos que asume, y lo que puede exigir y esperar del servicio contratado. Por ello, la información que se debe proporcionar al viajero debe ser exacta, oportuna y accesible. La información debe ser veraz, y exacta. El transportista debe coordinarse adecuadamente con el resto de agentes implicados, como puede ser un intermediario, que ha intervenido en la contratación del servicio como una agencia de viajes, y los operadores o administradores de las infraestructuras de transporte como los aeropuertos, las terminales de autobuses etc. El transportista debe proporcionar información sobre el viaje y sus modificaciones a todos los interesados, no cabe que el viajero reciba información contradictoria de cada uno de los intervinientes en la cadena de transporte y no esté seguro de cuál es la información correcta. Se requiere también que la información sea oportuna, esto es, adecuada al servicio requerido y a su destinatario, sea o no consumidor. Igualmente, la información debe ser accesible, las personas con discapacidad tienen que tener la posibilidad de acceder a dicha información<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Vid. en la Comunicación de la Comisión, p. 6.

<sup>9</sup> En la Comunicación se expone la intención de la Comisión de proponer una directiva, la Carta Europea de Accesibilidad, que mejore el acceso de las personas con discapacidad a los mercados de bienes y servicios. Vid. en la Comunicación de la Comisión, p. 6.

<sup>10</sup> Aunque no sería razonable que una razón en este sentido fuese la falta de accesibilidad del vehículo de transporte o de la infraestructura de acceso a él, ya que de lo contrario no se estaría cumpliendo efectivamente el derecho del pasajero de no ser discriminado en el acceso al transporte en estos casos por su discapacidad física y/o psíquica.

<sup>11</sup> Vid. *supra*. II.3.

11. Si el viajero es un consumidor<sup>12</sup>, hecho que no siempre ocurrirá, y como normalmente el viajero suscribe un contrato de transporte formado por condiciones generales predisuestas por el transportista, hay que tener en cuenta la legislación sobre consumo, en especial sobre condiciones generales de la contratación que exige una serie de requisitos no sólo sustantivos, sino también formales para que sean válidas (art. 80-91 RDL 1/2007)<sup>13</sup>.

## 2. Derecho a información sobre el contrato de transporte

12. Los viajeros deben conocer los términos y condiciones del contrato de transporte suscrito antes de la adquisición efectiva del billete. En definitiva, deben conocer sus derechos, obligaciones, las normas de calidad del servicio de transporte, o al menos tener la posibilidad de hacerlo. No se regulan las normas de calidad de los servicios de transporte, ni cómo se deben aplicar, ni tampoco se han previsto consecuencias específicas en caso de incumplimiento de dichas normas de calidad. Únicamente en el Reglamento sobre transporte ferroviario se exige que los operadores informen sobre cómo se aplican las normas mínimas de calidad (art. 28 Reglamento 1371/2007). En este sentido, la Comisión en la Comunicación parece inclinarse por la instauración de un sistema de publicación de las encuestas o estudios sobre las prestaciones de los porteadores y la satisfacción de los usuarios. De esta forma se pretende que los usuarios puedan comparar y elegir con mayor información el operador de transporte, y a su vez fomentar la competencia en base a la calidad del servicio, y facilitar la aplicación uniforme y el control del cumplimiento de las normas de calidad por los organismos nacionales de ejecución<sup>14</sup>. No obstante, es, al menos, dudoso que la publicación de estos estudios y encuestas lograra la consecución de estos objetivos. Los usuarios sólo podrían comparar adecuadamente si las encuestas y/o estudios se hacen con unos parámetros comunes; de lo contrario podría desvirtuarse en gran manera la realidad. Si se establecen parámetros comunes para los estudios y/o encuestas, sí se podría lograr un aumento de la calidad media de los servicios de transporte.

13. Un aspecto que se destaca especialmente en la Comunicación es la información que debe darse al usuario sobre el precio total del billete y los servicios incluidos en él por parte del operador de transporte. En realidad, este es un mero problema de transparencia, es necesario que los usuarios puedan saber con relativa facilidad el coste final del servicio de transporte que pretenden contratar con el fin de que sepan con certeza su coste, y pueden compararlo fácilmente con el servicio ofrecido por otros operadores, favoreciendo así la competencia en el mercado. Sin embargo, en la práctica se producen distorsiones debido a que especialmente en la contratación de los servicios de transporte por internet, sea directamente con el transportista, sea a través de un intermediario, se señala un precio inicial que no se suele corresponder con el precio final, ya que a medida que se avanza en la contratación del servicio se añaden cargos

---

<sup>12</sup> Vid., al respecto, entre otros, S. CÁMARA LAPUENTE, «El concepto legal de «consumidor» en el Derecho privado europeo y en el Derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos», *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 3, Nº. 1, 2011, pp. 84-117, y concretamente en el ámbito del transporte de pasajeros, M. J. GUERRERO LEBRÓN, «Nuevas tendencias en la documentación del transporte aéreo de pasajeros: el billete electrónico» en *Revista de Contratación Electrónica*, nº 38, mayo 2003, p. 73.

<sup>13</sup> El estudio de los requisitos formales y sustantivos que deben cumplir las condiciones generales excede el ámbito de este trabajo. Sobre las condiciones generales y su régimen jurídico, vid. en general Vid., en general, entre otros, J. ALFARO ÁGUILA-REAL, *Condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991; AA.VV., *Comentarios a la Ley de Condiciones generales de la Contratación*, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), Elcano, 1999; A. EMPARANZA SOBEJANO, «La Directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores y sus repercusiones en el ordenamiento español», *RDM*, 1994, pp. 486 y ss.; A. SERRA RODRÍGUEZ, *Cláusulas abusivas en la contratación*, Cizur Menor, Aranzadi, 2º ed., 2002.

<sup>14</sup> Si esas normas de calidad cumplen los requisitos para ser considerados como códigos de conducta (agrupación voluntaria de sus miembros; existencia de un código de conducta aplicable a esos miembros; existencia de un órgano que controle su aplicación y el establecimiento de medidas destinadas a garantizar el cumplimiento de las decisiones de ese órgano), su incumplimiento se puede reclamar en virtud de la legislación sobre competencia desleal (art. 5.2. Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, introducido por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, BOE 31 de diciembre de 2009) si la conducta cumple con los presupuestos exigidos legalmente, esencialmente si es susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico de sus destinatarios. Vid más detalles, en J. MASSAGUER, «Códigos de conducta y competencia desleal: aspectos sustantivos y procesales», *InDret*, 2, 2011, pp. 1-39.

por diferentes prestaciones o circunstancias, como por ejemplo el pago mediante tarjeta de crédito o de débito, o la posibilidad de elegir asiento, que pueden incrementar notablemente el precio inicialmente previsto. Se han intentado corregir este tipo de situaciones solamente en el transporte aéreo, por medio de las normas vigentes sobre transparencia de precios contempladas en el Reglamento 1008/2008, a pesar de que esta circunstancia también se produce en la contratación del resto de los modos de transporte.

Con el fin de corregir esta situación, la Comisión propone en su Comunicación establecer una regulación uniforme para todos los modos de transporte que establezca el contenido, es decir, los servicios que deben incluirse en una tarifa básica, que comprendería «todos los costes operativos indispensables para el transporte de pasajeros (incluidos los relacionados con las obligaciones legales del transportista, por ejemplo en cuanto a la seguridad, la protección y los derechos de los pasajeros) y todos los aspectos esenciales para viajar desde la perspectiva de los pasajeros (tales como la entrega de billetes y tarjetas de embarque o el transporte de un mínimo de equipaje y pertenencias personales)»<sup>15</sup>. Esta eventual solución podría ser efectiva si se delimita adecuadamente ese núcleo duro de servicios básicos de transporte de pasajeros, si bien es cierto que esa tarea es difícil. Además, la existencia de una tarifa básica no eliminaría el problema de transparencia en los precios, ya que hay servicios adicionales, no básicos, pero sí frecuentes y en ocasiones prácticamente ineludibles para el viajero, como, por ejemplo la comisión por el pago con tarjeta. El importe de dicha comisión puede inducir a error al consumidor al comparar distintos operadores y elegir únicamente en base al factor precio. En consecuencia, podría ser una solución más óptima exigir a los operadores que publicaran una tabla de precios por cada servicio de transporte, y en caso de ofertas, indicaran claramente qué servicios concretos tendrían una rebaja y cuáles no. En este sentido, debe destacarse la reciente Directiva sobre los derechos de los consumidores que puede aumentar la transparencia en los precios de los billetes en la contratación por internet. Se prohíbe en la Directiva que haya casillas ya marcadas, y gastos adicionales que no hayan sido de antemano debidamente comunicados a los usuarios. Tampoco se permite que se cobre por el uso de medios de pago como las tarjetas de crédito un importe superior al que se le requiere al operador por su aceptación. Esta segunda medida sería efectiva si los organismos nacionales controlan este aspecto, ya que el usuario no tiene fácil acceso a la información relativa al coste concreto por el uso de los medios de pago<sup>16</sup>.

### **3. Derecho a información en todas las etapas del viaje. En especial, en caso de perturbación**

**14.** El viajero tiene derecho a estar informado antes y durante el viaje de cualquier cambio que pueda producirse respecto a las condiciones inicialmente previstas al contratar los servicios de transporte de pasajeros. Y se debe tratar de una información exacta y puntual. Este segundo aspecto es importante en este momento, ya que la demora en su comunicación al viajero puede ocasionar mayores problemas y costes no solo para el propio viajero, sino también para el operador de transporte. De este modo, en caso de perturbación del viaje, el pasajero puede elegir en su caso otras posibles alternativas, y así el operador evita que el pasajero sufra un mayor daño que puede llegar a tener que compensar posteriormente.

Concretamente el operador deberá informar al viajero de las circunstancias y razones de la perturbación o modificación, de sus derechos como viajero, sobre las alternativas que tiene, y sobre la persona o institución a la que tiene que dirigirse para reclamar lo que corresponda.

Este aspecto concreto del derecho de información del viajero está contemplado en los Reglamentos sobre transporte ferroviario (art. 8 Reglamento 1371/2007), así como en los relativos al transporte por vías navegables y por carretera (art. 20 Reglamento 181/2011; art. 16 Reglamento 1177/2010) con distinto alcance. En el transporte ferroviario se exige acertadamente que la información se facilite lo antes posible (art. 16 y más claramente en el considerando 4 del Reglamento 1371/2007), obligación acorde con el carácter profesional del transportista. En cambio, en el transporte por vías navegables y por carretera se requiere tan solo que se facilite la información a más tardar treinta minutos después de la hora de salida programada (art. 20.1. Reglamento 181/2011; art. 16.1. Reglamento 1177/2010). La

<sup>15</sup> Vid. en la Comunicación de la Comisión, p. 8.

<sup>16</sup> Conviene destacar que se prevé la publicación este mismo año de un estudio sobre la aplicación y efectividad de las normas sobre transparencia de precios de los billetes de avión en el UE. Vid. en la Comunicación de la Comisión, p. 9.

situación es peor en el transporte aéreo, puesto que no se prevé ninguna exigencia concreta al respecto, aun cuando la Comisión en su Comunicación afirma que estudiará la necesidad de adoptar medidas en relación con la transmisión de la información a su debido tiempo en el transporte aéreo.

#### **IV. Derecho a una asistencia inmediata y proporcionada**

##### **1. Planteamiento general**

**15.** Los viajeros en caso de que su viaje tal y como estaba planeado sufra cualquier tipo de perturbación, no deben quedar desprotegidos, sino que el operador de transporte debe velar por ellos, debe asistirlos de forma inmediata y proporcionada a la perturbación sufrida, a su alcance. Pues bien, dentro de este derecho genérico de asistencia se pueden distinguir tres derechos importantes de los viajeros: el derecho al cumplimiento del contrato de transporte; el derecho a recibir asistencia; y el derecho de compensación de los daños y perjuicios ocasionados. Se expondrán a continuación los principales aspectos de cada uno de estos vitales derechos para el viajero en caso de perturbación.

##### **2. Derecho al cumplimiento del contrato de transporte**

**16.** El viajero lógicamente tiene derecho a que se cumpla el contrato de transporte, en otras palabras, a que el transportista cumpla con sus obligaciones, y consecuentemente el viaje se produzca en las condiciones previstas inicialmente. Este derecho cobra sentido especialmente en caso de retraso en la salida o de cancelación en el viaje programado inicialmente.

En caso de este tipo de perturbación, el viajero tiene derecho a que se cumpla el contrato de transporte en la medida de lo posible. Por eso, el transportista debe ofrecerle alternativas al viajero con el fin de afectar en la menor medida posible sus intereses. Concretamente, el viajero tiene derecho a optar entre el reembolso del precio del transporte, o un transporte alternativo que le permita llegar a su destino final tan cerca de la hora programada inicialmente como sea posible (art. 19 Reglamento 181/2011; art. Reglamento 261/2004; art. 18 Reglamento 1371/2007; art. 18 Reglamento 1177/2010). Únicamente en el transporte aéreo y ferroviario se contempla legalmente otra opción que el transportista debe ofrecer al pasajero, como es el cambio de reserva con el mismo transportista, es decir, aplazar el transporte a un momento posterior (art. 6 Reglamento 261/2004; art. 18 Reglamento 1371/2007). En cambio, en el transporte por vías navegables y ferroviario el transportista no tiene una obligación legal de ofrecer esa alternativa al viajero, pero puede ser una posibilidad si el viajero también está de acuerdo con esta opción.

El problema que se da en la práctica, como se reconoce en la propia Comunicación de la Comisión es que en muchas ocasiones los transportistas no ofrecen claramente estas opciones al pasajero. Y este último en muchas ocasiones opta por el reembolso del precio del transporte motivado no sólo por la falta de información sobre la existencia de otras alternativas, sino también por la desconfianza y en ocasiones, debido a la escasa atención e información, enfado con el transportista con el que ha sufrido una perturbación en la programación inicial de su viaje. A su vez, es posible en bastantes ocasiones que al transportista le resulta más beneficioso reembolsar el precio del transporte, que facilitar un transporte alternativo especialmente si es en otro modo de transporte y/o con otra empresa de transporte. Esto puede suceder especialmente en el transporte aéreo y las ofertas de las compañías aéreas *low cost*, cuyos precios son en ocasiones tan bajos que el pasajero no puede costearse con el reembolso el transporte alternativo para conseguir llegar a su destino final, por lo que no resulta muy razonable que el pasajero opte por el reembolso, y no por cualquiera de las otras dos opciones que tiene en caso de perturbación, si es verdaderamente informado de sus derechos.

*De lege ferenda* se debería plantear la necesidad de que el transportista acredite que el viajero ha sido informado adecuadamente de las alternativas entre las que puede elegir y sus condiciones, por ejemplo mediante la cumplimentación de algún formulario tipo en el que figuren claramente las alternativas que tiene.

17. Por tanto, no hay uniformidad en las alternativas que se deben ofrecer legalmente al viajero por parte de los operadores de transporte, y tampoco la hay en cuanto al retraso que conlleva la atribución de este derecho al viajero. Concretamente en caso de transporte ferroviario son 60 minutos (art. 18.2. Reglamento 1371/2007), 90 minutos en el transporte por vías navegables (art. 18 Reglamento 1177/2010), 120 minutos en el transporte por carretera (art. 19 Reglamento 181/2011), y 300 minutos en el transporte aéreo (art. 6 Reglamento 261/2004). Esta divergencia de plazos no se justifica suficientemente por las particularidades de cada modo de transporte, siendo especialmente elevado el umbral en el transporte aéreo<sup>17</sup>.

### 3. Derecho a recibir asistencia

18. El derecho del viajero a recibir asistencia se encuentra en estrecha relación con el derecho anterior al cumplimiento del contrato de transporte. Si el retraso se prolonga más allá de los plazos que se han expuesto en el epígrafe anterior, el transportista no solamente debe ofrecer las alternativas que se han descrito anteriormente, sino que debe prestar una asistencia adecuada y proporcionada al viajero tanto si éste se halla en la terminal, como si se encuentra ya a bordo del medio de transporte.

Esta asistencia en función de las circunstancias de hecho concurrentes puede consistir en proporcionar alimentación y bebidas, acceso a aseos, acceso a lugares con temperatura adecuada y/o alojamiento<sup>18</sup>.

19. Este derecho de asistencia del viajero persiste incluso si el retraso o la cancelación del viaje se deben a circunstancias extraordinarias<sup>19</sup>, en otras palabras, a causas ajenas al transportista, casos de fuerza mayor y/o caso fortuito. No obstante, en el transporte por vías navegables y por carretera sí se restringe la extensión del derecho de asistencia del operador de transporte si el retraso o la cancelación se deben a circunstancias extraordinarias (art. 17 Reglamento 1177/2010; art. 21 Reglamento 181/2011).

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que, aunque el transportista no tenga la culpa del retraso o de la cancelación, tiene un deber accesorio de protección del viajero, de seguridad que no cesa<sup>20</sup>, y que debe incluir proporcionarle asistencia en caso de perturbación sin culpa del viajero. El hecho de que incumplimiento del contrato de transporte no sea imputable al transportista incidirá solamente, en su caso, en la imposibilidad de exigir una compensación por los daños y perjuicios ocasionados<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> Cabe subrayar que en la propia Comunicación de la Comisión se reconoce que en el contexto de la evaluación de impacto de la revisión del Reglamento sobre transporte aéreo se examinará la oportunidad de reducir ese plazo para asimilarlo a los previstos en el resto de los modos de transporte. Vid. en la Comunicación de la Comisión, p. 11.

<sup>18</sup> El derecho de asistencia del viajero concretamente respecto al alojamiento se halla limitado en el caso del transporte por vías navegables (art. 17.2 Reglamento 1177/2010: 80 euros por noche durante un máximo de tres) y por carretera (arts. 8. párr. 2º y 21 Reglamento 181/2011: 80 euros por noche durante dos noches). Esta diferencia entre el transporte por carretera y por vías navegables respecto al transporte ferroviario y aéreo, que no incluyen ninguna limitación (art. 9 Reglamento 261/2004; art. 18 Reglamento 1371/2007), es irrazonable. Además, ni siquiera es lógico, si se tiene en cuenta que en el transporte ferroviario y aéreo la obligación de asistencia del transportista se mantiene aun cuando el retraso se debió a circunstancias extraordinarias, ajenas a la voluntad de la empresa de transporte, al contrario de lo que sucede en el transporte por vías navegables y por carretera que contiene ciertas limitaciones en esos supuestos extraordinarios.

<sup>19</sup> Vid. sobre este concepto *infra*. IV.4.

<sup>20</sup> En este sentido se puede consultar por ejemplo la STS de 6 de noviembre de 2003, que estima la existencia de una obligación de seguridad por parte de la empresa ferroviaria en un caso de lesiones personales.

<sup>21</sup> Los daños ocasionados por el incumplimiento de la obligación de asistencia por parte del transportista se debe reclamar invocando la legislación comunitaria, y no la legislación interna o internacional aplicable que no incluyen este deber de asistencia. Esta es la postura adoptada en relación con el Reglamento 261/2004 sobre transporte aéreo en la STJCE (Sala Tercera) de 13 de octubre de 2011. No obstante, conviene señalar que el incumplimiento de esta obligación de asistencia puede suponer un plus de gravedad en la conducta del porteador, y sí puede llegar a fundamentar una actuación temeraria y con conciencia de la probabilidad de causar un daño que conlleva la pérdida del beneficio de la limitación del *quantum* indemnizatorio en los convenios internacionales aplicables. Igualmente, este incumplimiento puede conllevar la concurrencia de daños, tanto materiales como morales, superiores o extraordinarios, dado que los transportistas deben cumplir estos deberes, aun cuando el pasajero no tenga derecho a una compensación por haberse apreciado la existencia de una circunstancia extraordinaria justificativa del supuesto de responsabilidad. Vid. *infra* IV.4. sobre el carácter de mínimos de la legislación comunitaria y la posibilidad de

20. Los viajeros en no pocas ocasiones tienen problemas para hacer valer su derecho de asistencia, ya que muchas veces se encuentran solos en la terminal sin poder encontrar un representante de la transportista que les proporcione una mínima asistencia. En este sentido, la propia Comunicación de la Comisión estima que los organismos nacionales de ejecución deben velar porque los transportistas establezcan «sistemas efectivos de asistencia a los pasajeros y estén siempre presentes o representados en las terminales cada vez que se produzca un incidente»<sup>22</sup>. Estos sistemas efectivos de asistencia se podrían lograr garantizando que haya, al menos, un representante del operador de transporte en las terminales, que se ocupe realmente de la situación y asista adecuadamente a los viajeros.

#### 4. Derecho a compensación

21. Si el transportista causa unos daños al viajero, éste en principio tiene derecho a una compensación, a una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. Los supuestos de responsabilidad del transportista en cualquier modo de transporte serían básicamente tres: retraso o cancelación, lesiones o muerte del pasajero, y pérdida, avería o retraso en la entrega del equipaje.

En caso de retraso o cancelación, el transportista debe prestar asistencia al pasajero en cualquier caso con las limitaciones descritas en función del modo de transporte y la causa de la perturbación<sup>23</sup>. La prestación de esta asistencia no implica un reconocimiento de responsabilidad, por lo que si la perturbación que causó un retraso más allá de un determinado plazo o una cancelación es atribuible a la culpa del transportista, el viajero tiene derecho a reclamar una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados. Salvo en el transporte ferroviario que hace referencia a que la perturbación sea culpa de un tercero, del viajero o de circunstancias ajenas a la explotación ferroviaria, que el transportista no podía evitar, y tampoco sus consecuencias (art. 26.2. Reglas CIV en el Anexo I del Reglamento 1371/2007), y en el transporte por carretera que se refieren a condiciones meteorológicas extremas o a grandes catástrofes naturales que hacen peligrosa la seguridad del servicio de autobús o autocar (art. 23.2. Reglamento 181/2011), en el resto de los modos de transporte se alude en los Reglamentos comunitarios a que la perturbación se deba a circunstancias extraordinarias (art. 5.3. Reglamento 261/2004; art. 20.4. Reglamento 1177/2010). Este concepto propio de la regulación comunitaria, no se emplea ni en la legislación nacional ni en los convenios internacionales en la materia. Se trata de circunstancias extraordinarias que no podrían haberse evitado, incluso si se hubiesen tomado todas las medidas razonables (por ejemplo, así en el art. 5.3. Reglamento 261/2004). Este concepto de circunstancias extraordinarias se suele estimar que comprende casos de riesgos para la seguridad, condiciones meteorológicas adversas, deficiencias inesperadas en la seguridad del vuelo, decisiones de gestión del tránsito aéreo u otras que pueda adoptar el operador de aeropuertos<sup>24</sup>. En particular, en la Comunicación de la Comisión se destaca que hay casos claros de circunstancias extraordinarias, como el cierre del espacio aéreo europeo en 2010 a causa de la nube de cenizas volcánicas, y otros en los que no es tan simple determinar si se trata o no de una circunstancia extraordinaria. En estos últimos casos, los Tribunales de cada país pueden interpretar de forma diferente supuestos similares, provocando disparidades en la aplicación e interpretación de los Reglamentos comunitarios correspondientes. No obstante, esta disparidad se evita en parte a través de las decisiones del Tribunal de Justicia de las UE<sup>25</sup>, y también

---

obtener una indemnización adicional conforme a la legislación nacional o internacional aplicable si se acreditan perjuicios extraordinarios.

<sup>22</sup> Vid. en la Comunicación de la Comisión, p. 11.

<sup>23</sup> En la Comunicación de la Comisión se señala con motivo de la evaluación de la revisión de impacto del Reglamento sobre transporte aéreo su intención de valorar la proporcionalidad de la carga económica de las compañías aéreas respecto al derecho de asistencia en circunstancias extraordinarias. Vid. en la Comunicación de la Comisión, p. 13. Este propósito está relacionado con lo sucedido en 2010 con la nube de cenizas volcánicas que ocasionó el cierre del espacio aéreo, y supuso la necesidad de que las compañías aéreas asistieran a miles de pasajeros. En cualquier caso, si bien es cierto que la carga económica que recae sobre los operadores en sucesos de esta entidad puede ser excesiva, no debe olvidarse que ésta es la excepción y no la regla general, y el transportista debe tener la obligación de ofrecer un mínimo de asistencia al pasajero aun cuando la perturbación no se produzca por su culpa.

<sup>24</sup> En general, vid., por todos, M. V. PETIT LAVALL, «Contratos sobre la navegación aérea», cit., pp. 5469-5480.

<sup>25</sup> Por ejemplo, en la STJCE de 22 de diciembre de 2008 no se estima circunstancia extraordinaria un problema técnico de la aeronave.

en algunos de estos Reglamentos se citan ejemplos en los considerandos, que pueden ayudar a que se haga una aplicación e interpretación uniforme<sup>26</sup>.

Por su parte, en los casos de muerte o lesiones del pasajero, así como en los supuestos de pérdida, avería o retraso en la entrega del equipaje hay que aplicar esencialmente la legislación interna y los convenios internacionales sobre la materia<sup>27</sup>. En ocasiones se prevén anticipos automáticos determinados en los supuestos de fallecimiento o lesiones personales (como por ejemplo en el art. 13 del Reglamento 1371/2007). En cuanto a los supuestos de pérdida, avería o retraso en la entrega del equipaje, se contemplan normas específicas para los equipos de movilidad de los pasajeros con discapacidad o movilidad reducida, estableciendo fundamentalmente la exclusión del límite resarcitorio (art. 17.2. Reglamento 181/2011; art. 15.2. Reglamento 1177/2010; art. 25 Reglamento 1371/2007), salvo en el transporte aéreo (art. 12 Reglamento 1107/2006)<sup>28</sup>.

**22.** La legislación comunitaria solamente pretende ofrecer una protección mínima y directa a los pasajeros en los casos contemplados. Por eso, prevé tipos normalizados e inmediatos de compensación en función de criterios objetivos como la duración del retraso, el precio del billete o la longitud del trayecto (art. 17.1. Reglamento 1371/2007; art. 7 Reglamento 261/2004; art. 19.1. Reglamento 1177/2010; art. 19.2. Reglamento 181/2011<sup>29</sup>). El viajero no tiene que demostrar que el retraso o la cancelación le han ocasionado daños, sino que simplemente en caso de que concurren los supuestos de responsabilidad contemplados tiene derecho a una compensación en la cuantía predeterminada en el Reglamento correspondiente. Por el contrario, la regulación interna y convencional permite a los pasajeros reclamar una compensación si acreditan daños, y si no llegan a un acuerdo con el transportista, los organismos nacionales de ejecución, sea un Tribunal o un órgano arbitral, deberán evaluar y determinar la indemnización pertinente teniendo en cuenta las circunstancias del caso y los daños acreditados. Tal y como se afirma en la propia Comunicación de la Comisión los dos sistemas jurídicos descritos son autónomos, pero parece olvidar que en ocasiones un mismo supuesto de responsabilidad está contemplado en ambos sistemas como sucede señaladamente con el retraso si supera determinado plazo. En estos casos, cabría que el pasajero obtenga la indemnización normalizada prevista en la legislación comunitaria, y también la correspondiente en virtud de la legislación interna o internacional aplicable, que normalmente requiere acreditar unos daños y que no debe sobrepasar un determinado límite cuantitativo. Esta cuestión solamente se prevé de algún modo en el transporte aéreo, ya que el artículo 12 del Reglamento 261/2004 dice así: «El presente Reglamento se aplicará sin perjuicio de los derechos del pasajero a obtener una compensación suplementaria. La compensación que se conceda con arreglo al presente Reglamento podrá deducirse de la misma»<sup>30</sup>. En base al carácter de protección mínima del Reglamento 261/2004, se estima que mediante la noción de compensación suplementaria se pretende solamente completar la aplicación de las medidas previstas en este Reglamento 261/2004, «de modo que los pasajeros sean compensados por la totalidad del perjuicio que hayan sufrido a causa del incumplimiento, por parte del transportista aéreo, de sus obligaciones contractuales»<sup>31</sup>. Por consiguiente, el pasajero afectado puede

<sup>26</sup> En los considerandos 14-15 del Reglamento 261/2004; en los considerandos 14-19, en especial el considerando 17 del Reglamento 1177/2011. En cualquier caso, la Comisión prevé adoptar medidas que faciliten una aplicación más clara y coherente de esta norma, y así favorecer el derecho de compensación en condiciones equitativas en toda la UE. Vid. en la Comunicación de la Comisión, p. 13.

<sup>27</sup> Vid. al respecto, en general, sobre el contrato de transporte de personas en todos los modos de transporte, G. BERCOVITZ ÁLVAREZ/A. EMPARANZA SOBEJANO/M. IRIBARREN BLANCO/M. V. PETIT LAVALL/L.M. PILOÑETA ALONSO/ I. QUINTANA CARLO, «Contratación del transporte y la navegación», en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Tratado de contratos*, vol. V, Barcelona, Tirant Lo Blanch, 2009.

<sup>28</sup> En la Comunicación de la Comisión se señala expresa y claramente que este vacío en el transporte aéreo debe cubrirse, por lo que parece que en la futura reforma del Reglamento sobre transporte aéreo éste será uno de los cambios más seguros. Vid. en la Comunicación de la Comisión, p. 14.

<sup>29</sup> Sin embargo, en el Reglamento 181/2011 en caso de lesiones personales o fallecimiento, o pérdida o daño del equipaje se prevé en su art. 7.2. límites resarcitorios mínimos.

<sup>30</sup> Sobre el debate en el proceso de adopción del Reglamento 261/2004 en este aspecto, vid. M. J. GUERRERO LEBRÓN, *La responsabilidad contractual...*, cit., pp. 417-421.

<sup>31</sup> Vid. la STJCE (Sala Tercera) de 13 de octubre de 2011, apartado 38.

también reclamar los daños que le ha causado el incumplimiento del contrato de transporte aéreo por parte del porteador conforme a la normativa nacional o internacional aplicable, en este caso, fundamentalmente el CM. Este planteamiento puede producir distorsiones, ya que podría suceder que se compense dos veces el mismo daño, y la indemnización o compensación únicamente debe resarcir los perjuicios ocasionados. Con el fin de evitar estas eventuales situaciones, hay que tener en cuenta dos cuestiones: Las compensaciones previstas en el Reglamento 261/2004 son cuantías fijas que pretenden compensar los perjuicios ordinarios que puede causar un gran retraso, una cancelación o una denegación de embarque. En consecuencia, si el pasajero demuestra unos perjuicios superiores o extraordinarios, éstos pueden ser objeto de compensación suplementaria<sup>32</sup>. Además, se puede aplicar también el segundo inciso del art. 12 del Reglamento 261/2004 que hace referencia a que la compensación lograda en virtud de dicho Reglamento puede deducirse de la compensación suplementaria obtenida conforme a la normativa nacional aplicable, si no es tan clara la existencia de perjuicios superiores a los que se pretende compensar en virtud del Reglamento 261/2004.

## **V. Derecho al cumplimiento efectivo de sus derechos. En particular, un sistema rápido y accesible de tramitación de reclamaciones**

**23.** Debe garantizarse el cumplimiento efectivo de los derechos de los viajeros, ya que de lo contrario la declaración de sus derechos se quedaría en mero papel mojado, cuyo cumplimiento quedaría al arbitrio de los operadores de transporte, una de las partes del contrato.

En este sentido, los problemas que padecen los viajeros son fundamentalmente dos: Por un lado, muchas veces los viajeros no conocen sus derechos, la información facilitada al respecto por los operadores de transporte no siempre es adecuada, bien porque estar en las condiciones generales del contrato, que están impresas en letra pequeña y sin excesiva claridad, bien porque no se facilita esa información al menos de forma exacta y completa. Estas conductas de los operadores de transporte deben sancionarse por las autoridades nacionales de supervisión correspondientes, pero dada la dificultad de vigilar a todos los operadores y el escaso efecto disuasorio que pueden tener las sanciones en operadores de transporte de cierta envergadura, debe insistirse en otras vías. Se trata de que los operadores de transporte tengan incentivos económicos para cumplir con la regulación de los derechos de los pasajeros. Igualmente, la disparidad de criterios entre las distintas autoridades nacionales de supervisión puede conllevar condiciones no equitativas de competencia que deberían evitarse, disparidades que se pueden dar no solo en relación a la zona geográfica, sino también en cuanto a los modos de transporte<sup>33</sup>. En este sentido, los organismos nacionales de supervisión deben facilitar a los viajeros el acceso a una información clara y exacta de sus derechos para que éstos sean conscientes de lo que tienen derecho a reclamar al operador de transporte, especialmente en casos de perturbación.

**24.** Por otro lado, el conocimiento por parte de los viajeros de sus derechos es un presupuesto esencial, pero no es suficiente para procurar su cumplimiento efectivo, con tal fin es necesario que existan mecanismos de reclamación adecuados. Estos mecanismos de reclamación tienen que ser accesibles y rápidos para que realmente no se produzca un efecto disuasorio, y los viajeros reclamen de forma efectiva el cumplimiento de sus derechos ante los operadores de transporte. En este contexto, resulta conveniente que se establezcan plazos para que los operadores de transporte respondan a la primera reclamación del viajero, y lo hagan en un plazo determinado y razonable que no sea excesivamente largo. Acertadamente esta medida se establece en el transporte terrestre y por vías navegables, pero no en el transporte aéreo, siendo precisamente uno de los modos de transporte en que más incidencias se suelen producir<sup>34</sup>. Aparte del establecimiento de plazos, resulta muy conveniente facilitar la presentación de las

<sup>32</sup> Así también en M. V. PETIT LAVALL, «Contratos sobre la navegación aérea», cit., aptdo. 1042.

<sup>33</sup> Esta última perspectiva no se contempla en la Comunicación de la Comisión que se ciñe a la disparidad de criterios en la aplicación e interpretación de las normas comunitarias por parte de los organismos nacionales de cada Estado miembro.

<sup>34</sup> Con motivo de la evaluación de impacto de la revisión del Reglamento sobre el transporte aéreo se afirma en la Comu-



reclamaciones al operador de transporte. En particular, debe permitirse emplear medios más accesibles y económicos para los viajeros, como el correo electrónico u otros medios, usando las tecnologías de la información, prohibiendo a su vez que los operadores de transporte restrinjan los medios posibles para las reclamaciones, limitándolos a medios tradicionales como el fax, el correo certificado o la llamada telefónica, que suponen un coste mayor para los viajeros. Al igual que los operadores de transporte permiten e incentivan el uso de las tecnologías de la información para la reserva, adquisición de los billetes, e información de posibles cambios antes y durante el viaje, deben hacer lo mismo cuando se trata de reclamaciones del viajero. Con tal fin los operadores de transporte deben crear alternativas para presentar reclamaciones de una forma que sea también fiable y segura para ellos, y que sea accesible a cualquier persona, incluidas especialmente las personas con discapacidad o movilidad reducida.

Igualmente, se prevé que los organismos nacionales de ejecución también resuelvan las reclamaciones de los viajeros en un plazo razonable, sin establecer plazos concretos, solamente en el transporte por vías navegables (art. 25.3 Reglamento 1177/2010). Realmente resulta difícil prever plazos determinados para los Tribunales de cada país, mas allá de que se contemplen procedimientos más rápidos en función de, sobre todo la escasa cuantía reclamada<sup>35</sup>. No obstante, las autoridades nacionales correspondientes sí pueden establecer y fomentar sistemas de resolución alternativa de litigios, es decir, métodos extrajudiciales, como son los sistemas arbitrales de consumo. Debido al carácter voluntario de la adhesión a sistemas arbitrales, se debe fomentar su uso, proporcionando incentivos económicos al operador de transportes para que se adhiera. Esto en parte tal vez se podría conseguir si se obligara a los operadores de transporte a proporcionar datos estadísticos sobre el grado de satisfacción de sus usuarios, el número de reclamaciones que han tenido, los motivos y si se han resuelto o no, y en que vía, judicial o extrajudicial<sup>36</sup>. La publicación de dicha información suministraría a los usuarios un factor más o menos relevante a la hora de optar por contratar con uno u otro operador, fomentando de esta forma la calidad de los servicios y el cumplimiento efectivo de los derechos del pasajero por parte del operador de transportes.

## VI. Los derechos de los viajeros en el transporte intermodal

25. La consecución de un transporte intermodal de pasajeros eficiente es uno de los objetivos de la política comunitaria. El logro de esta meta supondría una mayor eficiencia en el desplazamiento de personas que contribuiría a la sostenibilidad del transporte<sup>37</sup>. Se trata de que si el viajero tiene que emplear más de un modo de transporte, esto es, realizar un viaje multimodal, esta circunstancia no suponga una merma en sus derechos, ni una desventaja frente a otros viajeros, que a pesar de que no era la elección más eficiente, han optado por un viaje unimodal con el propósito de evitar las disparidades existentes en las diversas regulaciones aplicables. Asimismo, y curiosamente éste es el único aspecto de la intermodalidad en el transporte de pasajeros que se destaca en la Comunicación de la Comisión, la intermodalidad aumenta la eficacia de la protección de los pasajeros, ya que permite que, en caso de que haya perturbaciones en el transporte y el pasajero lo elija, se facilite un transporte alternativo para que el pasajero pueda llegar a su lugar de destino en el menor tiempo posible, y a su vez el transportista reduzca el tiempo durante el que tiene que prestar asistencia al pasajero<sup>38</sup>.

---

nicación de la Comisión que se estudiará establecer la obligación de las compañías aéreas y de los organismos nacionales de ejecución de tramitar las reclamaciones en un plazo determinado. Vid. en la Comunicación de la Comisión, p. 15.

<sup>35</sup> En este sentido, se cita en la Comunicación de la Comisión el Reglamento (CE) nº 861/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, por el que se establece un proceso europeo de escasa cuantía, DOUE L 199 de 31 julio 2007, p. 1. Vid. en la Comunicación de la Comisión, p. 16.

<sup>36</sup> Desgraciadamente en la Comunicación de la Comisión esta posibilidad de exigir que los operadores de transporte proporcionen más datos estadísticos se valora únicamente en el marco de la evaluación de impacto de la revisión del Reglamento sobre el transporte aéreo, y también para los organismos nacionales de ejecución. Vid. en la Comunicación de la Comisión, p. 15.

<sup>37</sup> La promoción de la intermodalidad constituye otra medida que ayuda a conseguir un importante ahorro de energía (Vid. en este sentido el Libro Verde sobre la eficiencia energética o cómo hacer más con menos COM (2005)265 final).

<sup>38</sup> La Comisión Europea toma en consideración ante todo la crisis provocada por la nube de cenizas en 2010 que paralizó durante días, fundamentalmente el tráfico aéreo de casi toda la UE, y que provocó la imposibilidad de muchos viajeros de llegar a sus lugares de destino mediante el uso de otros modos de transporte en un tiempo razonable.

En este sentido, debe subrayarse que la regulación, tanto nacional e internacional, como comunitaria, sigue teniendo una visión unimodal, y no se contemplan legalmente y de forma uniforme los derechos de los viajeros en el marco de un viaje multimodal. Es más, como se ha comprobado en los epígrafes precedentes, la regulación de los derechos de los viajeros en los distintos modos de transporte solamente guarda algunas similitudes básicas o estructurales, pero que contiene a su vez numerosas diferencias no siempre totalmente justificadas por las particularidades de cada modo de transporte. A pesar de esta situación legal, es vital señalar los derechos básicos y comunes de los viajeros con independencia del modo de transporte empleado, y eso es lo que se trata de hacer en la Comunicación de la Comisión, pero sin ir más allá, ya que no se contempla la elaboración y aprobación de una regulación uniforme de los derechos de los viajeros. Como se ha ido señalando a lo largo de este trabajo, únicamente se prevé reducir las diferencias entre las regulaciones de los distintos modos de transporte en algunos aspectos<sup>39</sup>.

**26.** No solamente deben abordarse los derechos de los viajeros de una forma unitaria e integradora de todos los modos de transporte, sino que también debe procurarse la expedición y el uso de billetes únicos que sirvan para varios modos de transporte. Aun cuando el contrato de transporte es consensual, es decir, se perfecciona por el mero consentimiento, la importancia del billete es innegable, ya que constituye por lo menos una prueba del contrato y de sus condiciones. Si bien los pasajeros no deberían tener dificultades para combinar varios medios de transporte en un mismo trayecto, la tradicional organización por sectores del transporte constituye una barrera para la intermodalidad. Se disuade con excesiva frecuencia a los pasajeros de que combinen distintos medios y modos de transporte en un mismo viaje, y se les plantean dificultades cuando pretenden tener billetes para trayectos intermodales. Por estas razones, la emisión de billetes directos o integrados facilitaría a los usuarios el paso de una red o de un modo de transporte a otro<sup>40</sup>.

En esta dirección, la política comunitaria ha avanzado en la creación de interfaces de información sobre desplazamientos que sean compatibles con independencia del modo de transporte y del país en cuestión. Concretamente se aprobó la Directiva 2010/40/UE del Parlamento Vasco y del Consejo, de 7 de julio de 2010, por la que se establece el marco para la implantación de los sistemas de transporte inteligentes en el sector del transporte por carretera y para las interfaces con otros modos de transporte, DOUE L 207 de 6 de agosto de 2010, p. 1<sup>41</sup>.

## VII. Conclusiones

**27.** Los derechos de los viajeros en cada modo de transporte han sido objeto de atención por la Unión Europea a través de la aprobación de varios Reglamentos directamente aplicables sin necesidad de transposición por parte de cada uno de los Estados miembros. Estos Reglamentos comunitarios pretenden ofrecer una protección mínima y uniforme, complementando de este modo la regulación interna e internacional aplicable al contrato de transporte de pasajeros. Igualmente, se trata de ofrecer una protección más eficaz, directa e inmediata a los viajeros que la que se contempla en el resto de la regulación aplicable. En otras palabras, el propósito de la UE ha sido establecer una serie de derechos y principios comunes en todos los países miembros de la UE, sin perjuicio de que las legislaciones internas amplíen los derechos de los viajeros., y de esta forma contribuir a crear unas condiciones equitativas de competencia entre los operadores de transportes.

<sup>39</sup> Vid. *supra*. II, III, IV y V.

<sup>40</sup> En este sentido, sí que ya hay experiencias prácticas de emisión de billetes integrados en el transporte de viajeros, pero que normalmente se limitan a zonas geográficas determinadas, y normalmente están restringidas al transporte por carretera y en su caso ferroviario de corta y media distancia. Por ejemplo, la tarjeta Lurraldebus en Guipúzcoa o la tarjeta Barik en Vizcaya.

<sup>41</sup> Igualmente, aun solamente en el ámbito del transporte ferroviario, también se puede señalar el Reglamento (UE) n° 454/2011 de la Comisión, de 5 de mayo de 2011, relativa a la especificación técnica de interoperabilidad correspondiente al subsistema «aplicaciones telemáticas para los servicios de viajeros» del sistema ferroviario transeuropeo, DOUE L 123 de 12 mayo de 2011, p. 11.

**28.** A pesar del esfuerzo hecho por las instituciones comunitarias, todavía quedan muchos problemas por resolver adecuadamente, sobre todo, el cumplimiento efectivo de los derechos de los viajeros, y los derechos de los viajeros en un transporte intermodal. La intermodalidad en el transporte de pasajeros es uno de los principales retos para lograr una mayor eficiencia en el sistema de transporte y contribuir a su sostenibilidad. Esta visión unitaria de las infraestructuras y de los servicios de transporte debe ir acompañada de las medidas jurídicas necesarias. En este contexto, la Comisión Europea publicó una Comunicación sobre los derechos de los pasajeros en todos los modos de transporte, que ha sido objeto de análisis primordial en este trabajo. En esta Comunicación se pretenden recoger los derechos esenciales de los viajeros con independencia del modo de transporte empleado, y sin perjuicio de la existencia de derechos adicionales en la legislación sobre consumo, en el resto de la legislación interna y en los convenios internacionales aplicables. Estos derechos de los pasajeros se basan en tres pilares: la no discriminación, una información exacta, oportuna y accesible, y una asistencia inmediata y proporcionada, de los que se derivan, a su vez, diez derechos básicos:

- (1) Derecho a la no discriminación en el acceso al transporte.
- (2) Derecho a la movilidad, en particular, accesibilidad y asistencia sin ningún coste adicional para los pasajeros con discapacidad y/o con movilidad reducida.
- (3) Derecho a la información antes de la compra y en las distintas etapas del viaje, especialmente en caso de perturbación.
- (4) Derecho a renunciar al desplazamiento si el viaje no se lleva a cabo como se había planeado.
- (5) Derecho al cumplimiento del contrato de transporte en caso de perturbación.
- (6) Derecho a obtener asistencia en caso de gran retraso en la salida o en los puntos de conexión.
- (7) Derecho a compensación en determinadas circunstancias.
- (8) Derecho a exigir la responsabilidad de los transportistas con respecto a los pasajeros y a sus equipajes.
- (9) Derecho a un sistema rápido y accesible de tramitación de reclamaciones.
- (10) Derecho a la plena aplicación y al cumplimiento efectivo de la legislación aplicable.

Los viajeros tienen estos derechos con independencia del modo de transporte empleado, pero sus condiciones y sus límites difieren en función del modo de transporte como se ha comprobado a lo largo de este trabajo. Estas divergencias en el régimen jurídico aplicable en cada modo de transporte en no pocas ocasiones no están adecuadamente justificadas por las particularidades que presenta el correspondiente modo de transporte. En consecuencia, todavía queda bastante camino por recorrer para que los derechos de los viajeros sean realmente comunes, y la realización de un viaje multimodal no suponga inseguridad jurídica y aplicación de normas divergentes en función del modo empleado en cada trayecto del viaje.

# ALCANCE DE LA COMPETENCIA EXCLUSIVA DEL REGLAMENTO 44/2001 EN MATERIA DE SOCIEDADES Y PERSONAS JURÍDICAS:

Comentario a la STJCE de 12 mayo 2011 BVG

NATIVIDAD GOÑI URRIZA

*Profesora Titular de Derecho Internacional Privado  
Universidad Pública de Navarra*

Recibido: 11.05.2012 / Aceptado: 16.05.2012

**Resumen:** La sentencia del TJCE de 12 de mayo de 2011, *BVG v. JPMorgan*, C-144/10, resuelve una cuestión planteada anteriormente por la doctrina como es el alcance del foro de competencia exclusiva previsto en el art. 22.2 del Reglamento 44/200. Esto es, si esta disposición se aplica únicamente cuando la materia que regula, la validez de una sociedad o de una decisión de sus órganos, se plantea como objeto principal del litigio o también, cuando esta es alegada, en cualquier momento del proceso, unilateralmente, por una de las partes en un litigio de naturaleza contractual. El Tribunal considera que el foro del párrafo segundo del artículo 22 sólo debe ser aplicado cuando el litigio tiene por objeto la validez de una decisión de sus órganos de los órganos de una sociedad o persona jurídica.

**Palabras clave:** cooperación judicial en materia civil y mercantil, competencia judicial internacional en materia civil y mercantil, Reglamento (CE) n° 44/2001, competencia exclusiva, competencia en materia de litigios relativos a la validez de las decisiones de los órganos de las sociedades, alcance.

**Abstract:** Judgment *BVG v. JPMorgan*, C-144/10, of 12th May 2011, clarify an issue already asked by authors, that is the scope of application of Article 22(2) of Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters. The Court held that Article 22.2 must be interpreted as not applying to proceedings in which a company pleads that a contract cannot be relied upon against it because a decision of its organs which led to the conclusion of the contract is supposedly invalid on account of infringement of its statutes.

**Key words:** judicial cooperation in civil and commercial matters, jurisdiction and enforcement of judgments, article 22(2) of Regulation (EC) No 44/2001, exclusive jurisdiction of the courts of the State in which a company has its seat to adjudicate upon disputes relating to the validity of decisions of the company's organs, scope.

**Sumario:** I. Introducción. II. Planteamiento de los hechos. III. Cuestiones jurídicas. IV. Las diferentes versiones lingüísticas. V. El alcance del foro en materia societaria.

## I. Introducción

1. La sentencia del Tribunal de Justicia en el caso *BVG* es un ejemplo del reto que plantea la interpretación de las normas de competencia judicial internacional del Reglamento 44/2001, que pretende la distribución de los litigios transfronterizos en el Espacio Judicial Europeo. Efectivamente, la búsqueda de la previsibilidad de las normas de competencia judicial internacional a través del establecimiento de

un sistema jerarquizado de competencias, en el que se otorga competencia exclusiva a los tribunales del domicilio de las sociedades y personas jurídicas para los litigios en materia de validez de las decisiones de sus órganos, al mismo tiempo que atribuyendo la competencia a una pluralidad de tribunales de los Estados Miembros en función de la materia objeto del litigio, plantea importantes cuestiones jurídicas como el riesgo de adoptar decisiones contradictorias y, por tanto, limitar la tutela judicial efectiva a nivel internacional<sup>1</sup>.

## II. Planteamiento de los hechos

2. Una filial europea del banco de inversión americano *JPMorgan (JPM)* por un lado, y por otro, *Berliner Verkehrsbetriebe (BVG)*, persona jurídica de Derecho público, domiciliada en Berlín y cuya actividad consiste en prestar servicios de transporte público en el Land de Berlín celebran un contrato en el que se incluye una cláusula de prórroga de la competencia a favor de los tribunales ingleses. En virtud del contrato denominado en la sentencia *contrato JPM Swap*, *BVG* se obliga a pagar a *JPM* hasta 220 millones de dólares americanos, en caso de suspensión de pagos que afectase a determinadas empresas terceras y, en contrapartida, *BVG* recibió una prima que ascendía aproximadamente a 7,8 millones de dólares americanos.

*JPM* y su filial en el Reino Unido inician un procedimiento ante la *High Court of Justice*, órgano competente conforme a los términos del contrato y el art. 23 del Reglamento 44/2001, con el fin de reclamar el pago de una cantidad de 112 millones de dólares americanos a *BVG*. *JPM* sostiene que algunas sociedades terceras incluidas en el contrato *contrato JPM Swap* están en situación de suspensión de pagos y, por tanto, *BVG* debe pagar la citada cantidad. Sin embargo, *BVG* se niega a la realización del pago, por lo que el litigio tiene por objeto, en primer lugar, el pago de la citada cantidad, en concepto de obligaciones de pago de la demandada que se derivan del *contrato JPM Swap*; o la concesión de una indemnización de daños y perjuicios del mismo importe. En segundo lugar, se solicitan una serie de declaraciones al tribunal constatando que *BVG* acordó libremente el contrato, sin basarse en consejos dados por *JPM* y que dicho contrato era, por tanto, válido y ejecutable.

*BVG*, por su parte, contestó al fondo de la cuestión alegando que no tenía obligación de pagar la cantidad reclamada porque fue aconsejada erróneamente por *JPM* y que el contrato no era válido porque había actuado *ultra vires* al celebrarlo y las decisiones de sus órganos que condujeron a la celebración de dichos contratos eran nulas y sin valor ni capacidad de producir efectos. Por otro lado, solicita la inhibición del tribunal inglés porque, a su juicio, los tribunales alemanes tienen competencia exclusiva para conocer del litigio en aplicación del art. 22.2 del Reglamento 44/2001 sobre la competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil. Sin embargo, la *High Court* desestima la solicitud de inhibición. Recurrida esta decisión ante la Court of Appeal y el Tribunal Supremo inglés, este último presenta una cuestión prejudicial ante el TJCE.

Cinco meses después de la interposición de la demanda de *JPM* ante los tribunales británicos, *BVG* interpone un recurso ante el *Landergericht* de Berlín contra la sucursal de *JPM* en Fráncfort del Meno, en la que se solicita, en primer lugar, que declare la nulidad del contrato (*contrato JPM Swap*) debido al carácter *ultra vires* de su objeto. En segundo lugar, si no se estima la primera pretensión, que se ordene la liberación de cualquier obligación contractual a *BVG* por el equivocado asesoramiento

---

<sup>1</sup> Sentencia del TJCE de 12 de mayo de 2011, *BVG v. JPMorgan*, C-144/10 y los comentarios: P. MANKOWSKI, «Keine besondere internationale Zuständigkeit für eine die Gültigkeit von Beschlüssen der Organe einer Gesellschaft nur inzident betreffende Klage („BVG/JP Morgan)»», *Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht*, 2011 pp.343-344; L. IDOT, «Compétence exclusive en matière de sociétés», *Europe*, 2011 Juillet Comm. n° 7 p.39; C. MICHAILIDOU, *Efarmoges Astikou Dikaiou*, 2011, pp.566-568; M. MÜLLER, «Ausschließliche Gerichtszuständigkeit bei möglicher Unwirksamkeit eines Organbeschlusses», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2011, pp.479-481 y R. CARO GÁNDARA, «Acciones impugnatorias de acuerdos sociales versus acciones resarcitorias por incumplimiento del contrato de sociedad, análisis del terreno fronterizo con ocasión de la sentencia TJCE de 2 de octubre de 2008, asunto C-372», *La Ley. Unión Europea*, 31 marzo 2009, pp. 1-6.

recibido por parte de *JPM*, y, en tercer lugar, que se condene a *JPM* a pagar una indemnización de daños y perjuicios.

La demandante alega, que los tribunales alemanes tienen competencia exclusiva en virtud del art. 22.2 del Reglamento 44/2001 y, por tanto, ésta no se ve afectada por el procedimiento iniciado con anterioridad en Inglaterra ni procede la suspensión del procedimiento conforme al art. 27.1 del mismo texto legal. No obstante, el *Landgericht* de Berlín decidió suspender el procedimiento y no estimar el recurso presentado por la parte demandante. De modo que, el tribunal competente, conforme a las normas procesales alemanas, el *Kammergericht* de Berlín, estima que existe una litispendencia entre los procedimientos iniciados en Inglaterra y en Alemania en virtud del art. 27.1 del Reglamento 44/2001 y decide suspender el procedimiento y plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la UE.

### III. Cuestiones jurídicas

3. El tribunal alemán remitente plantea tres cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de los artículos 22.2 y 27 del Reglamento 44/2001 en el marco de un litigio principal que tiene por objeto la nulidad de un contrato debido al carácter *ultra vires* de su objeto en virtud de los estatutos de la sociedad contratante.

En este contexto litigioso plantean las siguientes cuestiones:

- 1º) Se pregunta, en primer lugar, si el foro de competencia exclusiva del art. 22.2 del Reglamento 44/2001 se aplica a los litigios en los que una sociedad opone a la demanda formulada contra ella, en relación a un contrato, la invalidez de las decisiones de sus órganos que condujeron a la celebración de ese negocio jurídico, cuando la invalidez resulta de la infracción de los estatutos de la sociedad.
- 2º) En segundo lugar, si la respuesta a la primera cuestión es afirmativa, el tribunal alemán pregunta si es aplicable la mencionada disposición a las personas jurídicas de Derecho público cuando la validez de sus decisiones debe ser examinadas por los órganos jurisdiccionales civiles.
- 3º) En tercer lugar, se pregunta, si la respuesta a la segunda pregunta es también afirmativa, si el tribunal ante el que se ha planteado la demanda posterior está obligado, en virtud del art. 27 del Reglamento 44/2001, «a suspender el procedimiento cuando se invoque frente a un acuerdo atributivo de competencia que éste es ineficaz debido a la invalidez de la decisión de los órganos de una de las partes conforme a sus estatutos».

4. En todo caso, el Tribunal contesta únicamente a la primera de las cuestiones planteadas porque al ser la respuesta negativa y estar las subsiguientes condicionadas a la primera, devienen sin objeto. Pero para un correcto planteamiento de la cuestión jurídica, antes de iniciar el análisis el Tribunal remitente aclara que las cuestiones se refieren a la aplicación del art. 22.2 en un litigio en el que la sociedad alega que no se le puede oponer un contrato debido a la supuesta invalidez de la decisión de sus órganos que condujeron a la celebración del contrato, por infracción de sus estatutos. Por tanto, dicha alegación se realiza con carácter incidental, porque el litigio principal se refiere a la existencia de un crédito que deriva de un contrato. Por su parte, el tribunal alemán remitente deja meridianamente claro que la cuestión se plantea en el marco de *un examen sólo incidentalmente necesario de la validez de las decisiones de un órgano de una sociedad conforme a sus estatutos*.

5. La duda de interpretación que se responde en esta sentencia había sido ya debatida en términos más generales por la doctrina. Así, los autores ante la imprecisa redacción del art. 22, ya se habían cuestionado si los foros exclusivos se aplican únicamente a las demandas sobre las materias que regula

planteadas a título principal o debían también aplicarse cuando la cuestión se plantea incidentalmente<sup>2</sup>. La mayoría de la doctrina abogaba por la no aplicación del art. 22 a las cuestiones incidentales<sup>3</sup>.

Los argumentos a favor de la interpretación de la aplicación exclusivamente cuando la materia se plantea como objeto principal del litigio hacen referencia a que en algunos Estados miembros la decisión sobre la cuestión incidental no tiene alcance de cosa juzgada, por lo que la cuestión podría volver plantearse ante el tribunal del Estado competente conforme a los foros exclusivos del art. 22<sup>4</sup>. De tal manera que consideran que las acciones que pueden plantearse en virtud de la competencia exclusiva en materia societaria son acciones constitutivas, que crean, modifican o extinguen una situación jurídica relacionada con la sociedad como operador en el tráfico jurídico. Por eso, la seguridad del tráfico requiere centralizar la competencia judicial en los tribunales de un solo Estado y, así, evitar decisiones contradictorias<sup>5</sup>. Otro de los argumentos esgrimidos se refiere a la conveniencia de evitar la carga excesiva o la indefensión que supondría para el demandado no poder oponer como excepción o reconvenir alegando la invalidez de un acuerdo social<sup>6</sup>.

Algunos abogaban, atendiendo a la redacción del art. 25, por la aplicación exclusivamente en el caso de que el litigio tuviera como objeto principal una materia contemplada en el apartado 2 de la disposición y no cuando la cuestión surgiera como cuestión previa o incidental<sup>7</sup>.

#### IV. Las diferentes versiones lingüísticas

6. El Tribunal pone de manifiesto que el debate anterior surge por las diferentes versiones lingüísticas que existen del art. 22, en su apartado segundo, ya que algunas —como la española— incluyen la competencia exclusiva de los tribunales del domicilio de la sociedad o de otras personas jurídicas «en materia de» validez, nulidad o disolución de sociedades o de validez de sus decisiones, en cambio otras versiones lingüísticas —como la alemana o la inglesa— prevén dicha competencia cuando el litigio tiene por «objeto» tal cuestión<sup>8</sup>. La primera de las versiones puede interpretarse en el sentido de que cuando se plantea la validez de una sociedad o de una decisión de sus órganos, tanto a título principal como a título incidental debe aplicarse el art. 22.2 del Reglamento 44/2001, sin embargo, la segunda de las

<sup>2</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, décimosegunda edición, 2011-2012, p. 172; M. VIRGÓS SORIANO/F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, 2ª edición, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 258.

<sup>3</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Art.16» en A.-L. CALVO CARAVACA, *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial internacional y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994, pp: 319-342, en particular , p. 326; y, en particular para el párrafo 2º del art. 22 *vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, décimosegunda edición, 2011-2012, p. 172; G.A.L. DROZ, *Competence judiciaire et effets des jugements dans le marché commun*, Dalloz, Paris, 1972, p. 99 y R. CARO GÁNDARA, *La Competencia judicial internacional en materia de régimen interno de sociedades en el espacio jurídico europeo*, Madrid, 1999, pp. 113-117.

<sup>4</sup> No pareciendo ser este nuestro caso, *vid.* J. NIEVA FENOLL, *La cosa juzgada*, Atelier, Barcelona, 2006, p. 176 y ss.

<sup>5</sup> R. CARO GÁNDARA, *La Competencia judicial internacional en materia de régimen interno de sociedades en el espacio jurídico europeo*, Madrid, 1999, p.113.

<sup>6</sup> M. VIRGÓS SORIANO/F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, 2ª edición, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 258.

<sup>7</sup> L. LIMA PINHEIRO, «Art.22» en U. MAGNUS/P. MANKOWSKI, *Bussels I Regulation*, 2007, pp: 345-365, p. 350. Y el informe *Jenard*, DOCE 5-3-1979, C 59, p. 52. Y el informe *Pocar* al Convenio de Lugano de 2007, DOCE 23-12-2009, C-319, p. 25, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Art.16» en A.-L. CALVO CARAVACA, *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial internacional y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994, pp: 319-342, en particular p. 326 y A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, décimosegunda edición, 2011-2012, p. 172.

<sup>8</sup> Considerando 26. Efectivamente, la versión inglesa dice: *in proceedings which have as their object the validity of the constitution, the nullity or the dissolution of companies or other legal persons ...* y la versión en alemán: *für Klagen, welche die Gültigkeit, die Nichtigkeit oder die Auflösung einer Gesellschaft oder juristischen Person oder die Gültigkeit der Beschlüsse ihrer Organe zum Gegenstand haben, die Gerichte des Mitgliedstaats....*, Para una comparación de las distintas versiones lingüísticas, *vid.* R. CARO GÁNDARA, *La Competencia judicial internacional en materia de régimen interno de sociedades en el espacio jurídico europeo*, Madrid, 1999, pp. 162-164.

expresiones parece indicar que únicamente cuando el objeto del litigio, esto es, se plantea la cuestión con carácter principal, debe aplicarse la disposición.

Las distintas versiones lingüísticas del Reglamento 44/2001 ha provocado numerosas dificultades de interpretación del texto literal de la norma a los jueces nacionales y numerosas solicitudes de interpretación al TJUE. Este ha resuelto las distintas posibles interpretaciones haciendo prevalecer el significado más coherente con la finalidad del Reglamento, su estructura general y el su efecto útil de las distintas disposiciones del mismo<sup>9</sup>.

## V. El alcance del foro en materia societaria

7. El Tribunal aclara el alcance del foro en materia societaria recordando que, según jurisprudencia reiterada, la existencia de distintas versiones lingüísticas de una norma de la Unión Europea no debe impedir la interpretación de forma uniforme. De modo que en caso de discrepancia entre el sentido de los preceptos en diferentes lenguas, deben ser utilizados los criterios hermenéuticos sistemáticos y teleológicos<sup>10</sup>.

8. Atendiendo a la sistemática general del Reglamento 44/2001, el Tribunal de Justicia tiene en cuenta que en su estructura general prevé una regla general, contenida en el art. 2, que confiere competencia a los tribunales del Estado del domicilio del demandado. Y junto a esta regla general contempla unos foros de competencia especiales, enumerados de forma taxativa, que actúan como excepción a la regla general, porque atribuyen competencia a tribunales de un Estado Miembro distinto a los del domicilio del demandado. Por lo que, tradicionalmente, ha interpretado estrictamente dichas excepciones, y, en concreto, el art. 22 del mismo<sup>11</sup>. En dichas ocasiones el Tribunal ha mantenido que no debe interpretarse el foro de competencia exclusiva en un sentido más amplio de lo que requiere los objetivos que la disposición persigue<sup>12</sup>.

9. Pero el Tribunal interpreta, en el caso que nos ocupa, el art. 22.2 atiende, en un primer momento, a la finalidad del Reglamento en su conjunto, esto es, recordando que una de las finalidades del mismo es el establecimiento de unas reglas de competencia previsibles con el fin de garantizar la de seguridad jurídica en el Espacio Judicial Europeo. Y reproduciendo los argumentos de *Hasset*, si se interpreta el art. 22.2 de forma amplia supondría que cualquier litigio, de naturaleza que fuera, contractual, como sucede en el planteado por *BVG*, interpuesto contra una sociedad podría incluirse en su ámbito de aplicación, si ésta, invoca una supuesta invalidez de las decisiones de sus órganos que ha llevado a la conclusión del contrato<sup>13</sup>. Por lo que se atribuiría, de manera unilateral, una competencia exclusiva al foro del domicilio social de la sociedad y eso vulneraría el objetivo de previsibilidad del Reglamento 44/2001. Porque una tal interpretación permitiría que la naturaleza de un litigio, que determina la competencia judicial en el Reglamento 44/2001, varíe en función de la presentación, por una de las partes en el litigio, de una cuestión preliminar en cualquier fase del procedimiento<sup>14</sup>.

10. Por otro lado, en cuanto a las finalidades propias del art. 22.2, hay que recordar que la doctrina ha señalado, por un lado, el vínculo especialmente estrecho entre los litigios y los tribunales

<sup>9</sup> A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Vol. I, décimosegunda edición, 2011-2012, p. 147.

<sup>10</sup> STJCE 20 noviembre 2001, *Aldona*; C- 268/99 y STJCE 27 octubre 1977, *Bouchereau*, C-30/77.

<sup>11</sup> STJCE 2 octubre 2008, *Hassett y Doherty*, C-372/07, apdos. 18 y 19.

<sup>12</sup> STJCE 14 diciembre 1977, *Sanders*, 73/77, Rec. 2383, apdos. 17 y 18; STJCE 2 octubre 2008, *Hassett y Doherty*, C-372/07, apdos. 18 y 19; STJCE 23 de abril 2009, *Draka NK Cables y otros*, C-167/08, apdo. 20 y STJCE 10 septiembre 2009, *German Graphics Graphische Maschinen*, C-292/08, apdo. 27.

<sup>13</sup> STJCE 2 octubre 2008, *Hassett y Doherty*, C-372/07, apdo. 23. Y R. CARO GÁNDARA, «Acciones impugnatorias de acuerdos sociales versus acciones resarcitorias por incumplimiento del contrato de sociedad (Análisis del terreno fronterizo con ocasión de la sentencia TJCE de 2 de octubre de 2001 en el asunto C-372/07, sobre el art. 22.2 del Reglamento (CE) 44/2001)», *La Ley*, 31 marzo 2009, 2063/2009, pp. 1-6.

<sup>14</sup> Considerandos 33-35.



del Estado del domicilio de la sociedad; por otro lado, centralizar de forma exclusiva la competencia de estos litigios en los tribunales de un solo Estado con el fin de evitar decisiones contradictorias<sup>15</sup> y así aumentar la seguridad en el tráfico; en tercer lugar, se consigue reducir el coste de la administración de justicia y asegurar la efectividad de las resoluciones judiciales, y finalmente, se favorece la coincidencia de *forum* y *ius* por lo que se reduce el coste de la administración de justicia y se evitan errores<sup>16</sup>. Pero, no todos las razones tienen el mismo peso, así, cuando no están implicadas formalidades ni requisitos de publicidad o, el hecho de hacer coincidir el foro y el derecho aplicable para resolver la cuestión no es suficiente argumento como para hacer prevalecer el foro exclusivo en materia societaria.

**11.** Por su parte, el Tribunal considera, por un lado, que atribuye competencia a los tribunales del domicilio de la sociedad porque existe un *vínculo especialmente estrecho* entre éstos y los litigios relativos a la validez de las decisiones de sus órganos, pero, ese vínculo no se da cuando los litigios, como los del caso, que tienen naturaleza contractual en los que se plantean esencialmente cuestiones relativas a la validez, interpretación o a la oponibilidad de un contrato<sup>17</sup>. El Tribunal entiende que las cuestiones relativas a la validez de las decisiones previas de los órganos sociales de celebrar los contratos son accesorias y no el principal objeto del litigio, por lo que en esos casos no se da el vínculo especialmente estrecho entre el objeto del litigio, que es contractual, y los tribunales del domicilio de la sociedad que invoca la invalidez de la decisión de sus órganos de celebrar el contrato. Por lo tanto, concluye que no se justifica la aplicación del foro del art. 22.2 a estos litigios<sup>18</sup>. A diferencia de la sentencia *Hasset*, no se precisa en qué consiste ese vínculo especialmente estrecho, al no hacer referencia al examen de las formalidades de publicidad aplicables a una sociedad que se realizan precisamente, en el Estado de su domicilio<sup>19</sup>. Pero el Tribunal va más allá en este caso, porque si bien no se discute que una parte ha impugnado la validez de una decisión de un órgano social con arreglo al Derecho de sociedades aplicable o de las disposiciones estatutarias relativas al funcionamiento de sus órganos —en términos de la sentencia *Hasset*—, sino que exige, además, que las cuestiones relativas a la validez de las decisiones previas de los órganos sociales de celebrar los contratos sean el principal objeto del litigio para que pueda darse el vínculo especialmente estrecho que exige el apartado 2 del art. 22. Por lo que se eleva el estándar de exigencias que debe cumplir el objeto del litigio para que sea aplicable el foro exclusivo en materia societaria.

**12.** Por otro lado, en cuanto a la segunda finalidad específica del art. 22.2 del Reglamento 44/2001 que consiste en centralizar de forma exclusiva la competencia de los tribunales en los litigios relativos a la validez de las sociedades y la validez de las decisiones de sus órganos con el fin de *evitar decisiones contradictorias*, el Tribunal afirma que no se da en ese caso. Efectivamente, al tratarse de dos litigios de naturaleza contractual, que se basan en el mismo contrato, puede aplicarse el artículo 27.1 Reglamento 44/2001 dado que se trata de un caso de litispendencia intracomunitaria y las decisiones adoptadas por el tribunal competente podrán reconocerse y ejecutarse en el resto de los Estados Miembros<sup>20</sup>. Por tanto, entiende el Tribunal *obiter dicta* que se pueden evitar las decisiones contradictorias acudiendo a la disposición de la litispendencia sin necesidad de aplicar el art. 22.2 del Reglamento 44/2001. De tal manera que se consigue, con esta interpretación reducir la incertidumbre que causaría una interpretación más amplia de tal disposición.

Por lo tanto, siempre que se pueda prevenir la contradicción de decisiones utilizando los otros mecanismos previstos en el Reglamento 22/2001, no será necesario acudir al foro de competencia exclusiva en materia societaria. De modo que de la sentencia podemos concluir que, si no se hubiese planteado en Alemania una demanda contractual, en la que se solicita, a título incidental, que se pronuncie sobre la validez de una decisión del órgano societario, sino a título principal sobre la validez del mismo,

<sup>15</sup> STJCE 2 octubre 2008, *Hasset, y Doherty*, C-372/07.

<sup>16</sup> M. VIRGÓS SORIANO/F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional. Litigación Internacional*, 2ª edición, Thomson-Cívitas, Cizur Menor, 2007, p. 264.

<sup>17</sup> Considerando 39.

<sup>18</sup> Considerando 39.

<sup>19</sup> STJCE 2 octubre 2008, *Hasset, y Doherty*, C-372/07, considerandos 21 y 24.

<sup>20</sup> Considerando 41.

no estaríamos ante un caso de litispendencia, y la solución al litigio hubiese sido la misma. Esto es, se hubiera decidido sobre el litigio en el R.U. en materia contractual y sobre la validez del la decisión del órgano societario en Alemania, y eso no hubiese constituido contrariedad de decisiones y el Reglamento no tiene mecanismos para evitar los dos procesos paralelos. Y no afecta a la seguridad en el tráfico, hay identidad de objeto por lo que tampoco se puede evitar el reconocimiento de la sentencia en el Estado de la sede de la sociedad. Pero, en nuestra opinión, si no se hubiese planteado un segundo litigio en Alemania la decisión hubiese debido ser la misma.

Parece que ha pesado en la argumentación del Tribunal, el hecho de que la validez o no del acuerdo societario produce efectos fundamentalmente sobre la validez del contrato y no frente a terceros. Evidentemente, lo que no se plantea el Tribunal, en el caso, es que el tribunal inglés deberá aplicar el Derecho alemán para resolver la cuestión prejudicial de la validez del acuerdo del órgano social que lleva a la celebración del contrato con *JPMorgan*.

Esta interpretación es conforme a lo establecido en el informe *Jenard* que dice explícitamente que debe aplicarse a las acciones relativas *con carácter principal* a la validez, la nulidad o la disolución de las sociedades o personas jurídicas y la validez de las decisiones de sus órganos<sup>21</sup>.

**13.** Esta solución se ha plasmado en la reforma propuesta del Reglamento 44/2001 que redacta de forma distinta el apartado 1º del art. 22 incluyendo que «independientemente de que la cuestión se hubiere suscitado por vía de acción o por vía de excepción», aclarando además, para los traductores para las lenguas alemana y francesa, que utilicen los términos de la sentencia *GAT/LuK*. De modo que, como en el resto de los apartados de la misma disposición no se añade dicha frase se debe interpretar que sólo se aplican cuando la cuestión se hubiere suscitado por vía de acción.

**14.** La solución adoptada por el Tribunal para la competencia exclusiva en materia inscripción de patentes en los registros públicos no es trasladable a la competencia exclusiva en materia societaria, porque la validez de una patente es un presupuesto indispensable para decidir sobre una acción por violación de un derecho de patente, mientras que no es el caso de la validez de una decisión de contratar adoptada por los órganos de una sociedad<sup>22</sup>. Efectivamente, el Tribunal ha calificado la cuestión de accesoria y no de principal objeto del litigio. Además, en el caso *GAT/LuK* existe un riesgo real de decisiones contradictorias porque al multiplicarse los foros se aumenta el riesgo de adopción de resoluciones contradictorias dado que los efectos de las resoluciones que con carácter incidental se pronuncian sobre la validez de una patente se determinan con arreglo a los Derechos nacionales y en algunos Estados miembros dichas resoluciones tiene efectos *erga omnes*<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Informe *Jenard*, DO 1979, C 59, p.1.

<sup>22</sup> Apdo. 46.

<sup>23</sup> STJCE 13 julio 2006, *GAT v. LuK*, C-4/03, apdo. 30.

# ACCIDENTES AÉREOS Y *FORUM NON CONVENIENS*. ALGUNAS CUESTIONES EN TORNO AL ASUNTO HONEYWELL EN ESPAÑA

AURORA HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Cantabria*

Recibido: 07.06.2012 / Aceptado: 15.06.2012

**Resumen:** El objeto de este trabajo no es otro sino analizar las posibles repercusiones que la Sentencia del JPI núm. Barcelona, de 3 de marzo de 2010, en el asunto *Honeywell* pueda tener en la doctrina del *forum non conveniens* en EEUU en un ámbito muy concreto: los accidentes de aviación y la responsabilidad no contractual por productos defectuosos. Para ello no sólo será necesario examinar esta figura propia del mundo anglosajón sino también todas aquellas cuestiones de Derecho internacional privado, presentes en esta resolución, tales como la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para conocer de este tipo de litigios, la determinación del Derecho aplicable a los mismos así como el *statu quo* actual respecto a la aplicación del Derecho extranjero por parte de los órganos jurisdiccionales españoles. Y todo ello, con el único fin de poner de manifiesto como los actuales instrumentos legales comunitarios de DIPr., están al servicio de los aspectos más negativos de la tan alabada doctrina del *forum non conveniens* actualmente en Europa.

**Palabras clave:** accidentes aéreos, *forum non conveniens*, responsabilidad no contractual por productos, Reg. 44/2001, Reglamento Roma II, Convenio de La Haya de 1973, Derecho extranjero.

**Abstract:** The aim of this study is to analyze the possible impact of the First Instance Court Number 34 of Barcelona, Decision March 3, 2010, in Case Honeywell may have on the doctrine of *forum non conveniens* in the U.S. in a very specific area: aircraft accidents and non-contractual liability for defective products. This will require not only consider this typical institution of anglo-saxon world but also all matters of private international law present in this resolution, such as the international jurisdiction of Spanish courts to hear such disputes, the choice of law applicable to them as well as the *statu quo* regarding the application of foreign law by the Spanish courts. This, with the sole purpose of highlighting how the current european community legal instruments of private international law, serve more negative aspects of the so lauded doctrine of *forum non conveniens* in Europe today.

**Key words:** aircraft accidents, *forum non conveniens*; Product Liability, Regulation 44/2001, Rome II Regulation, Hague Product Liability Convention, Foreign Law.

**Sumario:** I. Introducción. II. El asunto Honeywell: hechos y cuestiones jurídicas planteadas. II. Competencia judicial internacional y responsabilidad no contractual por productos defectuosos. 1. La doctrina del *forum non conveniens* en EEUU. 2. Competencia judicial internacional de los tribunales españoles. IV. Derecho aplicable y responsabilidad no contractual por productos defectuosos. 1. El Convenio de La Haya, de 2 de octubre de 1973 sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos. 2. Reglamento Roma II y responsabilidad por productos. V. Aplicación del Derecho extranjero por parte de los Tribunales españoles. VI. Conclusiones.

## I. Introducción

1. En los últimos años la doctrina del *forum non conveniens* en los Estados Unidos se ha convertido en todo un clásico en el ámbito de los accidentes de aviación<sup>1</sup>. En virtud de la misma los tribunales norteamericanos pueden rechazar su competencia judicial para conocer de un determinado litigio por existir una jurisdicción mejor situada para resolver el mismo<sup>2</sup>. El supuesto típico es el siguiente: demandantes extranjeros, familiares de las víctimas de una tragedia aérea que reclaman responsabilidad civil a empresa/s con domicilio en los Estados Unidos de Norteamérica. En tales casos, tal y como se expondrá más adelante, existen altas posibilidades de que los tribunales norteamericanos rechacen su competencia, debiendo los demandantes por tanto acudir a la jurisdicción de otro Estado que muy posiblemente termine aplicando un Derecho más beneficioso para las empresas norteamericanas.

2. Recientemente los tribunales españoles, en concreto, el Juzgado de Primera Instancia núm. 34 de Barcelona, ha dictado una sentencia, con fecha de 3 de marzo de 2010, que trae causa de la aplicación de la doctrina del *forum non conveniens* en EEUU<sup>3</sup>. La importancia de la misma radica, entre otros extremos, en la posible repercusión que la aplicación del Derecho norteamericano al caso concreto pueda tener sobre el *forum non conveniens* al otro lado del Atlántico.

De ahí que el objeto de este trabajo no sea otro sino el de detenernos, partiendo de los hechos que sustentan la *litis*, en aquellas cuestiones que, a parte de la anteriormente mencionada, hacen referencia al núcleo duro del Derecho internacional privado en una materia muy concreta: la responsabilidad extracontractual por productos defectuosos, como son: la determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en este tipo de litigios; el Derecho aplicable a los mismos y la aplicación del Derecho extranjero por parte de las autoridades del foro.

## II. El asunto Honeywell: hechos y cuestiones jurídicas planteadas

3. Los hechos de los que trae causa la sentencia objeto de este estudio son como siguen: El 1 de julio de 2002, a las 21 horas y 35 minutos, se estrelló en las proximidades de *Überlingen/Lago Constanza* (Alemania), el avión Tupolev modelo TU-154M, explotado por la compañía aérea *Bashkirian Airlines* (en lo sucesivo, BAL), en su vuelo charter internacional con origen en Moscú (Rusia) y destino final en Barcelona (España). El accidente se produjo al colisionar esta aeronave durante su vuelo con otro avión, un Boeing modelo B757-200, explotado por la compañía *DHL Airways* (en lo sucesivo, DHL). En el primer avión viajaban sesenta y nueve personas (doce tripulantes y cincuenta y siete pasajeros, en su mayoría niños y jóvenes), todas las cuales fallecieron, y entre las que se encontraban los familiares de los ahora demandantes.

Ambas aeronaves contaban con un TACS o *Traffic Alert and Collision Avoidance System* (Sistema de alerta de tráfico y aviso de colisión). Dicho dispositivo de seguridad, obligatorio en la aviación comercial actual, advierte a las tripulaciones de posibles tráficos conflictivos y en caso de peligro, emite órdenes de evasión (RA o *Resolution Advisory*)<sup>4</sup>. El TACS del Boeing operado por DHL, que despegó de Bergamo (Italia) con destino a Bruselas (Bélgica), emitió una alarma TA (*Traffic Advisory*): «*traffic, traffic*», y 14 segundos después, un RA (*Resolution Advisory*): «*descend, descend*». Simultáneamente,

<sup>1</sup> Ejemplos recientes de esta *praxis* no faltan, *vid.*, entre otros: *Claisse v. The Boeing Co*, No. 09 C 3722, Slip op.(N.D.III. Sept. 28, 2010); *In re Air Crash Disaster over the Mid-Atlantic on June 1, 2009*, MDL No.10-2144-CRB, Slip op. (N.D. Cal. Oct. 4, 2010),

<sup>2</sup> *Vid.* M. HERRANZ BALLESTEROS, *El forum non conveniens y su adaptación al ámbito europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

<sup>3</sup> Ha sido posible acceder al texto íntegro de dicha sentencia, cuya extensión supera los 150 folios, gracias a la colaboración de la abogada Mónica HERVERA IGLESIAS del *Bufete* de Abogados Lebrero & Co.

<sup>4</sup> El TACS funciona normalmente en coordinación con el mismo dispositivo de la aeronave potencialmente en conflicto, de tal manera que en caso de trayectorias potencialmente concurrentes uno de los dispositivos ordena a la tripulación de ascender y el otro dispositivo ordena a la otra aeronave que descienda, con el objeto de aumentar la separación vertical, todo ello mediante avisos resolutorios (RA). Si a pesar de las instrucciones emitidas, las aeronaves persisten en su trayectoria de colisión, el sistema invierte la instrucción mediante lo que se denomina un «*reversal RA*», invirtiendo la orden previamente dada.

el TACS del Tupolev generó un TA «*traffic, traffic*», y pocos segundos después un RA «*climb, climb*». No obstante, el controlador aéreo de Zurich (Suiza) había ordenado segundos antes a este último avión que descendiera. Ante esta información contradictoria, la tripulación del Tupolev decidió descender y fue entonces cuando se produjo la colisión.

El Informe de la investigación oficial del accidente publicado por el BFU (Oficina Federal Alemana para la Investigación de Accidentes Aéreos) estableció como causas inmediatas del accidente dos: 1) el controlador aéreo en Suiza, que había sido contratado por la compañía privada *Skyguide*, no advirtió a tiempo la separación mínima entre los dos aviones. 2) La tripulación del Tupolev siguió la instrucción del controlador de descender y continuó haciéndolo aún después de que la instrucción del TACS le ordenara ascender<sup>5</sup>.

4. El 20 de abril de 2007, los familiares de las víctimas del accidente interpusieron demanda ante los tribunales españoles, concretamente ante el JPI núm. 34 de Barcelona, en reclamación de responsabilidad contra *Honeywell Internacional Inc.*, (en adelante, Honeywell) y *Aviation Communication & Surveillance Systems* (en adelante, ACSS) dos empresas con domicilio en EEUU, en cuanto diseñadoras, fabricantes, vendedoras, distribuidoras y/o responsables del servicio de información, técnico y postventa de los sistemas de seguridad TCAS (*Traffic Collision Avoidance System*) con los que estaban equipados ambos aparatos siniestrados.

Según la parte actora, el sistema TACS adolecía de tres defectos, a saber: 1) el TACS no invirtió las órdenes (*Reversal RA*) cuando debió de hacerlo, y sin embargo no lo hizo, por razones intrínsecas al diseño del mismo, lo que significa que el dispositivo no cumplía los requerimientos mínimos establecidos por la Aviación Civil Americana (FAA), de modo que de haberse producido el «*reversal RA*» el accidente, con toda probabilidad no se hubiera producido; 2) El *software* del dispositivo era defectuoso, limitaba la operatividad del aparato. Hecho éste que los fabricantes sabían desde 1995, y que sin embargo no corrigieron a tiempo. 3) A pesar de que la regulación internacional indica claramente que los avisos RA de los TACS son obligatorios y que en caso de conflicto entre un RA y una orden de tráfico aéreo, como fue el caso, la tripulación debe siempre seguir la instrucción recibida del TACS, el Manual del Piloto del TCAS, elaborado por los codemandados, no realiza esta indicación, no quedando pues claro tras su lectura la prioridad en caso de órdenes conflictivas<sup>6</sup>.

Por todo ello, los demandantes ejercen respecto a la codemandada ACSS, conforme al Derecho del Estado de Arizona, Derecho aplicable según esta parte en virtud del Convenio de La Haya, de 2 de octubre de 1973, sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos (en adelante, CH), dos acciones: la acción por muerte injusta (*wrongful death*) por la que se reclama una indemnización por daños pecuniarios (*economic damages*) y no pecuniarios (*non-economic damages*) y la acción por daños punitivos (*punitive damages*). Contra la codemandada Honeywell ejercen —conforme al Derecho del Estado de *New Jersey*, donde dicha empresa tiene su establecimiento principal—, tres acciones: la acción por muerte injusta (*wrongful death*) por la que se reclama una indemnización por daños pecuniarios (*economic damages*), la acción de supervivencia (*survival damages*) y la acción de daños punitivos (*punitive damages*).

Los codemandados se oponen a la demanda aduciendo, entre otros, los siguientes argumentos: a) falta de legitimación activa de los actores, por no haber probado su condición de legatarios conforme al Derecho aplicable, esto es, el Derecho ruso en virtud del art. 9.8 Cc español<sup>7</sup>. b) En cuanto a la Ley aplicable al fondo del asunto, alegan que no es de aplicación el Convenio de La Haya por no cumplirse su ámbito de aplicación material<sup>8</sup>. Por tanto, habrá que acudir al art. 10.9.1 Cc que establece que las obligaciones no

<sup>5</sup> La investigación también identificó causas sistemáticas que contribuyeron al accidente, incluyendo la falta de estandarización y escasa integración del TACS en los sistemas de control de tráfico aéreo así como instrucciones de manejo inadecuadas por parte de los fabricantes del TACS.

<sup>6</sup> De estos tres defectos solo se consideró probado en juicio el tercero.

<sup>7</sup> Según la demanda actúan como representantes/administradores/ejecutores de la masa hereditaria de cada uno de sus familiares fallecidos, es decir, como herederos *ab intestato* de sus parientes fallecidos, si bien la parte actora no ha probado, de acuerdo con la legislación rusa a la que remite el art. 9.8 Cc español para la sucesión *mortis causa*, tal extremo.

<sup>8</sup> Los demandados sustentan este argumento en dos razones: 1ª) El TACS no es un producto defectuoso en el sentido del Convenio de La Haya de 1973, en tanto que para ser considerado así debe probarse que el daño sufrido ha sido causado por un

contractuales se regirán por «la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho del que deriven». Según los demandados, el Derecho alemán,—país donde tuvo lugar el accidente—. c) En el supuesto de que fuese de aplicación el Convenio de la Haya, no sería aplicable al caso ni el Derecho del Estado de Arizona ni el Derecho del Estado de *New Jersey* sino la legislación rusa de conformidad con el art. 5 b) del citado texto convencional. d) Sin embargo, ante la falta de alegación y prueba del Derecho extranjero procedería la desestimación de la demanda o alternativamente la aplicación del Derecho español. e) Subsidiariamente y para el supuesto de que no se desestimara la demanda, se oponen al fondo del asunto por considerar que el sistema TACS funcionó a la perfección y que el Manual de Piloto era suficientemente claro.

### III. Competencia judicial internacional y responsabilidad no contractual por productos defectuosos

5. El transporte aéreo de pasajeros constituye *per se* una operación comercial intrínsecamente internacional. Los hechos que se acaban de exponer así lo demuestran. El supuesto presenta conexiones con diversos Estados: Rusia, Alemania, Suiza, EEUU y España. De todos ellos, el que presenta menos vínculos con el caso es nuestro país —lugar de destino de uno de los aviones siniestrados—. Cabe preguntarse, por tanto, cómo y por qué los familiares de las víctimas terminan reclamando responsabilidad extracontractual por los daños causados por un producto defectuoso a dos empresas norteamericanas ante los tribunales españoles.

La respuesta a este interrogante se encuentra en la doctrina del *forum non conveniens*, figura esta que pasamos seguidamente a analizar<sup>9</sup>. Pero, en cualquier caso, y una vez hecho esto, habrá que determinar en que casos los tribunales españoles son o no competentes para conocer de este tipo de litigios.

#### 1. La doctrina del *forum non conveniens* en EEUU

6. En la sociedad actual, altamente globalizada, el demandante puede litigar ante una diversidad de foros. Y ante esta situación el demandado, en principio, no puede defenderse. Para corregir esta disfunción algunos países del *common law*, entre ellos EEUU, han desarrollado diversos mecanismos que sirven al demandado para combatir la elección de foro hecha por el demandante<sup>10</sup>.

7. La doctrina del *forum non conveniens* surge en este contexto con la finalidad de otorgar al juez un poder discrecional en virtud del cual decide si asume o rechaza el ejercicio de su competencia para entrar a conocer del litigio. En realidad se trata de un expediente que, en principio, sirve para corregir el foro o criterio de competencia judicial internacional en un caso concreto, dada la escasa vinculación de las partes o el litigio con el territorio donde se presenta la demanda<sup>11</sup>.

---

defecto del producto o por una inadecuada descripción del mismo o de su modo de empleo. 2ª) El TACS no ha provocado el resultado dañoso.

<sup>9</sup> Ya en el año 2004, los familiares de los pasajeros rusos fallecidos, en su mayoría niños, interpusieron diversas demandas en varios Estados de EE UU contra todas las empresas implicadas en la fabricación del TACS, entre ellas Honeywell y ACSS. Por acuerdo entre las partes, los demandantes unificaron todas estas reclamaciones en una única demanda ante el *U.S. District Court of New Jersey*. Inmediatamente los demandados —todos, empresas con domicilio en US— alegaron el *forum non conveniens*, esto es, solicitaron al tribunal norteamericano rechazara su competencia judicial internacional para entrar a conocer de este litigio por existir un foro alternativo mejor situado para resolver el mismo —en nuestro caso, España—. Por sentencia de 5 de julio de 2005, el *US District Court* admitió el FNC, rechazando su competencia a favor de los tribunales españoles. *Faat v. Honeywell Int'l Inc.*, No. Civ. A. 04-4333, at 1-7 (D.N.J. Oct. 5, 2005).

<sup>10</sup> Dentro de estos mecanismos de corte anglosajón cabe incluir además del *forum non conveniens*, que se expone en este trabajo: el *forum conveniens*, que permite al tribunal extender su competencia para conocer de un asunto aun cuando éste no esté muy vinculado con el foro, y las *antisuit injunctions*. Estas últimas son resoluciones judiciales acordadas por jueces anglosajones que contienen una prohibición dirigida a una parte para que no inicie un proceso ante otro tribunal, para la que va aparejada, en caso de incumplimiento una sanción. *Vid.* M. HERRANZ BALLESTEROS, *op. cit.*, pp. 35-48.; M. REQUEJO ISIDRO, *Proceso en el extranjero y medidas anti proceso (antisuit injunctions)*, Universidad de Santiago de Compostela, 2000.

<sup>11</sup> El origen de la doctrina del *forum non conveniens* en los EEUU se encuentra en la sentencia del Tribunal Supremo en el asunto *Gulf Oil v. Gilbert*, 330 US 501, 506-505 (1947). La aplicación de dicha doctrina a los litigios internacionales se plantea por primera vez en el caso *Piper Aircraft Co. v. Reyno* 454 U.S. 25 (1981), considerado el *leading case* de la doctrina moderna del *forum non conveniens* en los EEUU.

8. Para que se pueda aplicar la doctrina del *forum non conveniens* resulta necesario que concurren los siguientes requisitos: 1º) El juez debe de ser competente, esto es, ha de existir una norma de competencia previa que le faculte para entrar a conocer del asunto. 2º) Debe de haber un foro alternativo al que pueda dirigirse el demandante, extremo este que ha de probar el demandado. 3º) Se debe verificar que el segundo tribunal es competente para resolver el litigio, algo que la jurisprudencia norteamericana resuelve condicionando la concesión del *forum non conveniens* al sometimiento del demandado a la competencia del segundo tribunal<sup>12</sup>. 4º) El foro alternativo ha de ser adecuado. Corresponde al tribunal decidir, apreciando los argumentos y pruebas presentadas por las partes y evaluando los intereses públicos y privados en juego, si considera que realmente el foro es adecuado o por el contrario el procedimiento ha de continuar. 5º) Finalmente, en caso de que se admita, el tribunal rechaza (*dismiss*) el conocimiento del asunto si bien bajo el cumplimiento de una serie de condiciones: a) que el demandado se someta a la competencia del segundo tribunal, tal y como se ha señalado anteriormente y; b) que en caso de que el tribunal alternativo decida no entrar a conocer del asunto, el primero retome el mismo<sup>13</sup>.

9. En el análisis de la doctrina del *forum non conveniens* juega un papel especialmente relevante la valoración que realice el juez del conjunto de factores de interés privado (*private interest factor*) y de interés público (*public interest factors*) concurrentes en el litigio. Aunque no existe un *numerus clausus* de tales factores, que deban de ser analizados siempre y en todo litigio, los más relevantes son los siguientes: a) en relación a los factores de interés privado, que afectan a los litigantes cabe incluir el acceso a los medios de prueba, existencia de un proceso obligatorio en caso de no comparecencia del demandado; coste del procedimiento, comparecencia de testigos, posibilidad de vista previa, adecuación del proceso a la acción, y todas aquellas cuestiones prácticas que hacen la resolución de un litigio más fácil, rápida y económica. Adicionalmente se puede tener en cuenta la posibilidad de ejecutar o no la sentencia si es que ésta se obtiene así como los obstáculos o ventajas para acceder a un juicio justo. b) Respecto a los factores de interés público, el tribunal debe considerar las dificultades administrativas, tales como la congestión de la justicia. Además no se debería imponer el deber del jurado a los ciudadanos cuando el litigio no tiene relación con la comunidad. Idea esta que se sustenta en el interés local de tener localizados las controversias que se deciden en el propio foro, en tanto que se les aplicará el propio derecho, evitando con ello la aplicación de las normas de conflicto y con ello el Derecho extranjero<sup>14</sup>.

10. Al margen de los intereses públicos y privados que concurren en el caso, existe otro factor determinante para la aplicación del *forum non conveniens*: que el demandante esté radicado o no en los EE UU. Cuando los demandantes están domiciliados en Estados Unidos y los demandados son extranjeros, existe una presunción favorable sobre la competencia de los tribunales norteamericanos. En el caso inverso, la presunción decae, siguiéndose una línea muy flexible. De tal forma que no se consideran factores determinantes para calificar al foro alternativo como inadecuado: a) ni el hecho de cambio de ley aplicable a no ser que el resultado que aporte sea totalmente insatisfactorio; b) ni la limitación de recursos procesales que existan en el ordenamiento del foro alternativo en relación a los establecidos en el derecho norteamericano<sup>15</sup>.

Esta última distinción determinante a la hora de aplicar el *forum non conveniens* ha sido muy criticada por la doctrina, especialmente en Europa<sup>16</sup>. La razón es obvia: a través de este expediente las

<sup>12</sup> Esta forma de solucionar la verificación de la competencia del segundo tribunal ha suscitado ciertas críticas doctrinales. No sin razón. Primero, porque habría que comprobar si la sumisión se admite como criterio de competencia judicial en el otro Estado, y segundo, en caso de que así fuese y teniendo en cuenta que se compele al demandante a interponer la demanda ante los tribunales de otro Estado, el sometimiento no sería válido por no ser voluntario. *Vid.* M. HERRANZ BALLESTEROS; *op. cit.*, pp. 67 y 68.

<sup>13</sup> Sobre esta figura en los Estados Unidos en general, *vid.*: E. BARRET, «The Doctrine of Forum non Conveniens», 35 *Cal. L. Rev.*, 1947, pp. 380-421; G. B. BORN/D. WESTIN, *International Civil Litigation in United States Courts*, 2ª ed., Kluwer, 1992.; R. A. BRAND, «Comparative Forum Non Conveniens and the Hague Convention on Jurisdiction and Judgments», 37 *Texas Int'l L. J.*, 2002, pp. 467-498; P. HERZOG, «La théorie du forum non conveniens en droit anglo-américain: Un aperçu» *RCDIP*, 1976, pp. 1-40; B. SCHNEIDER, «Le forum non conveniens et le forum conveniens (en droit écossais, anglais et américain)», *RIDC*, 1975, pp. 602-642.

<sup>14</sup> *Vid.* *Gulf Oil v. Gilbert*, 330 US at 508-509.

<sup>15</sup> *Vid.* M. HERRANZ BALLESTEROS, *op. cit.*, pp. 77-81.

<sup>16</sup> *Vid.* C. BERNASCONI/A. GERBEF, «La théorie du forum non conveniens –un regard suisse», *IPrax*, 1994-I, pp.3-10, esp. p. 5; J.-J. FORNER DELAYGUA, *Hacia un convenio mundial el exequatur*, Bosch, Barcelona, 1999, pp. 286-317, esp. p. 310.

empresas norteamericanas quedan inmunes por los hechos acaecidos en el extranjero pero que sin embargo les serían imputables según la ley interna norteamericana. De ahí que pueda afirmarse que una de las premisas que subyace en la alegación del *forum non conveniens* por parte del demandado radicado en EEUU sea la búsqueda de una ley aplicable más beneficiosa<sup>17</sup>.

11. En el caso que sirve de objeto a este trabajo, los familiares de las víctimas del accidente de aviación intentaron litigar en EEUU. De hecho interpusieron una demanda reclamando responsabilidad por daños contra todas aquellas empresas implicadas en la fabricación del TACS, entre ellas Honeywell y ACSS. Como era de esperar, las demandadas, todas con establecimiento principal en EEUU, alegaron la doctrina del *forum non conveniens* ante el *U.S. District Court of New Jersey*. Y dicho tribunal, decidió rechazar su competencia a favor de los tribunales españoles<sup>18</sup>.

Esto explica la importancia de la sentencia del JPI núm. 34 de Barcelona de 3 de marzo de 2010. En ella, como veremos más adelante, el tribunal español resuelve el asunto aplicando Derecho extranjero, concretamente el Derecho del Estado de Arizona y el Derecho del Estado de *New Jersey*. Cabría pensar que dicha decisión supone un cambio en la configuración de la doctrina del *forum non conveniens* en EEUU. Pero para poder afirmarlo habrá que analizar la forma en que el juez español aplicó e interpretó el Derecho extranjero al caso concreto.

## 2. Competencia judicial internacional de los tribunales españoles

12. Para determinar la competencia judicial internacional de los tribunales españoles en materia de responsabilidad no contractual, se ha de estar en primer lugar a lo que dispongan los instrumentos internacionales sobre esta materia, y en su defecto a lo establecido en las normas de producción interna contenidas en el art. 22 LOPJ (art. 96 CE y art. 21 LOPJ).

13. En este ámbito, existe una diversidad de Convenios internacionales y Reglamentos comunitarios que regulan la competencia judicial internacional en relación a sectores específicos. Concretamente por lo que respecta al transporte aéreo de pasajeros hay que mencionar el Convenio de Montreal, de 28 de mayo de 1999 para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional<sup>19</sup>. Dicho convenio sin embargo tiene por objeto regular la responsabilidad del transportista, dejando al margen la posible reclamación que se pudiera efectuar contra el fabricante.

---

<sup>17</sup> Un claro ejemplo de esta situación ciertamente discriminatoria, se encuentra en el asunto *King v. Cessna Aircraft*, (11th Cir. March 27, 2009), 48 *ILM* 823 (2009). Se trató de una colisión de dos aviones ocurrida en el aeropuerto de Milán en la fallecieron 118 personas. Sesenta y nueve personas, demandantes europeos, decidieron litigar ante las autoridades estadounidenses y otros tantos, demandantes norteamericanos, también. Ante esta situación, el tribunal estimó el expediente del *forum non conveniens* a favor de las autoridades italianas para los demandantes europeos y no declinó su competencia para los demandantes norteamericanos. (Vid. Para un comentario de esta sentencia R. ALFORD, «Forum non conveniens an Foreign Plaintiff Treaty Rights», en <http://www.opiniojuris.org>).

<sup>18</sup> Vid. *Faat v. Honeywell Int'l Inc*, No. Civ. A. 04-4333, at 1-7 (D.N.J. Oct. 5, 2005). El Tribunal de Distrito de New Jersey tuvo en cuenta a la hora de calificar como adecuado el foro alternativo, en este caso España, los factores de interés privado y de interés público presentes en el caso. Entre los primeros, fueron decisivos para rechazar la competencia del tribunal el hecho de que en España se hubiese iniciado ya un juicio contra la compañía aérea rusa, de tal forma que sería mucho más fácil acceder a los medios de prueba en aquél foro en tanto que toda la documentación estaba en poder ya del tribunal español. Además la obtención de pruebas en el extranjero resulta más fácil en España que en EEUU y finalmente, la mayoría de los testigos de cargo se encontraban en Europa y las compañías demandadas se habían comprometido a testificar en Europa. Respecto a los intereses públicos a tener en cuenta para fundamentar el *forum non conveniens* fue decisivo el siguiente: el mayor interés por parte de España en resolver el litigio en tanto que uno de los aviones siniestrados tenía por destino aquel país así como el hecho de que se hubiese iniciado un juicio contra la compañía aérea rusa.

<sup>19</sup> *BOE* núm. 122, 20 de mayo de 2004, pp. 19035-19045. Las normas de competencia judicial internacional se encuentran recogidas en los arts. 33 y 49 del mencionado texto internacional. Señalar que también continúa estando en vigor para España, el Convenio de Varsovia, de 12 de octubre de 1929, para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional (*Gaceta de Madrid*, núm. 233, de 21 de agosto de 1931). Dicho convenio internacional también contiene normas de competencia judicial internacional en los arts. 28 y 32.



Por tanto, el texto legal más importante para determinar el tribunal internacionalmente competente es el Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante Reg. 44/2001)<sup>20</sup>.

**14.** El Reg. 44/2001, que entró en vigor el 1 de marzo de 2002 (art. 76) se aplica en todos los Estados miembros de la UE para determinar la competencia judicial internacional en relación a litigios internacionales cuyo objeto principal sea una materia civil o mercantil. El Reg. 44/2001 está diseñado para aplicarse a litigios que están suficientemente conectados con la UE. Conexión esta que vendrá dada normalmente por el domicilio del demandado en un Estado miembro. No obstante, el propio Reg. 44/2001 prevé una serie de supuestos en los que podrá aplicarse el mismo sin que el demandado ni el demandante tengan su domicilio en un Estado miembro: caso de las competencias exclusivas (art. 22 Reg. 44/2001) y sumisión tácita (art. 24 Reg. 44/2001)<sup>21</sup>.

En el caso que dio lugar a la sentencia objeto de este trabajo, la demanda se interpuso el 20 de abril de 2007, el objeto de la misma, —responsabilidad civil por daños—, era materia civil y mercantil a efectos del Reg. 44/2001, pero tanto los demandantes, —familiares rusos de las víctimas del accidente aéreo—, como los demandados —dos empresas con establecimiento principal en EEUU—, carecían de domicilio en España. Por tanto, y teniendo en cuenta que la materia sobre la que versaba el litigio no está reservada a los foros exclusivos de los tribunales de los Estados miembros de la UE (art. 22 Reg. 44/2001), la única norma que podía servir para atribuir competencia judicial internacional al tribunal español era el art. 24 Reg. 44/2001: sumisión tácita. De hecho, los codemandados no impugnaron la competencia.

**15.** Resulta llamativo que supuestos como éste, escasamente vinculados con territorio comunitario, puedan ser resueltos por los tribunales de los Estados miembros de la UE a través del juego de la sumisión tácita (art. 24 Reg. 44/2001). Algo que ha sido duramente criticado por cierto sector de la doctrina<sup>22</sup>.

Es más, cuando los tribunales españoles sólo pueden fundar su competencia judicial internacional en la sumisión tácita de las partes y el demandado comparece sin impugnar la misma, no están obligados a controlar de oficio su competencia (art. 26.2 Reg. 44/2001; art. 36.2 LEC). De ahí que en la sentencia que comentamos, no haya ninguna referencia a la competencia judicial internacional.

**16.** Como ya se ha indicado las dos empresas demandadas no impugnaron la competencia judicial internacional de los tribunales españoles, entre otras razones porque se habían comprometido ante el juez norteamericano a someterse a la jurisdicción española como condición a la concesión del *forum non conveniens* en EEUU. Lo que si hicieron los demandados antes de contestar a la demanda fue solicitar al tribunal español la suspensión del procedimiento por *conexidad internacional*, en virtud del art. 22 del Convenio de Lugano, de 16 de septiembre de 1988, sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> DOCE L 12/1, de 16 de enero de 2001.

<sup>21</sup> Sobre el Reg. 44/2001, *vid.* en general: A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 11ª ed., Comares Granada, 2010, pp. 97-176 y la extensa bibliografía allí citada.

<sup>22</sup> *Vid.* Sobre la polémica doctrinal existente en torno al domicilio de las partes como requisito de la sumisión tácita en el art. 24 Reg. 44/2001, A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol I., 11ªed., Comares, Granada, 2010, pp. 155-156.

<sup>23</sup> BOE núm 251, 20 octubre 1994; corr. De errores BOE núm 8, 10 enero 1995. El Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988 se celebró entre los Estados miembros de las Comunidades Europeas y los Estados miembros de la Asociación Europea de Libre Comercio (EFTA). Está en vigor para España desde el 1 de noviembre de 1994. EL Convenio reproduce literalmente gran parte de las disposiciones del Convenio de Bruselas tiene por principal objetivo permitir a los países de la EFTA que no podían ser parte del Convenio de Bruselas, dado su carácter cerrado, beneficiarse del sistema de competencia judicial y ejecución del resoluciones instaurado por este último instrumento internacional. De ahí que al Convenio e Lugano se le conozca como Convenio paralelo. EL Convenio de Lugano sólo se aplica a las relaciones entre Islandia, Noruega y Suiza entre sí y a las relaciones entre estos tres Estados con los Estados miembros de la UE. El Convenio de Lugano de 1988 ha sido sustituido

17. Con anterioridad a la demanda que dio lugar a la SJPI núm. 34 de Barcelona, de 3 de marzo de 2010, se había interpuesto otra demanda ante los tribunales españoles en reclamación de responsabilidad civil contra la compañía aérea rusa (*Bashkirian Airlines*) y la empresa privada encargada de gestionar el control aéreo en Suiza (*Skyguide*). Los jueces españoles se declararon competentes para conocer de la demanda contra el transportista, sobre la base del art. 28.1 Convenio de Varsovia, pero declinaron su competencia con respecto a la empresa suiza<sup>24</sup>.

El art. 22 del Convenio de Lugano regula la cuestión de conexidad internacional. Por demandas conexas se entiende «las demandas vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que sería oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser inconciliables si los asuntos fueren juzgados separadamente» (art. 22. 3 CLug)<sup>25</sup>.

Se trata por tanto de una noción autónoma propia del Convenio que no tiene por qué coincidir con la que rija en el Derecho procesal interno de los Estados parte. Pero la noción propia de demandas conexas está condicionada por la noción propia de litispendencia, tal y como ha quedado configurada por el TJCE<sup>26</sup>. Hasta tal extremo esto es así que se viene a decir que el concepto de litispendencia ha vaciado de contenido la conexidad. Se produce litispendencia cuando un mismo asunto con identidad de objeto, partes y causa se halla pendiente ante dos tribunales de distintos Estados. Si bien el TJCE ha entendido que la identidad de objeto tiene lugar no sólo cuando ambas demandas tienen el mismo objetivo sino también cuando tienen por objetivo pronunciamientos opuestos o incompatibles<sup>27</sup>. Por tanto, existirán demandas conexas cuando los litigios estén relacionados entre sí pero no exista identidad de partes o identidad de causa.

Además, para que exista conexidad internacional a efectos del art. 22 CLug, las demandas deben de estar pendientes ante órganos jurisdiccionales de distintos Estados partes del CLug.; deben referirse a supuestos cubiertos por el ámbito de aplicación material del CLug., y deben de estar pendientes en primera instancia.

El art. 22 CLug ofrece tres posibles soluciones a la cuestión de las demandas conexas. El tribunal ante el que se presenta la demanda posterior puede: 1º) suspender el procedimiento; 2º) inhibirse a favor del primero, siempre y cuando su ley permita la acumulación de asuntos conexos y de que el tribunal ante el que representa la primera demanda fuere competente para conocer de ambas y; 3º) continuar conociendo del asunto.

En este caso concreto, el tribunal español, se decantó por la tercera solución: decidió continuar conociendo sobre el fondo del asunto por auto de 10 de abril de 2008.

#### IV. Derecho aplicable y responsabilidad no contractual por productos defectuosos

18. Las normas españolas de DIPr más relevantes para determinar la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales son: a) el Reglamento (CE) número 864/2007 del Parlamento Europeo y el Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (Reglamento Roma II)<sup>28</sup>. Pero dicho Reglamento no señala la Ley aplicable a todas las posibles obligaciones

---

por el llamado Convenio de Lugano II, de fecha 30 octubre 2007, en vigor desde el 1 d enero de 2011 . El principal objetivo del Convenio de Lugano II es adaptar las disposiciones de dicho Convenio con las contenidas en el Reglamento 44/2001 (*vid.* Decisión del Consejo UE de 27 de noviembre de 2008). EL Convenio de Lugano II sólo se aplica a las relaciones entre Islandia, Noruega, Dinamarca y Suiza entre sí, y en las relaciones entre estos cuatro Estados con los Estados de la UE.

<sup>24</sup> AP Barcelona (Sección 15ª), Auto núm. 90/2006 de 3 de marzo JUR\2009\176639.

<sup>25</sup> *Vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I., 11ª ed., Comares, Granada, pp. 176-177.

<sup>26</sup> Para conseguir una interpretación uniforme de dicho convenio se celebró un Protocolo en el que se establece que se tendrá en cuenta por parte de los tribunales de los Estados partes la jurisprudencia del TJUE respecto al Convenio de Bruselas.

<sup>27</sup> STJE 8 diciembre 1987, *Gubisch*, STJCE 8 mayo 2003, *Gantner*.

<sup>28</sup> DO núm. L 199, 31 julio 2007. *Vid. ad ex.*, sobre el Reg. Roma II: J. Ahern (Ed.), *The Rome II Regulation on the law applicable to non-contractual obligations: a new international regime*, Nijhoff, Leiden, 2009; A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones contractuales en Derecho internacional privado. El Reglamento Roma II*, Comares, Granada, 2008; S. CORNELOUP (Dir.), *Le règlement communautaire «Rome II» sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, LexisNexis

extracontractuales que pueden plantearse ante los tribunales de los Estados miembros. B) Existen también otros Convenios internacionales e instrumentos legales internacionales que señalan la Ley aplicable a supuestos concretos: daños nucleares, contaminación, accidentes de circulación por carretera. c) Finalmente, el art. 10.9 Cc español designa la Ley aplicable a ciertos supuestos de obligaciones extracontractuales no regulados ni por el Reglamento Roma II ni por otros Convenios ni textos legales internacionales<sup>29</sup>.

19. En España, la responsabilidad extracontractual por daños derivados de productos defectuosos no se rige ni por Reglamento Roma II ni por el art. 10.9 Cc, sino por el Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre Ley aplicable a la responsabilidad por productos, en vigor desde el 1 de febrero de 1989<sup>30</sup>. Según el art. 28. 1 Reg. Roma II prevalecen sobre el Reglamento, los Convenios internacionales anteriores al mismo en que sean parte uno o más Estados miembro y que regulen los conflictos de leyes en materia de obligaciones extracontractuales. Tal es el caso del Convenio de La Haya de 1973.

20. Se trata por tanto de analizar sucintamente como se soluciona el problema de la determinación del Derecho aplicable a la responsabilidad por productos en ambos textos internacionales. Y ello con la finalidad de exponer la incidencia que cada uno de ellos pueda llegar a tener en la doctrina del *forum non conveniens* en EEUU.

## 1. Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre Ley aplicable a la responsabilidad por productos

21. El Convenio de La Haya tiene por objeto determinar la Ley aplicable a la responsabilidad de los fabricantes de productos acabados o de componentes, productores de productos naturales, proveedores de productos y otras personas, comprendidos los reparadores y almacenistas, que intervienen en la cadena comercial de reparación y de distribución de un producto, por los daños causados por un producto (art. 1). No se aplica a los daños producidos por un producto si éste ha sido transferido al destinatario final por la persona a la que se imputa la responsabilidad. En este caso, dicha responsabilidad será contractual, y se regirá por la Ley aplicable al contrato de que se trata (art. 1).

22. El Convenio de La Haya de 1973 presenta carácter *erga omnes*, esto es, se aplica incluso si la Ley aplicable en virtud del Convenio no es la de un Estado contratante (Art. 11). Además se aplica con independencia de cual sea la jurisdicción o la autoridad que haya de conocer del asunto (art. 1).

23. El Convenio de La Haya contiene las siguientes normas para determinar la Ley aplicable a la responsabilidad extracontractual por daños derivados de los productos: a) una regla general (art. 4); b) excepciones a la regla general (art. 5); c) una regla residual (art. 6), y d) una «cláusula de comercialización» que sirve para excepcionar todo el sistema (art. 7)<sup>31</sup>.

Lítec, Paris, 2008; A. DICKINSON, *The Rome II Regulation. The Law Applicable to Non-Contractual Obligations*, Oxford University Press, Oxford/New York, 2008. F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «La unificación del Derecho conflictual en Europa: el Reglamento sobre Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»), *La Ley*, año XXVIII, núm. 6798, 11 octubre 2007.

<sup>29</sup> Conviene señalar que la Directiva 85/374/CEE sobre daños causados por los productos no contiene regla alguna sobre su aplicación a casos internacionales. Sólo armoniza las legislaciones nacionales de los Estados miembros sobre esta materia.

<sup>30</sup> BOE núm. 21, de 25 de enero de 1989. Estados parte: Croacia, Eslovenia, España, Ex República Yugoslava de Macedonia, Finlandia, Francia, Luxemburgo, Montenegro, Noruega, Países Bajos y Serbia. *Vid.* M. DE ANGULO RODRÍGUEZ, «El Convenio de La Haya sobre Ley aplicable a la responsabilidad por daños derivados de los productos»; ADC 1974, pp. 9221-940; G: ESTEBAN DE KA ROSA, «La Ley aplicable a la responsabilidad por productos en Derecho internacional privado español», RGD, núm 667, abril 2000, pp. 1-28; I. MILANS DEL BOSCH POTOLES, «La determinación de la ley aplicable a la responsabilidad extracontractual por daños derivados de los productos», en AA.VV, *La responsabilidad internacional*, Alicante, 1990, pp. 453-461; E. C. TORRALBA MENDIOLA, *La responsabilidad del fabricante (aplicación de la ley extranjera y normativa comunitaria)*, Marcial Pons, Madrid, 1997; E. ZABALO ESCUDERO, «La ley aplicable a la responsabilidad por daños derivados de los productos en Derecho internacional privado español», REDI, 1991, pp. 75-107

<sup>31</sup> *Vid.* A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. II, 11ª ed., Comares, Granada, 842-844.

- a) *Regla general* (art. 4): la legislación aplicable será el Derecho interno del Estado en cuyo territorio se haya producido el daño, en el caso de que dicho Estado sea también: (a) el Estado de residencia habitual de la persona directamente perjudicada; o b) el Estado en el que se encuentre el establecimiento principal de la persona a quien se le imputa la responsabilidad, o c) el Estado en cuyo territorio el producto ha sido adquirido por la persona directamente perjudicada<sup>32</sup>.
- b) *Excepciones a la regla general* (art. 5). Se establecen dos: a) Si la persona perjudicada reside en el mismo Estado donde se halla el establecimiento principal de la persona a quien se le imputa la responsabilidad, dicha Ley es aplicable; b) Si la persona perjudicada reside en el mismo Estado en cuyo territorio se ha adquirido el producto, dicha Ley es aplicable.
- c) *Regla residual* (art. 6): Si no pudiera resultar de aplicación ni el art. 4 ni el art. 5, entonces, la cuestión se regulará por el Derecho interno del Estado en donde se halle el establecimiento principal de la persona a quien se le imputa la responsabilidad, o por el Derecho interno del Estado en cuyo territorio se hubiere producido el daño, a elección del demandante.
- d) «*Cláusula de comercialización*» (art. 7). En cualquier caso, no será aplicable ni la legislación del Estado en cuyo territorio se hubiera producido el daño ni la legislación del Estado de residencia habitual de la persona directamente perjudicada, si la persona a quien se le imputa la responsabilidad demuestra que no pudo razonablemente prever que el producto habría de comercializarse en el Estado de que se trate<sup>33</sup>.

24. Corresponde regular a la Ley aplicable determinada en virtud del Convenio de La Haya las siguientes cuestiones: los requisitos y extensión de la responsabilidad; las causas de exención; así como cualquier limitación o partición de responsabilidad; la índole de los daños que puedan dar lugar a indemnización; las modalidades y alcance de la indemnización; la transmisibilidad del derecho a indemnización; las personas con derecho a indemnización por el daño que hayan personalmente sufrido; la responsabilidad del principal por hechos de sus empleados; la carga de la prueba, en la medida en que las normas de la legislación aplicable al respecto pertenezcan al derecho de la responsabilidad; las normas de prescripción y caducidad, fundamentadas en la expiración de un plazo, comprendido el inicio, la interrupción y la suspensión de los plazos (art. 8).

25. También resuelve el Convenio de La Haya un problema que puede suscitar la aplicación de la norma de conflicto: la *remisión a sistemas plurilegislativos* (art. 12). En este sentido, dispone el art. 12 que cuando un Estado conste de varias unidades territoriales en que cada una tenga sus propias normas legales acerca de la responsabilidad por productos, cada unidad territorial será considerada como un Estado a efectos de la determinación de la legislación aplicable.

26. En el asunto Honeywell, existía controversia entre las partes sobre la Ley aplicable al caso. En síntesis, la parte actora consideraba de aplicación el Convenio de La Haya de 1973, en la medida en que basa su demanda en la responsabilidad de las demandadas como diseñadoras, fabricantes, distribuidoras y vendedoras de un producto defectuoso, —el sistema TACS instalado en la aeronave siniestrada—. Contrariamente, ambas demandadas se opusieron a la aplicación de dicho Convenio porque sostenían que el sistema anticolidión TACS no tenía la consideración de producto defectuoso en el sentido del

<sup>32</sup> Se trata de una norma de conflicto que para determinar el Derecho aplicable al supuesto utiliza un punto de conexión por agrupación (*Grouping of Contacts*). Esto es, el punto de conexión de la norma está compuesto por un grupo de contactos de la situación con un país. Este tipo de puntos de conexión permite aplicar la Ley del país más estrechamente conectado con el caso, evitando que sea el juez el que concrete dicha estrecha conexión. Es la propia norma de conflicto la que indica expresamente los estrechos contactos que debe presentar el caso con un país para que la ley de dicho país sea aplicable. Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 11ª ed., Comares, Granada, 2010, pp. 247-248.

<sup>33</sup> Se trata de una «cláusula de previsibilidad» que facilita la exportación de productos, que se vería frenada en el caso de que la Ley de destino del producto fuera aplicable a la responsabilidad de un fabricante extranjero que no puede razonablemente saber ni controlar que los productos que elabora van a ser desplazados a determinados países. Cierta sector de la doctrina a considera dicha cláusula incompatible con el Derecho de la UE, en tanto que comercializar un producto en el Estado miembro significa que el fabricante asume y conoce que el producto puede circular libremente por toda la UE.

citado texto convencional, a saber, el producto ha de ser peligroso, inseguro y además debe de existir una relación de causalidad entre el producto y el resultado dañoso. En ningún caso, cabe considerar como producto defectuoso aquél que no tiene utilidad para el uso al que se encuentra destinando.

27. El JPI núm. 34 de Barcelona considera de aplicación el CH. Y ello porque el objeto del citado texto convencional no es otro sino el de fijar la Ley aplicable a la responsabilidad por «*los daños causados por un producto, comprendidos los derivados de la descripción inexacta del producto o la falta de indicación adecuada de sus cualidades, características o modo de empleo*» (art. 1 CH). No resulta necesario, por tanto, a efectos de aplicación del CH, que el producto sea o no defectuoso o que exista relación de causalidad entre el producto y el daño. Aspectos estos que constituyen el objeto del proceso y que han de ser apreciados conforme al Derecho al que conduzca la aplicación del CH. Por tanto, y a efectos, de determinar si el Convenio es o no aplicable basta que se ejercite una acción sobre la responsabilidad de los fabricantes de un producto acabado o de sus componentes que se considere defectuoso, por los daños que ese producto, en los términos del Convenio, haya causado. De modo que, en base a la Ley aplicable a la que conduzca el Convenio, la parte demandante ha de preparar su demanda y sus pretensiones concretas.

28. En cuanto a la determinación de la concreta norma de conflicto a seguir para resolver el litigio, el tribunal español descarta la alegación efectuada por las codemandas en torno al art. 5 b) CH. Argumento este que sustenta en la equiparación de producto con adquisición de billete y que es desestimado por el mencionado tribunal al considerar que el producto al que se refiere el artículo mencionado es aquel que se considera defectuoso y que eventualmente ha causado el daño por el que se exigen responsabilidades. Por tanto, no siendo de aplicación los artículos 4 y 5 del CH y no habiendo la parte actora basado su reclamación en el Derecho interno del Estado en cuyo territorio se hubiese producido el daño, -Derecho alemán-, se dan las condiciones previstas en el artículo 6 del Convenio, de modo que la Ley aplicable será la del Estado del establecimiento principal del fabricante, que no se discute por las partes es Arizona respecto a la codemandada ACSS y *New Jersey* respecto a Honeywell.

29. Respecto a la excepción de falta de legitimación activa, que sostienen las codemandadas en base a su petición de desestimación de la demanda, hay que tener en cuenta que el art. 8 del CH prevé la extensión del Derecho aplicable a una serie de materias, ente ellas la determinación de «*las personas con derecho a indemnización por el daño que hayan personalmente sufrido*». Por tanto será el Derecho del Estado de Arizona y del Estado de New Jersey el que regule tal cuestión<sup>34</sup>.

## 2. Reglamento Roma I y responsabilidad por productos

30. El texto legal más importante para determinar la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales es el Reglamento Roma II. Dicho Reglamento unifica las normas de conflicto de los Estados miembros en esta materia.

31. El Reglamento Roma II se aplica a las obligaciones extracontractuales incluidas en su ámbito de aplicación material con total independencia de la nacionalidad, domicilio y residencia habitual de las partes implicadas y de los litigantes, y con independencia también de que la Ley aplicable sea la de un

---

<sup>34</sup> Según la Ley de Arizona la acción de muerte injusta que se ejercita contra la codemandada ACSS puede ser planteada por y en nombre del cónyuge superviviente, hijos o padres o en caso de ausencia de todos ellos, en representación del patrimonio del fallecido. Pues bien, teniendo en cuenta que la mayoría de las víctimas eran niños, serán beneficiarios los padres, y en el caso de los fallecidos mayores de la edad sus respectivos cónyuges supervivientes. Esto es también aplicable para la acción de daños punitivos. En relación con la Ley de *New Jersey*, la compensación económica por la muerte de una persona puede obtenerse a través de la acción de supervivencia (*Survival Action*) y/o la acción por muerte injusta (*Wrongful Death Action*). En este caso la parte actora ejerce contra Honeywell ambas acciones, además de la relativa a los *punitive damages*. Respecto a la acción por muerte injusta que busca la compensación por los daños pecuniarios sufridos por los familiares del fallecido como consecuencia de su pérdida, los beneficiarios se presume que son las personas beneficiarias de la herencia intestada del fallecido. En ausencia de esposa y/o hijos, serán los padres del fallecido quienes sean presumidos como beneficiarios de este derecho indemnizatorio

Estado no miembro de la UE.. en consecuencia, las normas de DIPr de producción interna ya no pueden aplicarse a los supuestos regidos por el Reglamento Roma II (art. 3 Reg. Roma II). No obstante, prevalecen sobre el Reglamento aquellos Convenios internacionales anteriores concluidos entre Estados miembros y terceros Estados (art. 28 Reg. Roma II), siempre y cuando dichos convenios se hayan celebrado con anterioridad al 11 de julio de 2007, fecha de la adopción del Reglamento Roma II (Cons. 36 Reg. Roma II). Tal es el caso del Convenio de La Haya sobre ley aplicable a la responsabilidad por productos, que como ya se ha indicado con anterioridad está en vigor para diversos Estados miembros de la UE, entre ellos, España<sup>35</sup>.

**32.** Por tanto, en estas líneas se trata de exponer someramente si en caso de haber sido aplicado el Reglamento Roma II, por haber estado ya en vigor y por haberse presentado la demanda ante un Estado miembro que no fuera parte del Convenio de La Haya de 1973, el resultado alcanzado en cuanto a la determinación de la Ley aplicable a la responsabilidad por productos hubiese sido el mismo. Cuestión esta de especial relevancia al hilo de la sentencia de la que trae causa este trabajo, y la especial repercusión que la misma pueda alcanzar en la doctrina del *forum non conveniens* en los Estados Unidos.

**33.** El Reglamento Roma II establece un sistema general de puntos de conexión para determinar la Ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (art. 14 y 4 Reg. Roma II). Junto a este sistema general, el Reglamento Roma II incluye un abanico de reglas especiales que precisan la Ley aplicable a ciertas categorías específicas de obligaciones extracontractuales (Cons. 14 Reg. Roma II). Por tanto, el sistema general no opera en relación con estos supuestos especiales sujetos a sus propias normas de conflicto, y entre los que se encuentra la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (Art. 5 Reg. Roma II)<sup>36</sup>.

Tal y como se establece en el mencionado precepto, la Ley reguladora de los daños causados por productos será la siguiente: a) En primer lugar, la Ley de la residencia habitual común de las partes, en los términos establecidos en el art. 4.2 Reg. Roma II. b) En su defecto, la Ley del país en el cual la persona perjudicada tuviera su residencia habitual en el momento de producirse el daño, si el producto se comercializó en dicho país. c) En defecto del criterio anterior, la Ley del país en que se adquirió el producto, si éste se comercializó en dicho país. d) En su defecto, la Ley del país en que se produjo el daño, si el producto se comercializó en dicho país. e) No obstante, la ley aplicable será la del país en el que tenga su residencia habitual la persona cuya responsabilidad se alega si este sujeto no pudo prever razonablemente la comercialización del producto o de un producto del mismo tipo en el país cuya ley sea aplicable con arreglo a las letras a), b) o c) del art. 5 Reg. Roma II. f) «*Cláusula de escape*». Si del conjunto de las circunstancias se desprende que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país distinto del indicado en el art.5 1 Reg. Roma II, se aplicará la Ley de este otro país (art. 5. 2 Reg. Roma II)<sup>37</sup>.

**34.** La aplicación del art. 5 del Reglamento Roma II a los supuestos de reclamación por parte de demandantes extranjeros —comunitarios o no comunitarios— contra compañías norteamericanas por daños derivados de productos defectuosos en el ámbito de los accidentes de aviación, no conduce —a diferencia del Convenio de La Haya— a Ley del país donde tales empresas tienen su establecimientos principal. Teniendo en cuenta que el art. 5 Reg. Roma II utiliza puntos de conexión jerarquizados, lo habitual será aplicar la Ley del país en el cual la persona perjudicada tenga su residencia habitual, salvo que del conjunto de las circunstancias se desprenda que el hecho dañoso presenta vínculos manifiestamente más estrechos con otro país. En otras palabras, será difícil que estos casos queden regulados por el Derecho de EEUU.

**35.** Por tanto, a la luz de las consideraciones anteriores cabe afirmar que el Reglamento Roma II refuerza la doctrina del *forum no conveniens* en tanto que ésta seguirá siendo alegada por las empresas

<sup>35</sup> Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales...*, op. cit., pp. 83-140

<sup>36</sup> También se establecen normas especiales para los siguientes supuestos: a) competencia desleal y actos que restrijan la libre competencia (art. 6 Reg. Roma II); b) Daño medioambiental (art. 7 Reg. Roma II); c) Infracción de los derechos de propiedad intelectual (Art. 8); d) Acción de conflicto colectivo (art. 9); e) Enriquecimiento injusto (Art. 10); e) Gestión de negocios ajenos (Art. 11) y; f) Culpa in contrayendo (art. 12).

<sup>37</sup> Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las obligaciones extracontractuales...*, op. cit., pp. 185-188.

norteamericanas con la finalidad de escapar a la aplicación de su propio Derecho, y encontrar un ordenamiento jurídico más *laxo* en cuanto a indemnizaciones por daños derivados de productos defectuosos. Objetivo este que se ve alcanzado con la aplicación del mencionado texto comunitario.

## V. Aplicación del Derecho extranjero por parte de los tribunales españoles

**36.** Cuando la norma de conflicto española ordena la aplicación de Derecho extranjero a un litigio por parte del tribunal español, surge la cuestión del tratamiento procesal de tal Derecho extranjero dentro del proceso que se sigue en España.

**37.** La regulación actual de la alegación y prueba del Derecho extranjero se encuentra en el art. 281.2 LEC. Dicho precepto indica lo siguiente: 1º) El Derecho extranjero debe ser probado; 2º) Ha de probarse el contenido y la vigencia del Derecho extranjero; 3º) Como regla general, la prueba del Derecho extranjero se practica a instancia de parte (art. 282 LEC), pero el tribunal puede utilizar los medios de averiguación del Derecho extranjero que considere necesarios para su aplicación (art. 281.2 LEC); 4º) EL Derecho extranjero no es un hecho procesal.

**38.** En cualquier caso, nada dice el art. 281.2 LEC sobre determinados aspectos de especial importancia como: 1º) El régimen jurídico de la alegación del Derecho extranjero y las consecuencias de una falta de alegación del mismo; 2º) El momento procesal oportuno para probar el Derecho extranjero; 3º) La lista de medios de prueba del Derecho extranjero a utilizar por las partes; 4º) Las consecuencias de la falta de prueba del Derecho extranjero; 5º) Las consecuencias de la imposibilidad de prueba del Derecho extranjero. Por tanto, deberán ser los tribunales españoles los que proporcionen respuestas a las cuestiones no reguladas en la LEC. Nada que objetar al respecto si no fuese porque no existe a día de hoy una línea jurisprudencial ni doctrinal uniforme al respecto, con la consiguiente inseguridad jurídica que se deriva de ello.

**39.** La sentencia del JPI núm. 34 de Barcelona, de 3 de marzo de 2010 es fiel reflejo de ello. Y ello, por dos razones: de un lado por los argumentos utilizados por los demandados en su escrito de oposición a la demanda en este aspecto concreto, y de otro, por la aplicación que realiza el juez español del Derecho extranjero al caso concreto.

**40.** Respecto al primero de ellos, baste recordar que según los demandados procedía aplicar a este caso concreto el Derecho alemán, ordenamiento jurídico al que conduce art. 10.9.1 Cc español, -según el cual, las obligaciones no contractuales se regirán por «*la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho del que deriven*». En cualquier caso, y en el supuesto de que se aplicase el Convenio de La Haya, no sería aplicable el Derecho de los Estados de Arizona y New Jersey sino la legislación rusa de conformidad con el art. 5 b) CH. Sin embargo, y según los demandados, ante la falta de alegación y prueba del derecho extranjero, —Derecho alemán o Derecho ruso—, solicitan la desestimación de la demanda o alternativamente la aplicación del Derecho español.

**41.** Tras esta argumentación jurídica, que busca escapar por todos los medios a la aplicación del Derecho norteamericano, late el problema del *régimen de la alegación del Derecho extranjero y las consecuencias jurídicas de la falta de alegación* en Derecho internacional privado español. Respecto a este extremo el legislador guarda silencio. Esta laguna está siendo colmada por los tribunales españoles de diferente manera: a) bien desestimando la demanda, cuando las partes fundamentan sus pretensiones en un Derecho distinto de aquél que rige el supuesto con arreglo a la norma de conflicto española (art. 218 II LEC; art. 12.6 Cc español), b) bien aplicando el Derecho español, solución esta apoyada por el TS durante más de un siglo<sup>38</sup>.

<sup>38</sup> Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 11ª ed., Comares, Granada, pp. 317-349.

Pero, en este caso concreto, resultaba de aplicación el Convenio de La Haya de 1973, tal y como quedó confirmado por el JPI, y más concretamente el Derecho del Estado de Arizona y el Derecho del Estado New Jersey (art. 6 CH). Y conforme a tales sistemas legales fundamentó la parte actora su pretensión.

42. Ahora bien, el Derecho extranjero debe probarse. Al tratarse de una cuestión procesal, ésta queda regida por la Ley que rige el proceso (art. 3 LEC. *Lex fori Regit Processum*). En consecuencia, sólo cabe utilizar los *medios de prueba* admitidos en el Derecho español cuando se trata de probar el Derecho extranjero ante los tribunales españoles. Ahora bien, el art. 281. 2 LEC no especifica qué concretos medios de prueba deben o pueden emplearse para probar el Derecho extranjero, existiendo en este sentido plena libertad de medios probatorios. Por tanto, pueden emplearse todos los medios, instrumentos y herramientas técnicas que, por su propia naturaleza, sean adecuadas para acreditar el contenido y vigencia del Derecho extranjero. Las partes no están obligadas a utilizar varios mecanismos de prueba cumulativamente, ni a emplear determinados medios de prueba. Si bien en la práctica, los medios de prueba más utilizados por los particulares son los documentos públicos (art. 317 LEC)<sup>39</sup> y/o la prueba pericial consistente en un informe elaborado por expertos en el Derecho extranjero (art. 335 LEC). También cabe que las partes recurran a un testigo-perito o *Expert Witness* (art. 370.4 LEC). Para acreditar el Derecho extranjero en el asunto Honeywell, las partes recurrieron a informes de expertos y al testimonio de peritos.

43. Respecto al *objeto de la prueba del Derecho extranjero*, el art. 281.2 LEC sólo indica que hay que probar el contenido y la vigencia. Extremo este que ha hecho surgir dos tesis: a) *Tesis de la prueba mínima*. Según esta, debe probarse exclusivamente el contenido y vigencia, tal y como indica el art. 281.2 LEC. b) *Tesis de la prueba exhaustiva*. Si la intención del legislador es que el juez español aplique Derecho extranjero tal y como lo haría el juez extranjero, debe exigirse un apueba exhaustiva del Derecho extranjero, sólo así se podrá garantizar que el juez español falle el asunto del modo más aproximado a cómo lo haría el tribunal de ese Estado extranjero. Para conseguir tal objetivo resulta necesario acreditar junto al contenido y vigencia del Derecho extranjero, la aplicabilidad al caso concreto y la interpretación concreta de sus normas<sup>40</sup>.

44. Pues bien, en la sentencia del JPI núm 34 de Barcelona, de 3 de marzo de 2010, el juez español resuelve aplicando al caso concreto: responsabilidad por daños derivados de productos defectuosos- el Derecho del Estado de Arizona y el Derecho de Estado de New Jersey-, pero lo hace de forma distinta a como lo hubiese aplicado un juez en aquellos dos Estados de EEUU. El tribunal español, en este caso concreto, se decanta por la tesis de la prueba mínima, e interpreta y aplica el Derecho extranjero sin tener en cuenta cómo hubiese actuado un tribunal norteamericano en tal supuesto. Esto explica que a pesar de aplicar Derecho de EEUU en materia de daños, se viese rebajada sustancialmente la cantidad económica reclamada en concepto de indemnización. Y ello porque el juez español consideró fundamental a la hora de aplicar los sistemas legales considerados el medio de vida existente en Rusia, país de residencia habitual de los familiares de las víctimas.

Nos llegan noticias desde el otro lado del Atlántico que afirman que de haber conocido de este asunto un tribunal norteamericano y de haberse aplicado el Derecho de aquel país, la indemnización reclamada por los familiares de las víctimas hubiese sido mucho mayor<sup>41</sup>. Dato que sólo cabría confirmar desde España mediante una prueba exhaustiva del Derecho extranjero.

<sup>39</sup> Los documentos públicos (art. 317 LEC) más utilizados en la práctica forense para acreditar el Derecho extranjero son: 1º) Las certificaciones expedidas por funcionarios diplomáticos o consulares extranjeros acreditados en España, que deben presentarse legalizados y traducidos a idioma oficial español (art. 323.3 y art. 144 LEC); 2º) Las certificaciones expedidas por funcionarios diplomáticos o consulares españoles acreditados en el Estado cuyo ordenamiento jurídico se trata de probar.

<sup>40</sup> Vid. A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, vol. I, 11ª ed., Comares, Granada, pp.334-336.

<sup>41</sup> Vid. S. STEGICH/J. E. DEMAY, «Bashkirian Airlines Flight 2937-DHL Airways Flight 611 Mid-Air Collision: A Spanish Court applies U.S. Law to determine liability and damages – A paradigm shift as to *Forum non conveniens* or much ado about nothing?», *Condon & Forsyth LLP*, Special edition Spring 2010, <http://www.condonlaw.com>



## VI. Conclusiones

45. La doctrina del *forum non conveniens* tal y como ha quedado configurada en EEUU presenta ventajas e inconvenientes. Como aspectos positivos cabe destacar que se trata de un mecanismo corrector de las normas de competencia judicial internacional, de tal forma que permite a los tribunales de un Estado declinar su competencia a favor de la jurisdicción de otro país más vinculado con el asunto. También actúa como límite al *Forum Shopping*, sirviendo como mecanismo de defensa al demandado. Pero al mismo tiempo presenta inconvenientes, especialmente en un ámbito muy concreto: los accidentes de aviación y la responsabilidad por productos defectuosos. La doctrina del *forum non conveniens* protege a los demandados con domicilio en aquel país frente a demandantes extranjeros. Sirve en definitiva para escapar de la aplicación del Derecho del foro a sabiendas que una vez interpuesta la demanda ante los tribunales de otro Estado, éstos aplicaran sus propias normas de conflicto que remitirán la regulación del asunto a un ordenamiento jurídico que con toda probabilidad no será el de EEUU.

46. Este aspecto negativo de la doctrina del *forum non conveniens* lejos de ser mitigado por el actual Derecho internacional privado comunitario, y más concretamente por el Reg. 44/2001 y el Reglamento Roma II, resulta reforzado. En cuanto al primero de ellos, baste señalar que la no exigencia de conexión con territorio comunitario como requisito de aplicación del foro de sumisión tácita (art. 24 Reg. 44/2001) otorga competencia judicial internacional a los tribunales de los Estados miembros, permitiéndose con ello que un litigio poco o nada vinculado con la UE sea resuelto por nuestros órganos jurisdiccionales, e impidiéndose al mismo tiempo con ello que el asunto retorne al tribunal de EEUU que concedió el *forum non conveniens*. Algo que no deja de ser cuando menos paradójico: queremos para nosotros lo que otros no quieren para sí mismos.

47. Cabría esperar que aún siendo competentes los tribunales de los Estados miembros de la UE para conocer de este tipo de litigios en base al foro de sumisión tácita (art. 24 Reg. 44/2001), éstos terminaran aplicando el Derecho de EEUU al fondo del asunto. Con ello quedaría limitado ese aspecto negativo de la doctrina del *forum non conveniens*. Algo que no sucede con el actual art. 5 Reg. Roma II. Sólo aquellos Estados miembros de la UE que son parte del Convenio de La Haya de 1973,- Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Luxemburgo y Países Bajos-, podrían, en tales supuestos, terminar aplicando el Derecho de EEUU (art. 6 CH). Esto supondría indudablemente un cambio en la configuración de la doctrina del *forum non conveniens* en EEUU, en tanto que quedaría frustrado el principal objetivo de alegación de dicha doctrina por parte del demandado/s con domicilio en EEUU: escapar de la aplicación de la *lex fori* en materia de responsabilidad por daños.

48. Precisamente es en este contexto donde se sitúa la SJPI núm 34 de Barcelona, de 3 de marzo de 2010. Los tribunales españoles aplican en un caso de responsabilidad no contractual por productos defectuosos contra dos empresas con establecimiento principales EEUU, Derecho norteamericano, —Derecho de Arizona y Derecho de New Jersey—, (art. 6 CH). Esta sentencia podría haberse convertido en un hito respecto a la configuración del *forum non conveniens* en EEUU, de no haber sido por la aplicación que del Derecho extranjero realiza el juez español al supuesto concreto.

En cualquier caso, dicha decisión está pendiente de recurso de apelación. Solo el tiempo dirá si estamos ante una auténtica revolución o por el contrario nada ha cambiado.

# EL CONTRATO DE TRABAJO DE MARINOS A BORDO DE BUQUES MERCANTES (A propósito de la STJUE de 15 diciembre 2011, *Jan Voogsgeerd y Navimer SA*, As. C-384/10)

PILAR MAESTRE CASAS

*Profesora titular de Derecho internacional privado  
Universidad de Salamanca*

Recibido: 03.09.2012 / Aceptado: 10.09.2012

**Resumen:** El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncia por segunda vez sobre la interpretación del artículo 6.2 del Convenio de Roma (actual artículo 8 del Reglamento Roma I). Y, por segunda vez, el demandante es un trabajador del transporte internacional, pero en esta ocasión es un marino a bordo de buque mercante y no un camionero, como en el caso *Koelzsch*. El núcleo del litigio lo constituye la interpretación del concepto de «país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador» cuando éste no realice habitualmente su trabajo en un mismo país, en el sentido del artículo 6 del Convenio de Roma. Sin embargo, el TJUE confirma el carácter subsidiario de la conexión «lugar del establecimiento del empleador», y considera que puede identificarse un «lugar habitual de ejecución del trabajo».

**Palabras clave:** contratos de trabajo, trabajo a bordo de buques mercantes, Ley aplicable en defecto de elección: ley del país del lugar habitual de trabajo o ley del país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador, Convenio de Roma y Reglamento «Roma I».

**Abstract:** The European Union Court of Justice has pronounced for the second time the interpretation of Article 6 (2) of the Rome Convention (the current Article 8 of the «Rome I» Regulation). And, for the second time, the applicant is an international transport worker, but unlike the *Koelzsch* case when the applicant was a truck driver, this time he is a sailor on board of a merchant ship. This case concerns the interpretation of the concept ‘country of the place of business through which the employee was engaged’ where the employee does not habitually carry out his work in the same country, within the meaning of Article 6 of the Rome Convention. Nevertheless, the Court of Justice confirms that the rule ‘the employer’s place of business’ is applicable only in the alternative, considering that it is possible to identify a ‘habitual place of work’.

**Key words:** employment contracts, employment on board of a merchant ship, Applicable law in absence of a choice. Law of the habitual place of work. Law of the place of business through which [the employee] was engaged, Rome Convention and ‘Rome I’ Regulation.

**Sumario:** I. Introducción. 1. El supuesto de hecho del caso. 2. Cuestión previa: la competencia judicial internacional de los tribunales belgas. 3. Las cuestiones prejudiciales ante el TJUE. II. Reglas de Derecho aplicable al contrato de trabajo. III. Proyección al contrato de trabajo a bordo de buque. 1. ¿Existe un lugar habitual de trabajo? 2. La cláusula de excepción: los vínculos más estrechos. 3. Delimitación del criterio subsidiario: ¿sirve cualquier establecimiento de contratación? A) Criterios para su identificación. B) Requisitos exigidos para ser considerado «establecimiento de contratación». C) Establecimiento colaborador del empresario sin facultad de dirección. IV. Valoración crítica.

## I. Introducción

### 1. El supuesto de hecho del caso

1. Nuevamente, en poco menos de un año, surge la necesidad de concretar la ley aplicable a un contrato de trabajo según el artículo 6.2 del Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, hecho en Roma el 19 de junio de 1980 (en adelante CR)<sup>1</sup>. En esta ocasión, se trata de un contrato de trabajo a bordo de buques mercantes, el caso *Voogsgeerd*<sup>2</sup>, que presenta ciertas similitudes con el caso *Koelzsch*, primera decisión del TJUE al respecto, donde se solicitaba determinar si existe un país de prestación habitual del trabajo para un conductor de camiones que presta sus servicios en diferentes Estados de la Unión Europea<sup>3</sup>.

En ambos casos la demandada es una empresa con sede en Luxemburgo que contrata personal para trabajar en el extranjero; en ambos casos se trata de empleados móviles por tratarse de trabajadores del sector de transporte internacional; y en ambos casos el contrato contiene una cláusula de elección de ley aplicable a favor de la ley luxemburguesa. Por consiguiente, el núcleo de las cuestiones, en ambos casos, gira en torno a la fijación de la ley aplicable en defecto de elección, dados los términos del artículo 6.1 CR<sup>4</sup> y su correspondiente artículo 8.1 Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (en adelante Reglamento Roma I)<sup>5</sup>.

2. Pero vayamos a los hechos que dan lugar al supuesto objeto de comentario y veremos que, sin obviar los paralelismos con el caso *Koelzsch*, el planteamiento de las cuestiones ante el TJUE en esta ocasión es radicalmente distinto.

El señor *Voogsgeerd*, con residencia en Zandvoord (Holanda), es un marino contratado por Navimer SA, empresa establecida en Mertert (Luxemburgo), para navegar por el Mar del Norte como jefe de máquinas a bordo de dos buques propiedad de Navimer (Ms Regina y Prince Henri).

Su contrato de trabajo, de duración indeterminada, lo celebra en la sede de Navigoble, empresa establecida en Amberes (Bélgica), fijando la aplicación del Derecho luxemburgués a la relación laboral.

Su prestación laboral se extiende desde agosto de 2001 al 8 de abril de 2002, fecha del despido.

Casi un año después, el 4 de abril de 2003, *Voogsgeerd* plantea una demanda contra las dos empresas, Navigoble y Navimer, ante el tribunal de Asuntos laborales de Amberes (arbeidsrechtbank te Antwerpen), pretendiendo una indemnización por despido con arreglo a la ley belga.

3. Dados los términos del litigio, resulta fundamental fijar la ley rectora del contrato de trabajo pues, según sea aplicable al contrato la ley luxemburguesa (ley elegida) o la belga (ley objetivamente aplicable), de ello dependerá que la acción para tal pretensión haya prescrito o no.

La ley luxemburguesa establece que la acción de reparación por un despido improcedente debe ser entablada en el plazo de tres meses a partir de la notificación del mismo o de su motivación. Sin embargo, el trabajador mantiene que la aplicación de esta ley no le priva de la protección que le otorgan

<sup>1</sup> BOE n° 171 de 19 julio 1993 y corr. errores BOE n° 189 de 9 agosto 1993.

<sup>2</sup> Puede consultarse el texto completo en STJUE de 15 diciembre 2011, *Jan Voogsgeerd y Navimer S.A.*, As. C-384/10.

<sup>3</sup> Vid STJUE de 15 de marzo 2011, *Heiko Koelzsch*, As. C-29/10, con comentarios de A. ZANOBETTI, «Employment contracts and the Rome Convention: the Koelzsch ruling of the European Court of Justice», *CDT*, vol. 3, núm. 2, 2011, pp. 338-358, en <http://www.uc3m.es/cdt>; F. JAULT-SESEKE, nota a la STJUE de 15 marzo 2011, *RCDIP*, núm. 2, 2011, pp. 455-461; C. BRIÈRE, nota a la STJUE de 15 marzo 2011, *Heiko Koelzsch*, As. C-29/10, *JDI Clunet*, T. 139, núm. 1, 2012, pp. 190-196; J. MASEDA RODRÍGUEZ, «Prestación laboral ejecutada en varios Estados y ley aplicable al contrato individual de trabajo», *Diario La Ley*, núm. 7662, 30 abril 2010, Ref. D-267, versión *on line* y en *REDI*, vol. LXIII, núm. 2, 2011, pp. 246-250; M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, «Competencia judicial y ley aplicable en la Unión Europea al contrato de trabajo internacional», *Relaciones Laborales*, núm. 10, 2011, versión *on line*.

<sup>4</sup> Artículo 6.1 CR: «No obstante lo dispuesto en el artículo 3, en el contrato de trabajo, la elección por las partes de la ley aplicable no podrá tener por resultado el privar al trabajador de la protección que le proporcionen las disposiciones imperativas de la ley que sería aplicable, a falta de elección, en virtud del apartado 2 del presente artículo».

<sup>5</sup> DO L 177, de 4 julio 2008 y corr. errores, DO L 309, de 24 de noviembre de 2009.

las normas imperativas de la ley belga, aplicable a falta de elección, que no contiene una limitación temporal, alegando, de un lado, su vinculación con la empresa belga, Navigoble, pues a través de ella recibía las instrucciones de su empleador, Navimer; de otro, que Bélgica era el país donde cumplía su trabajo principalmente, dado que era el país de embarque y al cual regresaba tras finalizar cada viaje.

4. En primera instancia, el tribunal de asuntos laborales de Amberes se declara territorialmente incompetente para pronunciarse respecto de la demanda contra Navimer. Respecto de la demanda contra Navigoble, declara la admisibilidad de la acción pero la considera infundada.

En Apelación, el Tribunal de trabajo de Amberes (arbeidshof te Antwerpen) se declara competente para conocer de ambas demandas. Sin embargo, respecto de la demanda contra Navigoble, también desestima sus pretensiones de fondo, por entender que el demandante no aporta pruebas de haber sido puesto a disposición de esta sociedad; mientras que, respecto de la demanda contra Navimer, desestima la pretensión al entender que, según la ley luxemburguesa, habían prescrito los tres meses que ésta fijaba para interponer la acción de reparación ante la jurisdicción laboral desde la notificación del despido.

La aplicación de la ley luxemburguesa y no de la ley belga que invocaba *Voogsgeerd* se apoya, primero, en que es la ley elegida en el contrato, y segundo, en que también sería la ley aplicable en defecto de elección, de conformidad con el artículo 6.2, letra b) CR<sup>6</sup>, a título de ley del país del establecimiento que contrató al trabajador, considerando que no se prueba que el trabajo se hubiera realizado habitualmente en aguas territoriales belgas por lo que no se realizó únicamente en Bélgica.

Por tanto, bien a título de ley elegida, bien a título de ley aplicable en defecto de elección, el tribunal de apelación considera aplicable la ley luxemburguesa como «ley del establecimiento que lo contrató» que conduce a la desestimación de la pretensión por prescripción de la acción.

El error al determinar la ley aplicable al contrato de trabajo con Navimer, siempre en opinión del señor *Voogsgeerd*, provoca el recurso ante el tribunal de casación belga (Hof van Cassatie). De acuerdo con las alegaciones de *Voogsgeerd*, el tribunal de apelación debió tener en cuenta todas las pruebas aportadas que demostraban que era en Amberes, a través de Naviglobe, donde recibía las instrucciones para cada una de sus misiones y desde donde procedía al embarque y a donde regresaba tras finalizar cada viaje, lo que demostraba que realizaba habitualmente su trabajo en Bélgica.

5. A la vista de la sentencia emitida por el TJUE en el caso *Koelzsch* y dadas las múltiples similitudes apuntadas entre ambos supuestos, se solicitó al tribunal remitente (tribunal de casación belga) si mantenía su petición de decisión prejudicial<sup>7</sup>. Y el tribunal remitente mantuvo su petición<sup>8</sup>.

## 2. Cuestión previa: la competencia judicial internacional de los tribunales belgas

6. Con carácter previo, es destacable que cuando el señor *Voogsgeerd* opta por plantear su demanda ante los tribunales de Amberes (Bélgica) lo hace contra Navimer (empleador) y Naviglobe (establecimiento donde se ha firmado el contrato) solicitando una condena solidaria.

La primera pregunta que nos surge es en qué norma fundamentan los tribunales belgas su competencia judicial internacional. Nada se nos indica al respecto, si bien del relato de los hechos se deduce que, en primera instancia, el tribunal de asuntos laborales de Amberes se declara territorialmente incompetente para pronunciarse respecto de la acción contra Navimer<sup>9</sup>, pero después en apelación el tribunal de trabajo de Amberes se declara territorialmente competente (no «incompetente» como se señala en el apartado 14 de la versión española de la sentencia).

<sup>6</sup> Artículo 6.2, letra b) CR: «Si el trabajador no realiza habitualmente su trabajo en un mismo país, por la ley del país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador, a menos que, del conjunto de circunstancias, resulte que el contrato de trabajo tenga vínculos más estrechos con otro país, en cuyo caso será aplicable la ley de este otro país».

<sup>7</sup> Las cuestiones prejudiciales en el caso *Koelzsch* fueron recibidas en el TJUE el 18 de enero de 2010. En el caso *Voogsgeerd* la fecha de remisión de la cuestión es de 29 de julio de 2010.

<sup>8</sup> Punto 24 de las Conclusiones de la Abogada General Sra. VERICA TRSTENJAK en el caso *Voogsgeerd*. No es casual que coincida la Abogada General con la del caso *Koelzsch*.

<sup>9</sup> Apartado 13 de la STJUE que comentamos.

Podríamos pensar, y esto es aventurar, que el tribunal belga entiende que, de acuerdo con la regla de competencia especial prevista en el artículo 6.1 Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante Reglamento 44/2001)<sup>10</sup>, no es posible demandar ante los tribunales belgas a Navigoble y Navimer como co-demandadas<sup>11</sup>.

No hay referencia alguna a la existencia de un acuerdo atributivo de competencia, por lo que entendemos que no existe, y de existir presumimos que sería a favor de los tribunales de Luxemburgo. Tampoco se alude a una posible sumisión tácita de Navimer.

7. Con estas premisas, si los tribunales belgas se han atenido a la sección 5ª del Reglamento 44/2001, como la única a considerar en contratos de trabajo, para justificar la competencia judicial internacional en la demanda contra Navimer habrán tenido que valorar los criterios contenidos en los artículos 19.2 o 5.5 Reglamento 44/2001, los únicos que permiten demandar al empresario en otro Estado miembro distinto al de su domicilio (Luxemburgo)<sup>12</sup>.

Por el relato de los hechos no parece que se considerara el foro del Estado miembro del lugar en el que el trabajador desempeña habitualmente su trabajo contenido en el artículo 19.2, letra a) Reglamento 44/2001, ni siquiera como el tribunal del último lugar de trabajo<sup>13</sup>. Contra lo que pretendía el señor *Voogsgeerd*, en todo momento se pensó que Bélgica no era el único país de prestación del trabajo<sup>14</sup>.

Queda, entonces, el criterio subsidiario, contenido en artículo 19.2, letra b) Reglamento 44/2001, del «tribunal del lugar en que esté situado el establecimiento que *empleó* al trabajador»<sup>15</sup>, pensado para casos en que no sea posible determinar un país de lugar habitual de prestación del trabajo o prestándolo en varios países en ninguno de ellos se localice una actividad principal<sup>16</sup>.

Si se entendiera que Navigoble es una agencia de Navimer, puede producirse un problema de confusión entre el foro de la sucursal contenido en el artículo 5.5 Reglamento 44/2001 y el contenido en el artículo 19.2, letra b) Reglamento 44/2001, según cómo se interprete el criterio «establecimiento que *contrató/empleó* al trabajador». Parece razonable afirmar que en contrato de trabajo lo relevante es el establecimiento en el cual se «inserta» el trabajador, pues de otro modo acabaría identificándose el «establecimiento que *contrató* al trabajador» con el «empresario que *contrata*» y, por lo mismo, confundiendo el foro del artículo 19.2, letra b) con el del domicilio del demandado previsto en el artículo 19.1

<sup>10</sup> DO L 12 de 16 enero 2001. Última modificación llevada a cabo por el Reglamento (UE) nº 416/2010 de la Comisión, de 12 de mayo 2010, por el que se modifican los anexos I, II y III del Reglamento 44/2001 (DO L 119 de 13 mayo 2010). Tal y como apunta GAUDEMÉT-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement 44/2001, Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, 4ª ed., París, LGDJ, 2010, p. 312, en Francia el tribunal de casación ya ha admitido esta noción de empleadores conjuntos o coempleadores

<sup>11</sup> Siguiendo el criterio del TJCE en *STJCE de 22 mayo 2008, Glaxosmithkline*, As. C-462/06.

<sup>12</sup> GAUDEMÉT-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement 44/2001, Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, 4ª ed., París, LGDJ, 2010, p. 242, considera el criterio del 5.5 inútil para los litigios del personal que trabaja en la sucursal o establecimiento secundario.

<sup>13</sup> GAUDEMÉT-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement 44/2001, Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, 4ª ed., París, LGDJ, 2010, p. 308, nos ilustra con una sentencia del tribunal de casación francés, de 31 marzo 2009, para evidenciar las dificultades de precisión del criterio del «último lugar de trabajo», que trata sobre un marino que acude a los tribunales franceses como los del «último lugar de trabajo» cuando el puerto francés no era más que un puerto de escala antes de reiniciar otros trayectos internacionales.

<sup>14</sup> O. FOTINOPOULOU BASURKO, *El proceso laboral internacional en el Derecho comunitario*, Sevilla, Consejo Económico y Social de Andalucía, 2008, p. 128-130, advierte sobre las dificultades de utilizar el criterio «*locus laboris*» en relaciones de trabajo que se realizan en ámbitos no atribuibles a un Estado.

<sup>15</sup> En opinión de N. MARCHAL ESCALONA, «Lugar en el que el trabajador desempeña habitualmente su trabajo: ayer, hoy y mañana», *Diario La Ley*, núm. 5986, de 30 marzo 2004, versión *online*, la adopción del término «empleó» no debe interpretarse como una solución distinta a la prevista en el Convenio de Bruselas, pudiendo entenderlo como establecimiento que lo hubiera «contratado» o «empleado».

<sup>16</sup> Esta solución adoptada en correspondencia con la del artículo 6.2, letra b) CR (Cf. F. POCAR, *Informe Explicativo del Convenio de Lugano de 30 de octubre de 2007*, DO C 319, de 23 diciembre 2009, punto 87) sería el criterio preferible en contratos de trabajo de los marinos (Cf. GAUDEMÉT-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement 44/2001, Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, 4ª ed., París, LGDJ, 2010, p. 308).

Reglamento 44/2001<sup>17</sup>; lo que corroboran las Conclusiones de la Abogado General Sra. VERIKA TRSTENJAK al afirmar que el «establecimiento» ha de diferenciarse de la «sede del empresario» bastando, para la calificación de establecimiento, con que «el empresario desarrolle su actividad empresarial desde allí y a tal fin contrate a trabajadores», si bien apoyándose para su interpretación en la Jurisprudencia del TJUE relativa al artículo 5.5 Reglamento 44/2001<sup>18</sup>.

8. Con todo lo anterior, no pretendemos más que llamar la atención sobre la confusión provocada por el uso de las expresiones «establecimiento que ha *empleado*» o «establecimiento que ha *contratado* al trabajador», tanto en sede de competencia judicial internacional como en sede de ley aplicable, de lo que da buena muestra la versión española del texto de la sentencia.

Como no puede ser de otra manera, el tribunal se ciñe a las cuestiones que se le plantean, por lo que el aspecto de la competencia judicial internacional queda en un segundo plano. No obstante queremos destacar que, en cierto sentido, el criterio atributivo de competencia judicial internacional condiciona la solución al problema de ley aplicable<sup>19</sup>, pues es sabido que por coherencia el legislador parece querer que las nociones «lugar habitual de ejecución del trabajo» y «lugar de contratación» utilizadas reciban una definición única en los diferentes textos relativos al espacio de justicia y libertad<sup>20</sup>, si bien los objetivos de la norma de conflicto no son los mismos que los de las reglas de competencia judicial<sup>21</sup>.

### 3. Las cuestiones prejudiciales ante el TJUE

9. Cuando el tribunal belga, cualquiera que sea el criterio competencial, se ve en la necesidad de determinar si ha prescrito o no la acción interpuesta por el señor *Voogsgeerd* contra Navimer para ello debe decidir si aplica la ley belga o la ley luxemburguesa e, inevitablemente, se encuentra con el obstáculo de concretar cuál es el «establecimiento que ha contratado al trabajador» en los términos del artículo 6.2, letra b) CR<sup>22</sup>.

Si en apelación se aplica la ley luxemburguesa parece deberse a la identificación del «establecimiento que ha contratado al trabajador» con el lugar donde radica la sede de la empresa que contrata al trabajador (Navimer) y no con el lugar donde radica el establecimiento que de hecho contrató al trabajador (Navigoble)<sup>23</sup>.

10. Las cuatro cuestiones prejudiciales dirigidas al TJUE, de redacción más que farragosa en la versión española<sup>24</sup>, se centran en la interpretación del concepto de «país en que se encuentre el estableci-

<sup>17</sup> Cf. M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho procesal civil internacional (litigación internacional)*, 2ª ed., Madrid, Dykinson, 2007, p. 181.

<sup>18</sup> Puntos 82 y 83 de las Conclusiones de la Abogado General Sra. VERIKA TRSTENJAK.

<sup>19</sup> Podemos trasladar aquí las observaciones a que se refiere la Abogado General Sra. VERIKA TRSTENJAK en el caso *Koelzsch*, aunque aludiendo al artículo 5.1 CBr, poniendo de relieve que una interpretación uniforme de los criterios de competencia y los de ley aplicable puede contribuir a hacer coincidir *forum* y *ius* (vid. puntos 70 a 83).

<sup>20</sup> Ver H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe, Règlement 44/2001, Convention de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988 et 2007)*, 4ª ed., París, LGDJ, 2010, pp. 305-308.

<sup>21</sup> Como pone de relieve F. JAULT-SESEKE, «L'adoption du règlement n° 593/2008 (Rome I) sur la loi applicable aux obligations contractuelles: le choix de la continuité pour le contrat de travail», *Revue de Droit du Travail*, núm. 10, 2008, p. 620, «en lo que concierne a las relaciones de trabajo, puede ser recomendable multiplicar las jurisdicciones competentes para asegurar el acceso efectivo del trabajador a la justicia, lo que puede eventualmente justificar la admisión de una pluralidad de lugares de ejecución del trabajo. Por el contrario, es deseable que la ley del lugar de ejecución se decline en singular».

<sup>22</sup> Nótese que mientras el Reglamento 44/2001, utiliza el término «establecimiento que *empleó* al trabajador», el CR en su artículo 6.2, letra b) alude a «establecimiento que haya contratado al trabajador», provocando, en principio, una falta de correspondencia entre el criterio de competencia y de ley aplicable.

<sup>23</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Contrato de trabajo internacional» en A. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Curso de contratación internacional*, 2ª ed., Madrid, Colex, 2006, p. 845.

<sup>24</sup> No sólo en las preguntas sino a lo largo de toda la sentencia. Y parece que no es sólo mía la sensación de mala redacción de la sentencia, pues en el mismo sentido se manifiesta F. JAULT-SESEKE, «Loi applicable aux salariés mobiles: la Cour de justice de l'Union européenne poursuit son travail d'interprétation de l'article 6 de la Convention de Rome», *Revue de Droit du Travail*, núm. 2, 2012, p. 117.

miento que haya contratado al trabajador», en el sentido del citado artículo 6.2, letra b) CR, cuando éste no realice habitualmente su trabajo en un mismo país.

El tribunal de casación belga entiende que Navigoble puede considerarse el establecimiento al que el trabajador está vinculado para su ocupación efectiva, y, por tanto, cuestiona la identificación del «establecimiento que ha contratado al trabajador» con el lugar donde radica la sede de la empresa que contrata al trabajador (Navimer).

Desde luego en la versión española no hay duda de la ausencia de identificación tras la nueva letra del artículo 8.3 Reglamento Roma I que se refiere a la «ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador»<sup>25</sup>, más ajustada a la versión inglesa contenida en su precedente artículo 6.2, letra b) CR<sup>26</sup>, si bien en la versión francesa no ha habido variaciones<sup>27</sup>.

Al TJUE se le pide que responda a cuatro cuestiones dirigidas a caracterizar ese establecimiento, reconducidas finalmente a las tres siguientes:

Primera. Si el concepto de establecimiento que ha contratado al trabajador, en el sentido del artículo 6.2, letra b) CR, se refiere al establecimiento que según el contrato de trabajo concluyó el mismo o al establecimiento de la empresa a la que el trabajador queda vinculado para el desempeño efectivo de su trabajo, y cómo se determina esa vinculación.

Segunda. Si este establecimiento de vinculación efectiva debe tener personalidad jurídica o puede ser un establecimiento de hecho.

Tercera. Si puede considerarse que el establecimiento de una empresa distinta de la que figura en el contrato como establecimiento empleador actúa como tal aunque no se le haya transferido la facultad de dirección.

**11.** En este caso ambos establecimientos, el de ocupación efectiva (empresa belga Navigoble) y el que contrata (la empresa luxemburguesa Navimer), tienen una unidad de acción, pues comparten un mismo director aunque no conste que formen parte del mismo grupo empresarial<sup>28</sup>. Lo que conduce a la búsqueda del verdadero empleador del marino.

Siendo una práctica habitual de los organizadores de las relaciones de trabajo marítimo la de cuidarse de matricular el buque en un Estado poco exigente fiscal y socialmente (como Luxemburgo) y al tiempo de disponer de un centro de explotación comercial en un país europeo abierto al mercado internacional (como Amberes-Bélgica)<sup>29</sup>, es probable que Navigoble, más que una mera agencia de embarque<sup>30</sup>, sea un gestor del naviero o *shipmanager* (entendido como colaborador independiente de gestión de buques que realiza los actos materiales y jurídicos para la explotación del buque en nombre y por cuenta del naviero, entre cuyos encargos está la gestión de la dotación o tripulación, es decir, un

<sup>25</sup> Resulta llamativo que el TJUE no aluda en ningún momento a la continuidad entre el CR y el Reglamento Roma I. Así mientras que en el asunto *Koelzsch* (punto 78 de las conclusiones) la Abogado general insiste en este dato, incluso se menciona el Reglamento Roma I en el marco jurídico de la sentencia *Koelzsch*, en el caso *Voogsgeerd* no hay ni una sola referencia al Reglamento Roma I para aludir a la continuidad entre la interpretación del artículo 6.2, letra b) CR y el actual artículo 8.3 Reglamento Roma I.

<sup>26</sup> Que alude a «The law of the country in which the place of business through which he was engaged is situated», quedando en el artículo 8.3 Reglamento Roma I como «the law of the country where the place of business through which the employee was engaged is situated».

<sup>27</sup> El artículo 6.2, letra b) CR alude a «la loi du pays où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur», y el artículo 8.3 Reglamento Roma I alude a «la loi du pays dans lequel est situé l'établissement qui a embauché le travailleur».

<sup>28</sup> Según P. CHAUMETTE, «De l'établissement d'exploitation du navire et du lieu habituel de travail d'un marin», *Le Droit Maritime Français*, núm. 734, 2012, p. 233, los vínculos entre las dos sociedades parecen funcionales. Muy crítica con el tratamiento de esta cuestión se muestra Cf. F. JAULT-SESEKE, «Loi applicable aux salariés mobiles: la Cour de justice de l'Union européenne poursuit son travail d'interprétation de l'article 6 de la Convention de Rome», *Revue de Droit du Travail*, núm. 2, 2012, p. 119.

<sup>29</sup> P. CHAUMETTE, «le droit du travail des gens de mer en chantier –deconstruction/reconstruction», *Il Diritto Marittimo*, vol. IV, 2004, p. 1250.

<sup>30</sup> O. FOTINOPOULOU BASURKO, *El contrato de trabajo de la gente de mar. Estudio del problema de la determinación de la ley rectora al contrato de embarque en el contexto de los registros abiertos*, Granada, Comares, 2008, p. 46, se refiere a la tendencia habitual en las relaciones de trabajo marítimo a distender los vínculos entre el marino y la empresa naviera con la aparición de las agencias de embarque o *manning agencies*.

*crew management*<sup>31</sup>), pudiendo considerarse no sólo «establecimiento contratante» en los términos del artículo del artículo 6.2, letra b) CR o su equivalente artículo 8.3 Reglamento Roma I, sino verdadero «empleador»<sup>32</sup>. Y parece que a ese fin, a desvelar el verdadero empleador, van dirigidas las preguntas del tribunal de casación belga, de ahí la importancia e insistencia en el centro de ocupación efectiva.

## II. Reglas de Derecho aplicable al contrato de trabajo

**12.** Con carácter meramente introductorio nos limitamos a exponer las reglas sobre Derecho aplicable a los contratos de trabajo internacionales para su proyección al contrato de trabajo marítimo, teniendo en cuenta que en este ámbito el Reglamento Roma I conserva el modelo del CR<sup>33</sup>.

Como es sabido el CR y su sucesor el Reglamento Roma I son de aplicación universal, lo que significa que con independencia de que resulte aplicable la ley de un Estado miembro o de un tercer país y con independencia de los elementos subjetivos u objetivos de la relación jurídica, las reglas especiales sobre contrato de trabajo, contenidas en el artículo 6 CR y el artículo 8 Reglamento Roma I, en función de la fecha de celebración del contrato, se aplican siempre, desplazando las normas de conflicto estatales en la materia<sup>34</sup>.

**13.** Se trata de normas que responden a la clásica técnica de reglamentación indirecta bilateral cuyo único objetivo es localizar el contrato en un determinado ordenamiento, pero a la vez con un cierto grado de orientación material buscando una mínima protección del trabajador, lo que condiciona la técnica de reglamentación<sup>35</sup>.

**14.** En primer lugar, se contempla la elección de ley aplicable por las partes (artículos 6.1 CR y 8.1 Reglamento Roma I); no obstante, esta elección no podrá privar al trabajador de la protección que le ofrecen las normas imperativas («que no pueden derogarse mediante acuerdo») de la ley que sería aplicable en defecto de elección<sup>36</sup>.

<sup>31</sup> Para el análisis de esta figura, *vid.* E. MONZANI, «Crew managers» e «manning agencies», *Il Diritto Marittimo*, vol. IV, 2004, pp. 669-673; J.L. GABALDÓN GARCÍA y J.M. RUIZ SOROA, *Manual de Derecho de la navegación marítima*, 3ª ed., Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2006, pp. 427-433; I. ARROYO MARTÍNEZ, *Curso de Derecho marítimo*, 2ª ed., Navarra, Thomson-Civitas, 2005, 311-314.

<sup>32</sup> En la Petición de decisión prejudicial planteada por el Landesarbeitsgericht Mecklenburg-Vorpommern (Alemania) el 10 de septiembre de 2007 - *Kathrin Haase y otros c. Superfast Ferries SA y otros*, As. C-413/07), archivada por auto de 4 diciembre 2007, DO C 283, de 24 noviembre 2007, si bien en el ámbito de la competencia judicial internacional, ya se planteó si el «*crew manager*» puede interpretarse como establecimiento empleador a los efectos del foro contenido en el artículo 19.2, letra b) del Reglamento 44/2001.

<sup>33</sup> Entre las aportaciones más recientes nos remitimos a A.L. CALVO CARAVACA, «El Reglamento Roma I sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales: cuestiones escogidas», *CDT*, vol. 1, núm. 2, 2009, pp. 52-133, en <http://www.uc3m.es/cdt>; A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. II, 12ª ed., Granada, Comares, 2011, cap. XXVIII, pp. 838-862; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, esp. Cap. VIII, pp. 301-323; L.F. CARRILLO POZO, «La ley aplicable al contrato de trabajo en el Reglamento Roma I», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, vol. 152, 2011, pp. 1023-1068; O. FOTINOPOULOU BASURKO, *La determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo internacional. Estudio del Convenio de 19 de junio de 1980, hecho en Roma, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales*, Navarra, Aranzadi, 2006; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El Reglamento ‘Roma I’ sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?», *Diario La Ley*, núm. 6957 de 30 mayo 2008, Ref. D-169, versión *on line*; M. GARDEÑES SANTIAGO, «La regulación conflictual del contrato de trabajo en el Reglamento Roma I: una oportunidad perdida», *AEDIP*, t. VIII, 2008, pp. 387-424; F. JAULT-SESEKE, «L’adoption du règlement n° 593/2008 (Rome I) sur la loi applicable aux obligations contractuelles: le choix de la continuité pour le contrat de travail», *Revue de Droit du Travail*, núm. 10, 2008, pp. 620-624; P. LAGARDE y A. TENENBAUM, «De la convention de Rome au règlement Rome I», *RCDIP*, vol. 97, núm. 4, 2008, pp. 727-780; E. ZABALO ESCUDERO, «Mecanismos de flexibilización y materialización en la regulación del contrato internacional de trabajo», en *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Madrid, 2005, t. II, pp. 1815 a 1835.

<sup>34</sup> A efectos de determinación del ámbito temporal del CR, nos interesa, por el carácter *erga omnes* del mismo la fecha de entrada en vigor según el tribunal del Estado que conozca del asunto, para España se produjo el 1 de septiembre de 1993. El Reglamento Roma I se aplica por los tribunales de los Estados miembros de la UE, excepto Dinamarca, a los contratos celebrados a partir del 17 de diciembre de 2009 (corr. de errores DO L 309, de 24 noviembre 2009).

<sup>35</sup> *Vid.* M. SABIDO RODRÍGUEZ, *La protección del trabajador en sucesiones internacionales de empresas*, Navarra, Aranzadi-Thomson, 2009, p. 195.

<sup>36</sup> Aunque el artículo 6 CR alude a «disposiciones imperativas» y el artículo 8 Reglamento Roma I alude a «disposiciones que no pueden derogarse mediante acuerdo» ambas expresiones son sinónimas.



Hay libertad de elección pero frenada, debiendo asegurarse la protección que le ofrecería la ley que sería aplicable en defecto de elección, que será la que presente la relación de mayor proximidad con el contrato, que normalmente será la del Estado en que el trabajador ejerce su actividad profesional por ser el medio profesional y político que influye en la actividad laboral, sin importar, en principio, que el nivel de protección del asalariado sea elevado o no<sup>37</sup>

Su particular juego lleva a calificar esta norma de «regla combinatoria», lo que expresa la idea de que las normas materiales aplicables al contrato pueden ser obtenidas de dos sistemas jurídicos que habrá que combinar a fin de otorgar al asalariado una protección mínima<sup>38</sup>.

**15.** En defecto de elección, se distingue según que el trabajo se desarrolle habitualmente en un único país o no.

Como acabamos de señalar, esta ley designada en defecto de elección cumple la doble función de designar el derecho aplicable y la de fijar el estándar mínimo de protección del trabajador al exigirse la aplicación de sus normas que no puedan derogarse mediante acuerdo de las partes (normas imperativas en la versión del CR).

**16.** En el primer supuesto, trabajo que se realiza habitualmente en un solo país, el contrato se rige por la ley del país en cuyo territorio el trabajador realiza habitualmente su trabajo.

Esta regla *lex loci laboris* se reformula en el artículo 8 Reglamento Roma I («ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente») haciéndose eco de la Jurisprudencia en competencia judicial internacional en situaciones de trabajadores que no realizan habitualmente su trabajo *en un mismo Estado*, pero sí lo llevan a cabo *desde un mismo Estado*<sup>39</sup>. Se incluye así a trabajadores cuyas prestaciones se llevan a cabo en diferentes países pero hay un país que constituye una suerte de «base de operaciones»<sup>40</sup>, otorgando un amplísimo alcance a la conexión *lex loci laboris* que pasa a ser la conexión principal<sup>41</sup>.

**17.** De no poderse localizar en los términos anteriores un lugar habitual de trabajo o cuando el trabajo se realice en un territorio no sujeto a soberanía estatal, el artículo 8.3 Reglamento Roma I establece como ley aplicable «la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador», mientras que el artículo 6.2, letra b) CR, se refiere a «la ley del país en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador».

Este cambio de redacción para unos es «una pequeña diferencia semántica»<sup>42</sup>, para otros es «una auténtica norma de cierre»<sup>43</sup>. Según la doctrina, debe entenderse que se trata de la ley del país donde el tra-

<sup>37</sup> Cf. P. RODIÈRE, *Droit social de l'Union Européenne*, París, L.G.D.J., 2008, par. 541.1; L.F. CARRILLO POZO, «La ley aplicable al contrato de trabajo en el Reglamento Roma I», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, vol. 152, 2011, pp. 1031-1032. Por su parte F. JAULT-SESEKE, «L'adoption du règlement n° 593/2008 (Rome I) sur la loi applicable aux obligations contractuelles: le choix de la continuité pour le contrat de travail», *Revue de Droit du Travail*, núm. 10, 2008, p. 624, entiende que será a través del juez como podrá traducirse la idea de favor que pretende el considerando 23 del Reglamento.

<sup>38</sup> Cf. F. JAULT-SESEKE, «L'adoption du règlement n° 593/2008 (Rome I) sur la loi applicable aux obligations contractuelles: le choix de la continuité pour le contrat de travail», *Revue de Droit du Travail*, núm. 10, 2008, p. 622.

<sup>39</sup> Como puso de relieve la Abogada General Sra. VÉERICA TRSTENJAK en las Conclusiones al caso *Koelzsch* (punto 99): «para interpretar el artículo 6, apartado 2, letra a) CR se hace uso, por analogía, de la interpretación proporcionada por el TJUE en su jurisprudencia sobre el artículo 5.1 CBr».

<sup>40</sup> P. MANKOWSKI, «Employment Contracts under Article 8 of the Rome I Regulation», en F. Ferrari/S. Leible (eds), *Rome I Regulation: The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*, Munich, 2009, p. 177; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, Pamplona, Thomson-Civitas, 2012, p. 352.

<sup>41</sup> Vid STJUE de 15 marzo 2011, *Heiko Koelzsch*, As. C-29/10 y el riguroso comentario de A. ZANOBETTI, «Employment contracts and the Rome Convention: the Koelzsch ruling of the European Court of Justice», *CDT*, vol. 3, núm. 2, 2011, pp. 338-358, en <http://www.uc3m.es/cdt>

<sup>42</sup> Cf. M. GARDEÑES SANTIAGO, «La regulación conflictual del contrato de trabajo en el Reglamento Roma I: una oportunidad perdida», *AEDIPr*, t. VIII, 2008, p. 413.

<sup>43</sup> Cf. L.F. CARRILLO POZO, «La ley aplicable al contrato de trabajo en el Reglamento Roma I», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, vol. 152, 2011, p. 1046, entendiendo que así se ha dado respuesta a todas posibles situaciones de ausencia de lugar habitual de trabajo.

bajador fue captado por el empresario, dejando en segundo plano el lugar de celebración del contrato<sup>44</sup>. El establecimiento a considerar debe ser el establecimiento que procedió a contratar al trabajador, o sea, aquél «a través del cual» se establece la relación laboral, con independencia de que posteriormente el trabajo se desempeñe en otro establecimiento distinto, y no el establecimiento «donde se celebró el contrato»<sup>45</sup>.

La fórmula elegida obedece a razones prácticas, una ley practicable, dejando a los tribunales la labor de precisar qué debe entenderse por establecimiento que contrata al trabajador<sup>46</sup>.

A caracterizar este establecimiento van dirigidas las cuestiones prejudiciales del caso que nos ocupa, pero ya podemos anticipar que, a la vista de la interpretación extensiva llevada a cabo por el TJUE de la conexión «lugar habitual de trabajo», el criterio subsidiario del establecimiento de contratación quiere reducirse hasta casi su desaparición<sup>47</sup>. Y añadimos que el empeño del TJUE en buscar un lugar habitual de trabajo merma el margen de apreciación al juez contemplado en el considerando 16 del Reglamento Roma I<sup>48</sup>.

**18.** Por último, se establece una cláusula de excepción que permite la aplicación de la ley más estrechamente vinculada con el contrato [artículo 6.2, letra b) último párrafo CR y artículo 8.4 Reglamento Roma I]<sup>49</sup>, en términos, *a priori*, menos estrictos que en el artículo 4.3 Reglamento Roma I que exige que resulte «claramente del conjunto de circunstancias que el contrato presenta vínculos *manifiestamente* más estrechos con la ley de otro país»<sup>50</sup>.

Esta cláusula, de finalidad flexibilizadora<sup>51</sup>, atiende al principio de proximidad y para algunos no se trata sólo de una cláusula de excepción sino que constituye la regla<sup>52</sup>, si bien la Abogada General Sra. VERIKA TRSTENJAK en sus conclusiones al caso *Voogsgaerd* deja claro que la excepción sólo se aplicará una vez que se haya examinado previamente la pertinencia de los otros criterios de vinculación<sup>53</sup>.

<sup>44</sup> Cf. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, p. 311; A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. II, 12ª ed., Granada, Comares, 2011, p. 852; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, «El Reglamento ‘Roma I’ sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales: ¿Cuánto ha cambiado el Convenio de Roma de 1980?», *Diario La Ley*, núm. 6957 de 30 mayo 2008, Ref. D-169, versión *on line*. Según E. ZABALO ESCUDERO, «Mecanismos de flexibilización y materialización en la regulación del contrato internacional de trabajo», en *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Madrid, 2005, t. II, p. 1827, la interpretación literal de tal solución llevaría a los empleadores a formalizar los contratos en aquellos centros o sucursales establecidas en países de baja protección social, sin que sea tal el efecto deseado por la norma. «Por ello ha de entenderse que se está haciendo referencia al establecimiento al que el trabajador se encuentre organizativamente adscrito o al lugar donde radica el establecimiento que ha acogido al trabajador».

<sup>45</sup> *Vid.* el ejemplo que pone F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho internacional privado*, Pamplona, Thomson-Civitas, 2012, p. 353: «si un trabajador es *captado* a través de un establecimiento del empleador en España, pero posteriormente el trabajador se desplaza a Amsterdam para firmar allí el contrato, el establecimiento relevante es el primero».

<sup>46</sup> Cf. P. RODIÈRE, *Droit social de l’Union Européenne*, París, L.G.D.J., 2008, par. 543.

<sup>47</sup> Como afirma L.F. CARRILLO POZO, «La ley aplicable al contrato de trabajo en el Reglamento Roma I», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, vol. 152, 2011, p. 1037, se quiere que el criterio de conexión «lugar de ejecución» sea aplicado incluso cuando no existe.

<sup>48</sup> Según el cual «Con el fin de contribuir al objetivo general del presente Reglamento que es la seguridad jurídica en el espacio judicial europeo, las normas de conflicto de leyes deben presentar un alto grado de previsibilidad. No obstante, *el juez debe disponer de un margen de apreciación con el fin de determinar la ley que presenta los vínculos más estrechos con la situación*».

<sup>49</sup> Para mayores precisiones sobre la cláusula de excepción *vid.* A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. II, 12ª ed., Granada, Comares, 2011, p. 853.

<sup>50</sup> Sin que la no inclusión del adverbio en contratos de trabajo deba llevar a alimentar un contencioso sobre el grado de estrechez de los vínculos requerido con otro país para la aplicación de la cláusula de excepción según P. LAGARDE y A. TENENBAUM, «De la convention de Rome au règlement Rome I», *RCDIP*, vol. 97, núm. 4, 2008, p. 738, nota 37. Para F. JAULT-SESEKE, «L’adoption du règlement n° 593/2008 (Rome I) sur la loi applicable aux obligations contractuelles: le choix de la continuité pour le contrat de travail», *Revue de Droit du Travail*, núm. 10, 2008, p. 624, si bien es cierto que no hay que perder el tiempo en esta diferencia, no se excluye que el legislador comunitario haya querido proporcionar al juez de los litigios de trabajo un margen de apreciación más amplio a fin de asegurar la protección de la parte débil.

<sup>51</sup> *Vid.* M. SABIDO RODRÍGUEZ, *La protección del trabajador en sucesiones internacionales de empresas*, Navarra, Aranzadi-Thomson, 2009, p. 221.

<sup>52</sup> Cf. P. RODIÈRE, *Droit social de l’Union Européenne*, París, L.G.D.J., 2008, pár. 544 y M.D. ADAM MUÑOZ, «Algunas consideraciones en torno al contrato individual de trabajo en el Derecho internacional privado de origen comunitario», en M. SABIDO RODRÍGUEZ (Dir.), *Algunos retos que plantea la realidad social, económica y jurídica actual en los ámbitos societario y laboral*, Pamplona, Aranzadi, 2012, en prensa.

<sup>53</sup> Punto 74 de las Conclusiones de la Abogada General.

### III. Proyección al contrato de trabajo a bordo de buques mercantes

#### 1. ¿Existe un lugar habitual de trabajo?

19. Es sobradamente conocido que cuando se elaboró el CR no se creyó necesario establecer una regla especial para este trabajo<sup>54</sup>, lo que obliga a concretar la ley aplicable conforme a las soluciones generales<sup>55</sup> con todas las dificultades de precisión del lugar habitual de trabajo dada la naturaleza itinerante del mismo en el sector marítimo<sup>56</sup>.

20. Tradicionalmente el buque ha sido considerado un centro de trabajo siendo a la vez un bien móvil por naturaleza<sup>57</sup> y un lugar de trabajo fijo<sup>58</sup>. Esta circunstancia llevó a la mayoría de la doctrina a identificar el trabajo desempeñado a bordo de un buque con trabajo realizado en un único país y así estar a la ley del pabellón del buque a título de ley del país donde se prestan los servicios<sup>59</sup>. Pero la operatividad de la ley del pabellón como *lex loci laboris* ha sido ampliamente cuestionada<sup>60</sup>, ya no sólo por los efectos perversos de los pabellones de conveniencia sino porque no deja de ser una conexión ficticia puesto que el buque no es un territorio<sup>61</sup>.

Estas dificultades de precisión de la ley aplicable al contrato de trabajo a bordo de buque ya se pusieron de manifiesto a propósito de la transformación del CR en instrumento comunitario<sup>62</sup>. Pero a pesar de las sugerencias sobre la necesidad de una regla específica para el personal navegante (gente de

<sup>54</sup> Cf. M. GIULIANO Y P. LAGARDE, *Informe relativo al Convenio sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales*, DOCE C 327, de 11 diciembre 1992, p. 23.

<sup>55</sup> Para un análisis del juego de las diferentes conexiones tanto en ley aplicable como en competencia judicial, véase F. AGUIRRE RAMÍREZ Y C. FRESNEDO DE AGUIRRE, «Ley aplicable y jurisdicción competente en el contrato de ajuste (examen comparativo de la doctrina y jurisprudencia de Uruguay y de España al problema del régimen de Derecho internacional privado de la tripulación)», *Anuario de Derecho Marítimo*, vol. XIX, 2002, pp. 167-200, así como F. AGUIRRE RAMÍREZ Y C. FRESNEDO DE AGUIRRE, *Curso de Derecho del Transporte. Transporte Marítimo*, Vol. II, Montevideo, FCU, 2ª ed., 2009, pp. 85-109.

<sup>56</sup> J.M. RUIZ SOROA, *Manual de Derecho marítimo: el buque, el naviero, personal auxiliar*, Oñati, Instituto Vasco de Administración Pública, 1990, p. 142, afirma que las particularidades del trabajo en el mar no deben llevar a calificar esta relación laboral de especial.

<sup>57</sup> Como apunta J.F. LOUSADA AROCHENA, «El centro de trabajo», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, vol. 27, 2011, *versión online*, pp. 175-188, esp. p. 184, el buque es un centro de trabajo móvil o itinerante, lo que le diferencia de otras empresas de transporte de mercancías o de pasajeros que no se consideran empresas con centros de trabajo móviles o itinerantes, al no constituir centro de trabajo vehículos como un camión, un autobús, un tren o un avión.

<sup>58</sup> Cf. M. A. ASÍN CABRERA, «La ley aplicable a los contratos de embarque internacional y el Reglamento Roma I», *AEDI-Pr*, t. VIII, 2008, pp. 373-386, p. 374. El artículo 1.5 Estatuto de trabajadores dispone que «...En la actividad de trabajo en el mar se considerará como centro de trabajo el buque, entendiéndose situado en la provincia donde radique su puerto de base».

<sup>59</sup> Vid. J.L. IRIARTE ÁNGEL, *El contrato de embarque internacional*, Madrid, Eurolex, 1993, p. 121; A.L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. II, 12ª ed., Granada, Comares, 2011, p. 852; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Ley aplicable a los contratos internacionales: el Reglamento Roma I*, Madrid, Colex, 2009, pp. 309-310; M. CASADO ABARQUERO, *La autonomía de la voluntad en el contrato de trabajo internacional*, Navarra, Aranzadi-Thomson, 2008, p. 245.

<sup>60</sup> Vid. en F. MORGENSTERN, *Conflictos internacionales de Derecho laboral. Investigación sobre la ley aplicable a la relación laboral internacional. Informes OIT*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987, pp. 55-56, los supuestos en que es inapropiada la ley del pabellón. Ahora bien, como afirma P. CHAUMETTE, «Le marin entre le navire et sa résidence. Le registre international français des navires (RIF)», *RCDIP*, vol. 95, núm. 2, 2006, pp. 275-299, esp. p. 289, no se puede ignorar que la ley del pabellón sigue siendo un núcleo duro que alcanza al Derecho penal y disciplinario, la protección de la persona del trabajador, los derechos colectivos, el respeto del Derecho internacional y del derecho comunitario,

<sup>61</sup> Cf. P. LAGARDE, «Nota a la loi n° 2005-412 du 3 mai 2005 relative à la creation du registre international français» *RCDIP*, vol. 94, núm. 3, 2005, p. 531; P. CHAUMETTE, «Le navire, ni territoire, ni personne», *Le Droit Maritime Français*, núm. 678, 2007, pp. 97-109; O. FOTINOPOULOU BASURKO, *El contrato de trabajo de la gente de mar. Estudio del problema de la determinación de la ley rectora al contrato de embarque en el contexto de los registros abiertos*, Granada, Comares, 2008, p. 168; S.M. CARBONE, *Conflicts de lois en droit maritime*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010, p. 174.

<sup>62</sup> Vid. Documento COM (2002) 654 final, de 14 enero 2003, *Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en instrumento comunitario y sobre su actualización*, pp. 40-41. En el *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo* sobre este Libro Verde, DOCE C 108, de 30 de abril de 2004, pp. 13-14, se sugería estar al criterio subsidiario del establecimiento de contratación respetando siempre la cláusula de excepción para evitar la ley del pabellón. El Grupo Europeo de Derecho Internacional Privado, en su 12ª reunión, París, 20-22 septiembre 2002, aludía también a la imposibilidad de establecer una regla general en un ámbito dominado por la casuística.

mar, marinos, personal de vuelo)<sup>63</sup>, finalmente, como ya ha quedado dicho, la modificación se limita a la locución añadida en el artículo 8.2 Reglamento Roma I al establecer que «... el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, *a partir del cual* el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente...»<sup>64</sup>.

**21.** Dado que la primera regla a considerar, siempre en defecto de elección de ley, es estar a la ley del país de realización habitual del trabajo, nos preguntamos si existe un país habitual de trabajo en el desempeñado a bordo de un buque mercante.

El buque mercante puede estar navegando por todo el mundo, incluso sin volver a tocar el puerto donde se embarcó que, en muchas ocasiones, no será ni el de la firma del contrato, ni donde se halle el establecimiento del naviero ni la agencia de embarque, ni tampoco el del pabellón del buque, etc. No son infrecuentes casos como, por ejemplo, el de marino que firma el contrato en Bilbao para trabajar en una compañía Noruega, embarcando bien en Escocia bien en Camerún o en cualquier puerto del mundo e, igualmente, desembarcando en cualquier otro país del mundo.

La doctrina más autorizada siempre ha mantenido la necesidad de recurrir a la regla subsidiaria del establecimiento que contrata o, en su caso, a la cláusula de excepción, pues a falta de elección, salvo en tráfico de cabotaje nacional, lo incierto es el lugar de ejecución habitual de trabajo con la imposibilidad de aplicar la regla del *locus laboris*<sup>65</sup>.

**22.** Contra esta autorizada doctrina el TJUE nos sorprende con la extensión de la solución de la sentencia *Koelzsch* al trabajo desarrollado en el transporte marítimo internacional<sup>66</sup>.

Para ello procede con el mismo método. Por medio de los criterios cualitativos y cuantitativos, según que el asalariado ejecute sucesiva o simultáneamente sus actividades en varios países, busca localizar el lugar de cumplimiento habitual del trabajo<sup>67</sup>.

Así, en caso de ejecución plurilocalizada se considera país de lugar habitual de trabajo *aquel país en el cual o desde el cual el trabajador cumpla principalmente sus obligaciones respecto a su empresa* (STJCE de 13 de julio de 1993, As. C-125/92: *Mulox*), *aquel país en el que el trabajador ha establecido el centro efectivo de sus actividades profesionales* (STJCE de 9 de enero de 1997, As. C-383/95: *Rutten*); *a falta de otros criterios, este lugar es aquel en el que el trabajador haya pasado la mayor parte de su tiempo de trabajo* (STJUE de 27 febrero 2002, *Weber*, As. C-37/00).<sup>68</sup>

<sup>63</sup> Vid. la Respuesta conjunta de U. MAGNUS y P. MANKOWSKI al Libro Verde sobre la transformación del Convenio de Roma, pp. 29-30 que puede consultarse en [http://ec.europa.eu/justice/news/consulting\\_public/rome\\_i/contributions/university\\_hamburg\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/rome_i/contributions/university_hamburg_en.pdf)

<sup>64</sup> En la *Propuesta de Reglamento del PE y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I)*, presentada por la Comisión, Documento COM (2005) 650 final, de 15 diciembre 2005, p. 7, se ponía de relieve que la expresión «país a partir del cual...» recogía la Jurisprudencia del TJCE y su amplia concepción del lugar habitual de trabajo, lo que además de permitir, por ejemplo, aplicar la norma al personal que trabaja a bordo de aviones, si existe una base fija a partir de la cual se organiza el trabajo y donde este personal ejerce otras obligaciones frente al empresario (registro, control de seguridad) provocaría que el criterio del establecimiento que contrata se aplicara muy excepcionalmente.

<sup>65</sup> S.M. CARBONE, *Conflicts de lois en droit maritime*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010, p. 185; O. FOTINOPOULOU BASURKO, *El contrato de trabajo de la gente de mar. Estudio del problema de la determinación de la ley rectora al contrato de embarque en el contexto de los registros abiertos*, Granada, Comares, 2008, pp. 163-178; P. LAGARDE, «Nota a la loi n° 2005-412 du 3 mai 2005 relative à la création du registre international français» *RCDIP*, vol. 94, núm. 3, 2005, p. 531; P. CHAUMETTE, «Loi du pavillon ou statut personnel. Du navire comme lieu habituel de travail», *Droit Social*, núm. 12, 1995, 997-1005, esp. 1001; P. CHAUMETTE, «L'internationalisation du travail maritime. L'impossible encadrement?», *Le Droit Maritime Français*, núm. 543, 1994, pp. 675-694.

<sup>66</sup> Incluso F. JAULT-SESEKE, nota a la STJUE de 15 marzo 2011, *RCDIP*, núm. 2, 2011, p. 459, después de valorar positivamente la interpretación extensiva que lleva a cabo el TJUE del criterio de «lugar habitual» entiende que el «lugar de contratación» queda reservado a la actividad marítima. También A. ZANOBBETTI, «Employment contracts and the Rome Convention: the Koelzsch ruling of the European Court of Justice», *CDT*, vol. 3, núm. 2, 2011, en <http://www.uc3m.es/cdt>, pp. 351-353, niega que esta interpretación amplia del criterio del lugar habitual sea posible para el trabajo a bordo de buques; para ella la protección vendrá dada por otras disposiciones como el recurso al orden público (Art. 16 CR y 21 Reglamento Roma I) o por las leyes de policía (Art. 7.2 CR y 9.2 Reglamento).

<sup>67</sup> Vid. C. BRIÈRE, nota a la STJUE de 15 marzo 2011, *Heiko Koelzsch*, As. C-29/10, *JDI Clunet*, T. 139, núm. 1, 2012, p. 194 y F. JAULT-SESEKE, nota a la STJUE de 15 marzo 2011, *RCDIP*, núm. 2, 2011, p. 459.

<sup>68</sup> Vid. los comentarios de P. CHAUMETTE, «Conflit de juridictions pour un travail effectué dans les eaux territoriales et sur

El TJUE en el apartado 38 de la sentencia señala que, habida cuenta del conjunto de circunstancias que caracterizan la actividad del señor *Voogsgeerd*, atendiendo a la naturaleza del trabajo en el sector marítimo, debe considerarse en particular en qué Estado está situado el lugar a partir del cual el trabajador lleva a cabo sus misiones de transporte, recibe las instrucciones sobre sus misiones y organiza su trabajo, así como el lugar en que se encuentran las herramientas de trabajo siendo posible determinar un país a partir del cual el trabajador cumple la parte esencial de sus obligaciones respecto de su empleador<sup>69</sup>.

**23.** Queda clarísima la voluntad del legislador de atribuir una interpretación extensiva al «lugar habitual de trabajo» intentando que, en la medida de lo posible, la ley aplicable al contrato de trabajo se establezca sobre este criterio<sup>70</sup>.

Tras esta sentencia se confirma la extensión de este criterio al personal navegante (pilotos, marinos, personal auxiliar de barco o de vuelo, etc.) en la medida en que estén vinculados a una base fija<sup>71</sup>, dando la sensación de que todo contrato de trabajo posee un «lugar habitual de ejecución», convirtiendo el criterio del establecimiento no en criterio subsidiario sino incluso en criterio marginal<sup>72</sup>. Únicamente en supuestos de absoluta imposibilidad para el juez que conoce del asunto de determinar en qué país se realiza habitualmente el trabajo deberá acudir al criterio del país «en que se encuentre el establecimiento que haya contratado al trabajador»<sup>73</sup>.

Lo cierto es que esta interpretación puede valer para el caso concreto del señor *Voogsgeerd* o situaciones similares, pero considerar que un contrato de trabajo a bordo de buque siempre es ejecutado a partir de un lugar dado nos parece un tanto forzado ya que algunos de los criterios empleados para concretar el país habitual de trabajo pueden ser imposibles de determinar porque puede no existir un puerto de embarque o desembarque cuando, por ejemplo, éstos se efectúan sin encontrarse el buque en un puerto o se realice en aguas internacionales mediante helicópteros. Además ciertas obligaciones de los marinos a bordo de buque mercante son ejecutadas en cada puerto de escala, lo que significa ausencia de base fija de ejecución de las obligaciones frente al empresario<sup>74</sup>.

---

le Plateau continental de deux Etats membres de l'Union Européenne», *Neptunus, Centre de Droit Maritime et Océanique, Université de Nantes*, vol. 8, 2002, versión online; C. GÓRRIZ LÓPEZ, «Competencia judicial internacional y trabajo marítimo: (a propósito de la STJCE de 27 de febrero de 2002, *Weber vs. Universal Odgen Services Ltd.*)», *Anuario de Derecho Marítimo*, Vol. XX, 2003, pp. 307-332; G. PALAO MORENO, nota a la STJCE de 27 de febrero de 2002, As. C-37/00, *REDI*, vol. LIV, núm. 2, 2002, pp. 862-868.

<sup>69</sup> Obviamente, aunque el TJUE no lo diga expresamente, ese lugar es Amberes-Bélgica. La afirmación es expresa en el punto 60 de las Conclusiones de la Abogada General Sra. VERIKA TRSTENJAK. Como en el caso *Weber*, se considera equivalente el lugar *habitual* de trabajo y el lugar *principal* o donde se ejecuta lo esencial del trabajo. *Vid.* G. PALAO MORENO, nota a la STJCE de 27 de febrero de 2002, As. C-37/00, *REDI*, vol. LIV, núm. 2, 2002, pp. 862-868, esp. p. 865, que señala la ampliación forzada del criterio del *forum loci laboris* con el objetivo de no tener que acudir al establecimiento. Igualmente respecto de ley aplicable, M. GARDEÑES SANTIAGO, «La regulación conflictual del contrato de trabajo en el Reglamento Roma I: una oportunidad perdida», *AEDIP*; t. VIII, 2008, pp. 408-410 aludiendo al tránsito del lugar habitual al lugar principal. Para L.F. CARRILLO POZO, «La ley aplicable al contrato de trabajo en el Reglamento Roma I», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, vol. 152, 2011, p. 1031, la idea de «habitual» se ha exacerbado hasta conducir a resultados que son más que discutibles en la perspectiva de ley aplicable.

<sup>70</sup> Punto 77 de las Conclusiones de la Abogada General Sra. VERIKA TRSTENJAK en el asunto *Koelzsch*.

<sup>71</sup> *Vid.* L.C. UBERTAZZI, *Il regolamento Roma I sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali*, Milán, Giuffrè, 2008, p. 94; O. BOSKOVIC, «La protection de la partie faible dans le règlement Rome I», *Recueil Dalloz*, núm. 31, 2008, p. 2176; Igualmente S. FRANCO, «Le règlement «Rome I» sur la loi applicable aux obligations contractuelles», *JDI Clunet*, núm. 1, 2009, p. 65. Para F. JAULT-SESEKE, «L'adoption du règlement n° 593/2008 (Rome I) sur la loi applicable aux obligations contractuelles: le choix de la continuité pour le contrat de travail», *Revue de Droit du Travail*, núm. 10, 2008, p. 623, esta interpretación es bienvenida al no permitir recurrir fácilmente a la conexión subsidiaria del establecimiento de contratación que puede ser forzada o manipulable.

<sup>72</sup> *Cf.* F. JAULT-SESEKE, «Loi applicable aux salariés mobiles: la Cour de justice de l'Union européenne poursuit son travail d'interprétation de l'article 6 de la Convention de Rome», *Revue de Droit du Travail*, núm. 2, 2012, p. 117. En el apartado 47 de la sentencia se afirma que únicamente una interpretación restrictiva del criterio residual (establecimiento) puede garantizar la plena previsibilidad en cuanto a la ley que resulta aplicable al contrato de trabajo.

<sup>73</sup> Apartados 34 y 35 de la sentencia comentada.

<sup>74</sup> Lo que, según la propuesta de la Comisión, parece ser una de las condiciones para considerar que el trabajo es ejecutado a partir de un lugar dado. *Cf.* S. FRANCO, «Le règlement «Rome I» sur la loi applicable aux obligations contractuelles», *JDI Clunet*, núm. 1, 2009, p. 66.

24. Lo que sí se extrae con certeza de las precisiones *ultra petita* aclarando el funcionamiento de la norma de conflicto<sup>75</sup> es que la ley del pabellón no es un criterio válido para regular el contrato de trabajo, de hecho no se menciona ni una sola vez a lo largo de la sentencia<sup>76</sup>.

Sin embargo, a efectos de seguridad social está claro el predominio de la ley del pabellón, y eso que sí se han introducido modificaciones para los miembros de tripulaciones de vuelo y de cabina<sup>77</sup>.

## 2. La cláusula de excepción: los vínculos más estrechos

25. No es extraño encontrar en la Jurisprudencia la llamada a la aplicación de la cláusula de excepción contenida en el último párrafo del artículo 6.2, letra b) CR y actual artículo 8.4 Reglamento Roma I<sup>78</sup>.

Igualmente la doctrina recurre a la aplicación de esta cláusula de excepción basándose bien en la necesidad de eludir las leyes de pabellones de conveniencia<sup>79</sup>, bien en que el Estado donde se localiza el lugar de contratación es un vínculo débil con la relación de trabajo y para evitar el riesgo de traslados de sede del empresario buscando el Derecho de un Estado de baja protección, cuando existe una divergencia manifiesta entre el lugar de contratación y el lugar de empleo efectivo<sup>80</sup>.

26. Se deja abierta la posibilidad del juego de la cláusula de excepción aunque, en puridad, dado que esa vinculación más estrecha se identificaría normalmente con el puerto de explotación real del buque<sup>81</sup>, que en el caso se identifica con el «lugar habitual de trabajo», prácticamente priva de aplicación a la regla de los vínculos más estrechos<sup>82</sup>.

<sup>75</sup> Quizá el TJUE necesitaba reafirmar lo que la Abogada General Sra. VERIKA TRSTENJAK dedica en sus Conclusiones a la *Exposición del orden sistemático de examen en la determinación de la ley aplicable*.

<sup>76</sup> P. CHAUMETTE, «De l'établissement d'exploitation du navire et du lieu habituel de travail d'un marin», *Le Droit Maritime Français*, núm. 734, 2012, p. 228.

<sup>77</sup> Así en el Reglamento nº 883/2004 del PE y del Consejo, de 29 abril 2004, sobre coordinación de los sistemas de seguridad social (DO L 166, 30 mayo 2004, texto consolidado *on line*) tras su última modificación operada por el Reglamento (UE) nº 465/2012 del PE y del Consejo, de 22 mayo 2012 (DO L 149 de 08 junio 2012), en su artículo 11.4 establece que «A los efectos del presente título, una actividad por cuenta ajena o propia ejercida normalmente a bordo de un buque en el mar que enarbole pabellón de un Estado miembro se considerará una actividad ejercida en dicho Estado miembro. No obstante, la persona que ejerza una actividad por cuenta ajena a bordo de un buque que enarbole pabellón de un Estado miembro y que sea remunerada por esta actividad por una empresa o una persona que tenga su sede o su domicilio en otro Estado miembro estará sujeta a la legislación de este último Estado miembro si reside en dicho Estado. La empresa o persona que abone la remuneración será considerada como empresario a efectos de dicha legislación». Y en el artículo 11.5 «La actividad de un miembro de tripulación de vuelo o de cabina en el marco de una prestación de servicios de transporte aéreo de pasajeros o mercancías se considerará una actividad realizada en el Estado miembro en el que se encuentre la «base...» (el concepto base se añade en el Considerando 18 ter como el «lugar asignado por el operador a cada tripulante, en el cual habitualmente este comienza y termina uno o varios períodos de actividad y en el que, en condiciones normales, el operador no se responsabiliza del alojamiento del tripulante»).

<sup>78</sup> En esta línea se sitúa la STSJ de las Islas Canarias, Las Palmas (Sala de lo Social, sec. 1ª), de 9 noviembre 2006, Aranzadi Westlaw JUR\2007\69053 comentada por M. SABIDO RODRÍGUEZ, *AEDIPr*; t. VI, 2006, pp. 903-908 y mencionada en *La protección del trabajador en sucesiones internacionales de empresas*, Navarra, Aranzadi-Thomson, 2009, p. 221 a propósito de la concreción de los vínculos más estrechos en el contrato de trabajo.

<sup>79</sup> Vid. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. II, 12ª ed., Granada, Comares, 2011, p. 852; J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 6ª ed., Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p. 541; M. VIRGÓS SORIANO, «El Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales», en G. GARCÍA DE ENTERRÍA, J.D. GONZÁLEZ CAMPOS y S. MUÑOZ MACHADO (dirs.), *Tratado de Derecho comunitario europeo*, Madrid, 1986, p. 803; J.L. IRIARTE ÁNGEL, *El contrato de embarque internacional*, Madrid, Eurolex, 1993, p. 157. No obstante L.F. CARRILLO POZO, «La ley aplicable al contrato de trabajo en el Reglamento Roma I», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, vol. 152, 2011, p. 1050, entiende que no cabe esta excepción para este supuesto.

<sup>80</sup> E. ZABALO ESCUDERO, «Mecanismos de flexibilización y materialización en la regulación del contrato internacional de trabajo», en *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Madrid, 2005, t. II, pp. 1827 y 1828. Vid. Apartado 51 de la sentencia y punto 73 de las conclusiones de la Abogada General.

<sup>81</sup> P. CHAUMETTE, «L'internationalisation du travail maritime. L'impossible encadrement?», *Le Droit Maritime Français*, núm. 543, 1994, p. 689; P. CHAUMETTE, «le droit du travail des gens de mer en chantier –deconstruction/reconstruction», *Il Diritto Marittimo*, vol. IV, 2004, p. 1252; C. BRIÈRE, nota a la STJUE de 15 marzo 2011, Heiko Koelzsch. As. C-29/10, *JDI Clunet*, T. 139, núm. 1, 2012, p. 193; S.M. CARBONE, *Conflicts de lois en droit maritime*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010, p. 187

<sup>82</sup> Claramente a favor de convertir en regla general la cláusula de excepción, O. FOTINOPOULOU BASURKO, *El contrato de trabajo de la gente de mar. Estudio del problema de la determinación de la ley rectora al contrato de embarque en el contexto de los registros abiertos*, Granada. Comares, 2008, pp. 182-191.

### 3. Delimitación del criterio subsidiario: ¿sirve cualquier establecimiento de contratación?

#### A) Criterios para su identificación

27. Como, de todos modos, el órgano jurisdiccional remitente consideró que no era aplicable el criterio del lugar habitual de trabajo, entendiendo que se trataba de un trabajo plurilocalizado, la fórmula elegida en el artículo 6.2, letra b) CR o en el artículo 8.3 Reglamento Roma I, exige precisar a qué establecimiento de contratación se refiere.

Pero, ciertamente, a lo largo de la sentencia se refleja la poca utilidad de las cuestiones para resolver el litigio concreto, dado el empeño del TJUE de extender la Jurisprudencia *Koelzsch* al contrato de trabajo de los marinos y, con análogos criterios, identificar un lugar habitual de trabajo<sup>83</sup>, si bien para un marino el único lugar posible de trabajo habitual es el buque, de hecho algunos marinos «embarcados» pueden realizar campañas enteras sin tocar el muelle de un puerto, simplemente porque el barco no llegue a atracar en ninguno.

Se pide al TJUE que determine si el concepto de establecimiento que ha contratado al trabajador, en el sentido del artículo 6.2, letra b) CR, se refiere al establecimiento del empresario que, según el contrato, contrató al trabajador o al establecimiento del empresario al que el trabajador está vinculado para el desempeño efectivo de su trabajo y si esa vinculación puede desprenderse de la circunstancia de que el trabajador debe presentarse regularmente y debe recibir instrucciones en esta última empresa. En otros términos, se pide que concrete qué establecimiento es el relevante, aquél que contrató al trabajador o aquél en el que se inserta el trabajador<sup>84</sup>.

28. Para la concreción de este criterio, caben dos planteamientos: uno, basado en un criterio fáctico que haría referencia al lugar del establecimiento al que está vinculado el trabajador en el desempeño efectivo de su trabajo; y otro, basado en un criterio formal que haría referencia al lugar del establecimiento que, según el contrato, ha contratado al trabajador<sup>85</sup>.

Tanto la Comisión como el Gobierno neerlandés se inclinan por el criterio formal. El Gobierno neerlandés se inclina por la interpretación literal, en aras de una mayor previsibilidad, y la Comisión se basa en que del tenor de la disposición se extrae que el término «contratación» se vincula con la fecha de celebración del contrato y no con el desempeño efectivo de la actividad. En cambio el señor *Voogsgeerd* y el Gobierno belga se inclinan por el criterio fáctico. Según el señor *Voogsgeerd*, el criterio formal de la contratación puede ser un criterio débil, sin vínculos con la relación laboral cuando estemos ante un contrato celebrado con el establecimiento de una sociedad matriz con el mero objetivo de trabajar en el extranjero para la sucursal de esta sociedad. Para el Gobierno belga la interpretación fáctica obedece a la necesidad de vinculación del contrato con la realización efectiva del trabajo, para evitar abusos por parte del empresario mediante traslados de domicilio de la sociedad a Estados con escasas garantías sociales para el trabajador<sup>86</sup>.

29. Teniendo en cuenta que únicamente se pueden considerar elementos relativos a la conclusión del contrato, pues los elementos relativos a la realización del trabajo sirven para caracterizar un lugar habitual de trabajo como criterio principal<sup>87</sup>, el TJUE no puede optar más que por una concepción formal

<sup>83</sup> Afirma F. JAULT-SESEKE, «Loi applicable aux salariés mobiles: la Cour de justice de l'Union européenne poursuit son travail d'interprétation de l'article 6 de la Convention de Rome», *Revue de Droit du Travail*, núm. 2, 2012, p. 116, que el tribunal obligado a responder a las cuestiones planteadas se engancha en fórmulas sibilinas.

<sup>84</sup> *Vid.* las precisiones realizadas en el punto 7 de nuestro comentario para competencia judicial internacional.

<sup>85</sup> F. JAULT-SESEKE, «L'office de juge dans l'application de la règle de conflit de lois en matière de contrat de travail», *RCDIP*, núm. 2, 2005, pp. 253-385, p. 267 pone de manifiesto la noción incierta de «empleo/contratación» porque no se sabe si se refiere al lugar de conclusión del contrato o al lugar donde está situado el establecimiento al que se vincula el asalariado. El lugar de conclusión del contrato de trabajo nunca sería pertinente; retenerlo como criterio de conexión suscitara fraudes.

<sup>86</sup> Puntos 27 a 35 de las Conclusiones de la Abogado General Sra. VERIKA TRSTENJAK.

<sup>87</sup> Ver puntos 65 a 68 de las conclusiones de la Abogado General Sra. VERIKA TRSTENJAK, aunque después en el punto 73, tras señalar el establecimiento que contrata evitando como único criterio el lugar de contratación, acaba afirmando que «la

de «establecimiento» de lo que resulta que se refiere exclusivamente al establecimiento que procedió a contratar al trabajador y no a aquél al que está vinculado por su ocupación efectiva (apartado 52)<sup>88</sup>.

**30.** Varias razones abogan porque este criterio formal no pueda interpretarse de forma literal en el sentido de referirse únicamente al lugar de celebración del contrato.

Primero. Porque por establecimiento puede entenderse tanto la sede principal de la empresa como sus agencias o sucursales pudiendo éstas contratar en nombre propio o en nombre de la empresa principal<sup>89</sup>.

Segundo. Se exige que la sucursal o agencia haya actuado activamente por orden del empresario en la celebración del contrato, debiendo tomar en consideración no los elementos relativos a la realización del trabajo, sino únicamente los relativos al procedimiento de conclusión del contrato, como son el establecimiento que publicó el anuncio de contratación y el que realizó la entrevista, y debe tratar de determinar la localización real de dicho establecimiento<sup>90</sup>.

Tercero. El temor a la creación de centros o sucursales establecidas en países de baja protección social<sup>91</sup>, en clara alusión a las agencias de contratación de personal<sup>92</sup>, exige requisitos adicionales a la celebración del contrato. Así, no bastan meras oficinas de contratación sino que para poder ser entendidas como «establecimiento» deben servir a la finalidad comercial de la empresa mediante la gestión y la organización del empleo del personal reclutado; el trabajador debe haber sido efectivamente contratado por un centro de actividad de esta empresa<sup>93</sup>.

**31.** En conclusión, atendiendo al acto formal de contratación del trabajador y no al aspecto fáctico del ejercicio de la actividad, se afirma que el concepto de «establecimiento del empleador que hubiere contratado al trabajador» se refiere exclusivamente al establecimiento que procedió a contratar al trabajador y no a aquél al que está vinculado por su ocupación efectiva<sup>94</sup>.

---

exclusiva toma en consideración del lugar de celebración del contrato a la hora de aplicar el artículo 6.2, letra b), puede resultar inadecuada en el caso de no coincidencia entre establecimiento contratante y lugar de actividad...» recurriendo a la cláusula de excepción.

<sup>88</sup> Postura que se contradice con la mantenida, entre otros, por L.F. CARRILLO POZO, «La ley aplicable al contrato de trabajo en el Reglamento Roma I», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, vol. 152, 2011, p. 1047.

<sup>89</sup> *Vid.* punto 70 de las conclusiones de la Abogada General Sra. VERIKA TRSTENJAK y, particularmente nota 38. Aunque se hace la referencia al texto inglés para apoyar este dato, recordamos que en la versión española se recoge con la locución «a través» incorporada en el artículo 8.3 Reglamento Roma I.

<sup>90</sup> Según el apartado 50 de la sentencia. No obstante, como pone de relieve F. JAULT-SESEKE, todos estos elementos relativos al procedimiento de conclusión del contrato no son necesariamente pertinentes pues está claro que en caso de subcontratación del procedimiento de selección el lugar de la agencia de selección de personal debe quedar sin incidencia sobre la ley aplicable al contrato de trabajo. *Cf.* F. JAULT-SESEKE, «Loi applicable aux salariés mobiles: la Cour de justice de l'Union européenne poursuit son travail d'interprétation de l'article 6 de la Convention de Rome», *Revue de Droit du Travail*, núm. 2, 2012, p. 118.

<sup>91</sup> Esta necesidad de evitar abusos es lo que lleva, entre otros, a E. ZABALO ESCUDERO, «Mecanismos de flexibilización y materialización en la regulación del contrato internacional de trabajo», en *Pacis Artes. Obra Homenaje al Profesor Julio D. González Campos*, Madrid, 2005, t. II, p. 1827 a entender que se está haciendo referencia al establecimiento al que el trabajador se encuentre organizativamente adscrito o al lugar donde radica el establecimiento que ha acogido al trabajador.

<sup>92</sup> *Vid.* nota 40 de las Conclusiones de la Abogada General Sra. VERIKA TRSTENJAK. De acuerdo con O. FOTINOPOULOU BASURKO, *El contrato de trabajo de la gente de mar. Estudio del problema de la determinación de la ley rectora al contrato de embarque en el contexto de los registros abiertos*, Granada, Comares, 2008, p. 180, ante agencias de contratación establecidas en países dotados con legislaciones sociolaborales convenientes al explotador del buque, es desaconsejable la utilización de la conexión «lugar de contratación» por tratarse en múltiples ocasiones de un punto de conexión ficticio.

<sup>93</sup> Punto 71 de las Conclusiones de la Abogada General Sra. VERIKA TRSTENJAK.

<sup>94</sup> Si leemos el punto 75 de las Conclusiones de la Abogada General, se afirma, en la versión española, que «por Estado en el que se encuentra el establecimiento que ha contratado el trabajador en el sentido del artículo 6.2 letra b) CR ha de entenderse el Estado en que se encuentre el establecimiento del empresario que haya *empleado* al trabajador en virtud de un contrato de trabajo». Debe querer decir *contratado*, siguiendo el sentido formal del término, lo que se confirma en la versión francesa de las Conclusiones de la Abogada General y que es la que recoge el pronunciamiento del TJUE: «il convient de constater que le pays où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur, au sens de l'article 6, paragraphe 2, sous b), de la convention de Rome doit s'entendre comme le pays où se trouve l'établissement de l'employeur qui, selon le contrat de travail, a embauché le travailleur».



## B) Requisitos exigidos para ser considerado «establecimiento de contratación»

32. A la pregunta de si este establecimiento, a efectos de la aplicación del criterio subsidiario debe tener personalidad jurídica o puede ser un establecimiento de hecho, el señor *Voogsgeerd* defendía que un operador económico puede ser clasificado como establecimiento en el sentido del artículo 6.2, letra b) CR si cuenta con una representación o una oficina que tenga una cierta permanencia y posea personalidad jurídica o bien cumpla otras exigencias sin que deba poseer una facultad de dirección o que el empresario principal haya delegado en él tal facultad, mientras que el *Gobierno belga* sostiene que no es precisa la posesión de personalidad jurídica bastando que su constitución se realice de conformidad con el Derecho del Estado del establecimiento, pero debe haber recibido de la empresa matriz el poder de dirección en relación con la fijación de las modalidades de remuneración y las condiciones de despido. Por su parte la *Comisión* sostiene, remitiéndose a la *STJCE de 22 de noviembre de 1978, Somafer SA, As. 33/78*, que la clasificación como establecimiento requiere un mínimo de estabilidad para impedir que se establezca un vínculo con un Estado que tenga un nivel de protección de los trabajadores inferior<sup>95</sup>.

Por su parte la Abogado general, afirma que para la calificación de establecimiento en el sentido del artículo 6.2, letra b) del CR no es requisito imperioso la obtención de personalidad jurídica pero sí es un requisito mínimo una cierta permanencia, para evitar que el empresario se aproveche de una presencia meramente provisional en un determinado Estado para obtener la aplicación de un Derecho caracterizado por un bajo nivel de protección de los trabajadores<sup>96</sup>.

Después acaba afirmando que «el concepto de «establecimiento» en el sentido del artículo 6.2, letra b) CR debería entenderse en el sentido de que *comprende primordialmente la empresa que organiza en términos globales la actividad laboral del trabajador* (la cursiva es nuestra)» aunque podría interpretarse de forma amplia para comprender también otras unidades organizativas, diferenciadas de la sede del titular de la empresa, que desarrollen una actividad para el empresario, sin tener que reunir los requisitos para ser una empresa, bastando con que el empresario desarrolle su actividad empresarial desde allí y a tal fin contrate a trabajadores<sup>97</sup>. La Abogado General deja claro que está extrapolando la definición de establecimiento del artículo 5.5 Reglamento 44/2001 al artículo 6.2, letra b) del CR<sup>98</sup>.

33. El TJUE sigue las Conclusiones de la Abogado General, y considera que el término establecimiento se refiere a todas las estructuras estables de una empresa, pudiendo constituir establecimientos, en el sentido del artículo 6.2, letra b) CR, no sólo las filiales y las sucursales, sino también otras unidades, como las oficinas de una empresa, incluso aunque carezcan de personalidad jurídica, siempre y cuando estén dotadas de cierta estabilidad<sup>99</sup>.

Y añade que para ser considerado establecimiento que contrata, a los efectos de la aplicación del criterio de vinculación del CR, es necesario que éste pertenezca a la empresa que contrata al trabajador<sup>100</sup>, es decir, que forme parte integrante de su estructura<sup>101</sup>.

<sup>95</sup> *Vid.* puntos 36 a 40 de las Conclusiones de la Abogado General Sra. VERIKA TRSTENJAK.

<sup>96</sup> Punto 81 de las Conclusiones de la Abogado General Sra. VERIKA TRSTENJAK, inspirándose en el ejemplo del representante que pone P. LAGARDE, «Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980», *RCDIP*, 1991, vol. 80, núm. 2, p. 318, y que reproducen los apartados 55 y 56 de la sentencia.

<sup>97</sup> Punto 82 de las Conclusiones de la Abogado General Sra. VERIKA TRSTENJAK.

<sup>98</sup> Puntos 83 y 84 las Conclusiones de la Abogado General Sra. VERIKA TRSTENJAK. Ojo que en el Punto 84, en la versión española se dice que el establecimiento debe tener una relación de *independencia* jurídica frente a la sociedad principal, en lugar de *dependencia*.

<sup>99</sup> Apartados 54 y 55 de la sentencia y punto 81 de las Conclusiones de la Abogado General Sra. VERIKA TRSTENJAK.

<sup>100</sup> En las Conclusiones de la Abogado General Sra. VERIKA TRSTENJAK, puntos 82 y 83, se afirma que el «establecimiento» ha de diferenciarse de la «sede del empresario» bastando, para la calificación de establecimiento, con que «el empresario desarrolle su actividad empresarial desde allí y a tal fin contrate a trabajadores», lo que parece indicar que se asimila a un centro de explotación en el sentido del artículo 5.5 Reglamento 44/2001.

<sup>101</sup> Apartado 57 de la sentencia. Para J.L. IRIARTE ÁNGEL, *El contrato de embarque internacional*, Madrid, Eurolex, 1993, pp. 105-106, nada se opone a que estos establecimientos sean propiedad de una persona jurídica independiente, controlada o no por la empleadora, especialmente cuando su actividad principal es, justamente, contratar trabajadores por cuenta y en nombre de otras empresas, como hacen las agencias de embarque.

Esta afirmación, en principio, provoca que la intervención de agencias independientes o intermediarios en la contratación no pueda ser considerada a efectos de determinación de ley aplicable al contrato de trabajo<sup>102</sup>, lo cual, entendemos, no se coherencia con la expresión recogida en el artículo 8.3 Reglamento Roma I «a través del cual...»<sup>103</sup>.

Aunque después afirma que «únicamente en el supuesto en que resulte que una de las dos sociedades actuó por cuenta de la otra, podrá considerarse que el establecimiento de la primera pertenece a la segunda, a efectos de la aplicación del criterio de vinculación que establece el artículo 6.2, letra b) CR»<sup>104</sup>.

**34.** En ocasiones, con el ánimo de favorecer la aplicación de la ley laboral y de seguridad social española, las agencias de embarque españolas han sido consideradas «empresarias» de los marinos españoles contratados en España para ser embarcados en buques bajo bandera de conveniencia<sup>105</sup>. En esa línea se pronuncia la propuesta de Ley General de Navegación Marítima, al establecer en su artículo 214.2, relativo a contratación de dotaciones que «los agentes o representantes de armadores extranjeros que contraten en España a marinos nacionales para prestar servicios en buques extranjeros serán responsables solidarios con tal armador del cumplimiento del contrato celebrado...»<sup>106</sup>.

### C) Establecimiento colaborador del empresario sin facultad de dirección

**35.** Como ya hemos puesto de relieve en el apartado 11 de nuestro comentario, estamos en un caso en que ambos establecimientos, el de ocupación efectiva (la empresa belga Navigoble) y el que contrata (la empresa luxemburguesa Navimer), comparten un mismo director aunque no conste que formen parte del mismo grupo empresarial.

Para determinar si Navigoble es también empresa empleadora del personal contratado por Navimer, aunque no se le hayan transferido poderes de dirección<sup>107</sup>, el TJUE remite a la valoración de todos los elementos objetivos que permitan establecer la existencia de una situación real que difiere de la que

<sup>102</sup> Cf. F. JAULT-SESEKE, «Loi applicable aux salariés mobiles: la Cour de justice de l'Union européenne poursuit son travail d'interprétation de l'article 6 de la Convention de Rome», *Revue de Droit du Travail*, núm. 2, 2012, p. 118. Sin embargo, una opinión contraria se extrae del ejemplo con las ETT que puede verse en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. II, 12ª ed., Granada, Comares, 2011, p. 853.

<sup>103</sup> Según M. GARDEÑES SANTIAGO, «La regulación conflictual del contrato de trabajo en el Reglamento Roma I: una oportunidad perdida», *AEDIPr*, t. VIII, 2008, p. 413, ya que el Art. 8.3 no especifica que el establecimiento tenga que pertenecer al empresario, podría entenderse que el país en que se ubica la agencia o intermediario como el país del establecimiento contratante pero estaría dando al empresario la posibilidad de localizar ficticiamente las contrataciones en la sede de agencias en países con estándares laborales bajos, por tanto este sería un criterio débil, puesto que no tendría una vinculación significativa con el contrato y, por tanto, debiera descartarse en favor de la sede real del empleador, o de cualquier otro criterio que representara un vínculo más estrecho.

<sup>104</sup> Apartados 49 y 64 de la sentencia. A propósito de las empresas reclutadoras de mano de obra G. PALAO MORENO, *Los grupos de empresas multinacionales y el contrato individual de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, p. 169, considera que para poder aplicar el criterio de vinculación contenido en el artículo 6, apartado 2, letra b) CR es necesario que la empresa reclutadora de mano de obra haya intervenido activamente en la contratación y que el grupo naviero posea un establecimiento secundario con cierta permanencia en ese lugar.

<sup>105</sup> Ver J.L. IRIARTE ANGEL, *El contrato de embarque internacional*, Madrid, Eurolex, 1993, pp. 169-170 y X.M. CARRIL VÁZQUEZ, «Aspectos laborales y de seguridad social de los pabellones de conveniencia», *Revista española de Derecho del trabajo*, vol. 108, 2001, pp. 909-927, esp. p. 920.

<sup>106</sup> Propuesta presentada por el Grupo Parlamentario Socialista (*BOCG-Congreso*, Serie B, Núm. 84-1, 6 de julio de 2012). De acuerdo con O. FOTINOPOULOU BASURKO, *El proceso laboral internacional en el Derecho comunitario*, Sevilla, Consejo Económico y Social de Andalucía, 2008, p. 142, a propósito de la CJI y la dificultad de determinar el establecimiento contratante cuando intervienen agencias de management, en la nota 343 afirma que «la firma de los denominados acuerdos-tipo de gestión de tripulación Crewman A y Crewman B en conjunción con la noción de «Shipowner» (armador) que realiza el Convenio sobre trabajo marítimo de la OIT 2006 permitiría –sin demasiadas dificultades- imputar a la empresa de management y a la empresa receptora de mano de obra la consideración de empresarias».

<sup>107</sup> Y en ese caso volvemos a estar ante una sucursal, una agencia o cualquier otro establecimiento del empresario en el sentido del artículo 5.5 Reglamento 44/2001, pues únicamente si no están sometidos ni a su control ni a su dirección no estaremos ante este tipo de establecimiento. En este sentido *vid.* STJCE de 6 octubre 1976, *De Bloos*, As. 14/76 y STJCE de 18 marzo 1980, *Blanckaert & Willems*, As. 139/80.

se desprende de los términos del contrato<sup>108</sup>. Parece que lo relevante es si de la situación fáctica se puede deducir que Navigoble es utilizada ordinariamente por la empresa empleadora<sup>109</sup>.

Esta necesidad de atender a la verdad material en la determinación del empresario<sup>110</sup>, nos parece que se aleja del criterio formal mantenido, si bien puede ser útil para la búsqueda de una ley más estrechamente vinculada conforme a la cláusula de excepción, pues corresponde a los tribunales de los Estados miembros de la UE participar con sus decisiones en la búsqueda del verdadero empleador a través de criterios de proximidad, tanto en competencia judicial como en la solución del conflicto de leyes, para impedir conexiones lejanas, complacientes o ficticias que, voluntariamente, oscurecen la identidad del empleador<sup>111</sup>.

Se trata de determinar si Navigoble, que parece ser un colaborador independiente que actúa en nombre y por cuenta del naviero, entre cuyos encargos está la gestión de la dotación o tripulación (*crew management*), puede ser considerado también «empleador». En realidad, se busca al verdadero empleador del marino o a sus coempleadores a través de la ley aplicable<sup>112</sup>.

**36.** A propósito de esta cuestión la Abogado General, una vez más acogiéndose a la interpretación formal del acto de contratación, entiende que la facultad de dirección no puede ser un criterio pertinente para la calificación de establecimiento, sino para distinguirlo de las actividades por cuenta propia, lo que implica que no es decisivo quién tenga la facultad de dirección, pudiendo ésta ser delegada por el empresario en un tercero. El hecho de que el trabajador reciba instrucciones a través de una sociedad, dada la posibilidad para el empresario de delegar estos poderes de instrucción y supervisión del trabajo, no desvirtúa el cumplimiento de las obligaciones frente al empresario<sup>113</sup>.

Por tanto, concluye el TJUE que la facultad de dirección por sí sola no es determinante para considerar que el trabajador, en realidad, fue contratado por una sociedad distinta de la que figura como empleador<sup>114</sup>, sin que acabe de aclararse si el establecimiento de una sociedad tercera que interviene en el proceso de contratación, aunque no tenga la cualidad de empleador, puede ser considerado «establecimiento que contrata»<sup>115</sup>.

**37.** La circunstancia de que en este caso pueda ubicarse un puerto habitual del buque lleva a pasar por alto la práctica habitual de la contratación a través de sociedades *manning* (agencias de embarque o agencias de administración de la tripulación)<sup>116</sup> que, si bien a veces actúan como mandatarios del naviero, en otras se convierten en el empleador directo de los trabajadores marítimos<sup>117</sup>, lo que debería

<sup>108</sup> Apartado 62 de la sentencia.

<sup>109</sup> Cf. I.A. RODRÍGUEZ CARDO, «Ley aplicable al contrato de trabajo: lugar de contratación vs lugar de trabajo», *Actualidad Laboral*, núm. 5, Quincena del 1 al 15 Mar. 2012, versión *online*.

<sup>110</sup> Cf. J.M. MIRANDA BOTO y M. NOGUEIRA GUASTAVINO, «Sentencias sociales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Octubre 2011-Febrero 2012», *Actum Social* n° 61. Marzo 2012, *online*.

<sup>111</sup> P. CHAUMETTE, «le droit du travail des gens de mer en chantier –deconstruction/reconstruction», *Il Diritto Marittimo*, vol. IV, 2004, pp. 1250-1252, alude a la práctica de los tribunales de Estados miembros consistente en atribuirse la competencia a título de tribunal del puerto donde el marino trabaja o de lugar real de explotación del buque, ignorando el domicilio del empleador e incluso el lugar de contratación del marino, privilegiando así un vínculo de proximidad para el acceso a la justicia. Y señala que esta misma proximidad hay que buscarla en la vinculación del contrato con un ordenamiento para huir de las leyes del pabellón (impuestas para regir el buque) o la elegida por las partes (impuesta para regir la sociedad de gestión de personal)

<sup>112</sup> Tal como lo expresa P. CHAUMETTE, *Prólogo* a la obra de O. FOTINOPOULOU BASURKO, *El contrato de trabajo de la gente de mar. Estudio del problema de la determinación de la ley rectora al contrato de embarque en el contexto de los registros abiertos*, Granada, Comares, 2008, p. XXVII.

<sup>113</sup> Punto 87 a 90 de las Conclusiones de la Abogado General Sra. VERIKA TRSTENJAK.

<sup>114</sup> Apartado 63 de la sentencia.

<sup>115</sup> Y, como afirma F. JAULT-SESEKE, sería deseable una respuesta claramente negativa para evitar las tentaciones de una deslocalización del contrato, incluso aunque con ella condujera a un callejón sin salida, porque ¿dónde situamos el establecimiento que contrata cuando no es aquél en el seno del cual el asalariado realiza efectivamente su trabajo? Cf. F. JAULT-SESEKE, «Loi applicable aux salariés mobiles: la Cour de justice de l'Union européenne poursuit son travail d'interprétation de l'article 6 de la Convention de Rome», *Revue de Droit du Travail*, núm. 2, 2012, p. 118.

<sup>116</sup> Sobre éstas O. FOTINOPOULOU BASURKO, *El contrato de trabajo de la gente de mar. Estudio del problema de la determinación de la ley rectora al contrato de embarque en el contexto de los registros abiertos*, Granada, Comares, 2008, pp. 46-49 y 180-182.

<sup>117</sup> *Vid.* S.M. CARBONE, *Conflits de lois en droit maritime*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010, p. 190; M. A. ASÍN CABRERA, «La ley aplicable a los contratos de embarque internacional y el Reglamento Roma I», *AEDIPr*, t. VIII, 2008, pp. 373-386, p. 382.

permitir considerar a estas sociedades «establecimiento de contratación» a efectos de ley aplicable al contrato, siempre que además coincida con otros vínculos como el del lugar del establecimiento a partir del cual es efectivamente utilizado el buque o con el lugar de la sede a partir de la cual la empresa del armador tiene su centro de dirección y/o su actividad<sup>118</sup>.

#### IV. Valoración crítica

**38.** No es habitual que el TJUE se extienda en razonamientos que quedan al margen de las cuestiones prejudiciales.

Para dar una respuesta a las planteadas en este caso, el TJUE razona en dos fases. Primero nos ilustra sobre la necesidad de utilizar con carácter prioritario la conexión de la «ley del país de realización habitual del trabajo». Y sólo en segundo lugar pasa a valorar las cuestiones sobre el «establecimiento de contratación».

Y son las consideraciones sobre la conexión ley del país de realización habitual del trabajo, en todo caso *ultra petitem*, las que acaban tomando protagonismo en la sentencia porque hasta ahora, salvo para los casos de transporte de cabotaje nacional, nadie se había atrevido a afirmar con esta rotundidad que en los contratos de trabajo a bordo de buque mercante pueda fijarse un país que sea considerado «lugar habitual de trabajo».

**39.** El TJUE, probablemente movido por la intención de favorecer la aplicación de la ley más favorable para el trabajador y con el ánimo de que las normas de Derecho belgas no fueran desplazadas por la menos favorable ley luxemburguesa para otorgar al trabajador el derecho a la indemnización que solicitaba, acaba otorgando una igualdad de tratamiento al trabajo realizado en tierra y al trabajo en el mar, obviando que un buque es un centro de trabajo fijo a efectos de ubicar el lugar de prestación del servicio, lo que le diferencia de otros medios de transporte como el camión del caso *Koelzch* que, propiamente, no es un centro de trabajo.

Pero no es esta la única diferencia con el caso *Koelzch*. Valorando los criterios a tomar en consideración para establecer el país de realización habitual del trabajo, entre otras, podemos mencionar las siguientes diferencias:

Primera. En el transporte por carretera, la actividad siempre se desarrolla en un territorio, lo que no ocurre en el transporte marítimo salvo el de cabotaje nacional y no siempre pues incluso en éste también se navega por aguas internacionales, por ejemplo en un transporte marítimo entre Málaga-Melilla, considerado cabotaje nacional, se navega por aguas de Marruecos. Por tanto, no puede diferenciarse, como en *Koelzch*, entre países de mero tránsito, sin destino final, y países con destino final. En el transporte marítimo cada puerto es un lugar de actividad o destino final.

Segunda. El lugar donde se ubican las herramientas de trabajo, que en este caso es el buque, lo es también cada puerto en el que atraca el barco, siempre en cumplimiento de las obligaciones frente al empresario. No puede hablarse propiamente de estacionamiento del barco en un determinado país.

Tercera. El lugar de inicio y de destino puede ser incierto pues no todos los servicios de transporte marítimo internacional son en líneas regulares, como es el caso de la navegación tramp (*tramp Shipping*).

Cuarta. El puerto de embarque y desembarque puede ser igualmente incierto, es algo que depende de las necesidades del buque y de los periodos de vacaciones de la tripulación a bordo.

---

<sup>118</sup> Vid. S.M. CARBONE, *Conflicts de lois en droit maritime*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2010, p. 187. En la nota 225 de la p. 189, nos ilustra con la práctica de los tribunales franceses que no han dudado en aplicar estos criterios para interpretar las reglas de competencia de los artículos 18 a 20 Reglamento 44/2001 a fin de permitir al trabajador prevalerse de la competencia jurisdiccional del Estado del puerto a partir del cual o en el cual el trabajador efectuó sus prestaciones o bien del estado del puerto en el que se encuentra la base efectiva de explotación del buque a bordo del cual se ha efectuado el trabajo, sin otorgar ningún papel al Estado del pabellón o al del puerto donde el buque está matriculado. Se trata de privilegiar una conexión de proximidad para el acceso al derecho y a la justicia.

40. En el caso concreto se entiende que el TJUE haya considerado que puede localizarse un lugar principal, más que habitual, de trabajo. Pero creemos que la línea en la que ha entrado el TJUE acaba en la más pura casuística, lo que se comprueba si contrastamos todos los índices sustanciales o temporales a considerar y cómo acaban siendo valorados.

Resulta que aquí parece fundamental el dato de que el señor *Voogsgeerd* reciba las instrucciones en Bélgica, cuando en *Koelzsch* la misma Abogado General afirmaba que para determinar el país en el cual o a partir del cual el trabajador realiza habitualmente su trabajo no resulta relevante el hecho de que el Sr. *Koelzsch* recibiese instrucciones de Gasa Spedition, con domicilio en Luxemburgo, o directamente de la sociedad Gasa Odense Blomster, con domicilio social en Dinamarca; ese extremo, en ese caso concreto, se dijo que no ayudaba a determinar dónde cumplió el trabajador sus obligaciones frente al empresario.

Nos cuestionamos seriamente si las soluciones son extensibles a todos los contratos de marinos o gente del mar. Y ponemos en duda la afirmación que hace el TJUE en el apartado 47 de la sentencia según la cual «únicamente una interpretación restrictiva del criterio residual (establecimiento) puede garantizar la plena previsibilidad en cuanto a la ley que resulta aplicable al contrato de trabajo».

41. En realidad, cuando el TJUE lleva a cabo una aproximación extensiva del lugar habitual de trabajo a través del centro efectivo de operaciones, lo que está considerando es un criterio basado en el centro de explotación del buque más que un lugar habitual de trabajo. Otra cosa es forzar la situación, aunque sea, insistimos, con el único ánimo de favorecer la aplicación de la ley alegada por el trabajador.

42. Con la interpretación que impide asimilar el «establecimiento de contratación» con el centro de ocupación efectiva, porque acaba siendo el lugar habitual de trabajo, se deja clara la marginalidad del «establecimiento» a los efectos de ley aplicable. Pero además otra consecuencia indirecta es la de limitar el juego de la cláusula de excepción puesto que la interpretación del lugar habitual de trabajo tal como la ha perfilado el tribunal traduce de forma suficientemente adaptada el principio de proximidad.

Hacemos una llamada de atención sobre la extensión de esta interpretación a las normas de conflicto de jurisdicciones porque, como se ha puesto de relieve, o bien debemos entender que «establecimiento que emplea» no es un concepto similar en conflictos de jurisdicciones y en conflictos de leyes, o se acaba anulando el foro del artículo 19.2, letra b) del Reglamento 44/2001 al asimilar el centro efectivo de ocupación del trabajador (el centro en el que se integra), con el lugar habitual de trabajo del artículo 19.2, letra a) del Reglamento 44/2001.

43. Finalmente, el tribunal no ha resuelto la cuestión fundamental de si el establecimiento de una sociedad tercera que interviene en el proceso de contratación, aunque no tenga la cualidad de empleador, puede ser considerado «establecimiento que contrata», dando la sensación de desconocimiento de las fórmulas de contratación de las tripulaciones en el sector marítimo.

Ciertamente, si no se quiere que la ley del establecimiento que contrata sea una conexión válida cuando estemos ante agencias de embarque para evitar las tentaciones de una deslocalización del contrato por el empleador, necesariamente debemos volver al establecimiento de vinculación efectiva, entrando de este modo en un círculo vicioso.

Definitivamente, no creemos que con esta decisión el TJUE haya contribuido a lograr un puerto seguro para la relación laboral en el tráfico marítimo internacional.

# NUEVAS INICIATIVAS CONTRA LA TRATA DE PERSONAS: LA IMPLICACIÓN DE TODOS LOS ACTORES (EL PAPEL DE LOS PARTICULARES)\*

ALBERTO MUÑOZ FERNÁNDEZ

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho Internacional Privado  
Investigador del Instituto Cultura y Sociedad  
Universidad de Navarra*

Recibido: 08.07.2012 / Aceptado: 13.07.2012

**Resumen:** La trata de personas es un fenómeno todavía presente en la mayor parte de los países del mundo. Muchas empresas llevan a cabo este tipo de prácticas o se benefician directa o indirectamente de ellas. La *California Transparency in Supply Chains Act of 2010* se une a una larga lista de acciones para sancionar, prevenir y proteger frente a este crimen contra la humanidad. La ley obliga a ciertas empresas a divulgar sus esfuerzos para erradicar la trata de personas en su cadena de suministro. Con esta sencilla obligación se espera que un número limitado de grandes empresas que realizan actividades en California controlen a otras empresas que muchas veces operarán fuera de dicho estado. Es de esperar que los consumidores de todo el mundo, con sus decisiones, premien o penalicen a las empresas en función de sus esfuerzos para llevar a cabo las acciones que la ley indirectamente invita a realizar. Si ciertas empresas pretenden obtener con la trata de personas una ventaja en el mercado, esta ley procura que dichas empresas sufran ahí su castigo.

**Palabras clave:** multinacionales, derechos humanos, trata de personas, Ley de California sobre Transparencia en la Cadena de Suministro.

**Abstract:** Human trafficking is a phenomenon still prevalent in most countries in the world. Many companies take advantage, directly or indirectly, from these practices. The California Transparency in Supply Chains Act of 2010 is a new effort aimed at preventing this crime against humanity. This initiative requires companies to disclose their efforts against human trafficking throughout their supply chain. The goal of this requirement is to make sure that large companies doing business in California monitor other companies that usually operate out of the state. The hope is that consumers around the world, with their purchase decisions, reward or penalize companies depending on their efforts to stem trafficking. If a company tries to benefit from human trafficking to increase its profits, this initiative try to prevent it and punish that behaviour.

**Key words:** multinational corporations, human rights, human trafficking, California Transparency in Supply Chains Act of 2010.

**Sumario:** I. Derechos humanos y multinacionales: nuevos mecanismos para la lucha contra la trata de personas. II. La trata de personas y la esclavitud en el siglo XIX. III. La ley de California sobre transparencia en la cadena de suministro. IV. Los obligados por la ley. V. Obligaciones que impone la ley. VI. Valoración de la ley.

---

\*Este estudio ha sido elaborado en el marco del Grupo de Estudios sobre el Derecho Internacional Privado y los Derechos Humanos. Agradezco a todos sus miembros –y en especial a Nicolás Zambrana y a Lorena Sales– su ayuda para la elaboración de este trabajo.

## I. Derechos humanos y multinacionales: nuevos mecanismos para la lucha contra la trata de personas

1. La lucha contra las violaciones de los derechos humanos cometidas por las empresas multinacionales es un tema de gran actualidad que ha sido objeto de importantes estudios<sup>1</sup>. Si bien es cierto que la inversión extranjera es hoy necesaria para el desarrollo de los países, y que ésta llega con frecuencia a través de las multinacionales, no es menos cierto que en ocasiones los intereses de mercado llevan a estas grandes empresas a violar los derechos humanos de sus trabajadores, o a tolerar estos crímenes en su cadena de suministro. El argumento de que la situación de las personas que las sufren podría ser peor si estas empresas no se instalaran en sus países no justifica una rebaja en los derechos humanos. En materia de derechos humanos no se puede transigir. Los mecanismos para luchar contra estas prácticas son numerosos. Mi propósito es solamente llamar la atención sobre una reciente iniciativa para la erradicación de la trata de seres humanos que ha emprendido el estado de California, que en mi opinión es muy original y que crea grandes expectativas sobre los resultados que se pueden derivar de su puesta en marcha. Se trata de la conocida como *California Transparency in Supply Chains Act of 2000*<sup>2</sup>. Como se explicará, pese a ser una norma de derecho doméstico, cualquier consumidor del mundo puede contribuir a su eficacia y, si consigue sus fines, de ella se deben beneficiar trabajadores que desempeñan su labor más allá de las fronteras de California.

2. En diciembre de 2000 fue adoptada la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Junto a la Convención se adoptaron tres Protocolos Adicionales, uno de los cuales lleva por título Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños. En el Prefacio de la Convención, el entonces Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi Annan, valoraba la norma como una reacción mundial a un problema mundial. «Si la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo ha de hacer la acción de la ley. Si el imperio de la ley se ve socavado no sólo en un país, sino en muchos países, quienes lo defienden no se pueden limitar a emplear únicamente medios y arbitrios nacionales. Si los enemigos del progreso y de los derechos humanos procuran servirse de la apertura y las posibilidades que brinda la mundialización para lograr sus fines, nosotros debemos servirnos de esos mismos factores para defender los derechos humanos para vencer a la delincuencia, la corrupción y la trata de personas»<sup>3</sup>. En ese mismo documento, se destacaba que estos actos suponen una afrenta para la dignidad humana y un grave problema para todo Estado, todo pueblo y toda comunidad. Se lamentaba finalmente de que frente a la astucia de los grupos delictivos para sacar partido a la economía mundializada, los esfuerzos para combatirlos eran fragmentarios y los instrumentos empleados para ello obsoletos.

El solo hecho de que las Naciones Unidas decidieran acometer la elaboración de esta Convención demuestra que no estamos ante un fenómeno aislado y marginal, sino de una lacra que precisa ser neutralizada con urgencia.

Acierta el Prefacio de la Convención al señalar que los mecanismos que existían para luchar contra crímenes de esta naturaleza no eran adecuados, ya que su carácter transnacional suponía un elemento de dificultad añadido, teniendo en cuenta las limitaciones que impone la territorialidad del poder soberano de los Estados<sup>4</sup>. Como ocurre en tantos otros ámbitos, la solución que establecen la

---

<sup>1</sup> Por citar sólo algunos estudios recientes: A. GATTO, *Multinational enterprises and human rights: obligations under EU law and international law*, Edward Elgar, Cheltenham, 2011; O. MARTÍN-ORTEGA, *Empresas Multinacionales y Derechos Humanos en Derecho Internacional*, Bosch, Barcelona, 2008; M. PENTIKÄINEN, «Changing International 'Subjectivity' and Rights and Obligations under International Law-Status of Corporations», *Utrecht Law Review*, vol. 8, 2012, pp. 145-154; B. STEPHENS, «The Amorality of Profit: Transnational Corporations and Human Rights», *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 20, Issue 1 (2002), pp. 45-90; F. J. ZAMORA CABOT, «La responsabilidad de las empresas multinacionales por violaciones de los derechos humanos: práctica reciente», *Papeles el tiempo de los derechos*, nº 1, 2012, pp. 1-25.

<sup>2</sup> En los párrafos 13 y 14 de este estudio se detallaran los datos técnicos de esta ley.

<sup>3</sup> K. ANNAN, «Prefacio» del documento Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (Viena), Nueva York, 2004. Puede consultarse en: <http://www.unodc.org/documents/treaties/UNTOC/Publications/TOC%20Convention/TOCebook-s.pdf>

<sup>4</sup> En este sentido, el art. 4 de la Convención garantiza la protección de la soberanía de los Estados parte, señalando que «1. Los Estados Parte cumplirán sus obligaciones con arreglo a la presente Convención en consonancia con los principios de

convención y sus protocolos adicionales para hacer frente a este obstáculo es la cooperación entre los Estados.

Para un Estado resulta muy complicado luchar individualmente contra crímenes que teniendo algún vínculo con su territorio, se han perpetrado total o parcialmente en el territorio de otro u otros Estados. La limitación territorial de la soberanía jurisdiccional es una dificultad. Frente a ello, algunos Estados prevén leyes de aplicación extraterritorial que permitirían asumir competencia a sus tribunales aunque los crímenes se cometieran fuera de sus fronteras. Aunque el problema competencial se salve, persiste la dificultad para la investigación de los delitos, la obtención de pruebas y la persecución de quienes los cometen. De ahí la importancia de los instrumentos adoptados por las Naciones Unidas.

3. En este artículo nos vamos a referir sólo a los crímenes cometidos por empresas —fundamentalmente multinacionales y su cadena de suministro— y de modo más concreto, a la trata de personas y a las prácticas esclavistas llevadas a cabo por estas. Dadas las dimensiones de las empresas y las cadenas de suministro a las que nos vamos a referir, será frecuente que los daños que produzcan tengan elementos vinculados a más de un país. Ello añade sin duda dificultades a la persecución de quienes los cometen.

4. Contra este tipo de conductas, existen leyes nacionales que permiten exigir responsabilidad civil frente a los actos realizados por multinacionales fuera del territorio del Estado cuyos tribunales van a asumir la competencia. Son numerosos los casos en los que la *Alien Tort Claims Act*<sup>5</sup> ha sido invocado por extranjeros para reclamar daños y perjuicios ante los tribunales de los Estados Unidos por crímenes cometidos fuera de sus fronteras. Pese a que se trata de una norma aprobada a finales del siglo XVIII, sólo recientemente se ha empleado para reclamaciones por violación de derechos humanos<sup>6</sup>. En principio podemos pensar que un proceso celebrado ante los tribunales de los Estados Unidos puede gozar de mayores garantías que si tuviera lugar en el país donde se ha producido la violación<sup>7</sup>. No podemos olvidar que algunas veces las multinacionales tienen un poder superior al del Estado en el que operan, mezclándose intereses muy diversos. Para estos países no siempre es fácil garantizar unas condiciones laborales mínimas. Además, la ejecución de una hipotética sentencia condenatoria sería más fácil al no requerir exequátur en el lugar de origen de la multinacional.

5. Por otro lado, no son pocos los autores que ven en el arbitraje, la conciliación y la mediación modos más aptos para resolver este tipo de disputas. Permiten evitar los problemas relacionados con la

---

igualdad soberana e integridad territorial de los Estados, así como de no intervención en los asuntos internos de otros Estados. 2. Nada de lo dispuesto en la presente Convención facultará a un Estado Parte para ejercer, en el territorio de otro Estado, jurisdicción o funciones que el derecho interno de ese Estado reserve exclusivamente a sus autoridades».

<sup>5</sup> El *Alien Tort Statute* (28 U.S.C. § 1350; abreviado ATS), también llamado *Alien Tort Claims Act* (ATCA) de 1789. Esta norma establece lo siguiente: «The district courts shall have original jurisdiction of any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a treaty of the United States.»

<sup>6</sup> En sus orígenes el ATCA se pensó como un instrumento que permitiría a extranjeros que estuvieran en Estados Unidos (principalmente comerciantes y diplomáticos) que contasen con algún mecanismo para reclamar contra violaciones del derecho consuetudinario internacional. Sólo en tiempos recientes, con el auge de los derechos humanos, el ATCA se ha convertido en una herramienta para la lucha contra violaciones de derechos humanos cometidas fuera de los Estados Unidos.

Sobre la aplicación del ATCA a estos casos puede verse, M. K. FIECHTER, «Extraterritorial Application of the Alien Tort Statute: The Effect of *Morrison v. National Australia Bank, Ltd.* on Future Litigation», *Iowa Law Review*, Vol. 97, Issue 3 (March 2012), pp. 959-980; L. M. G. TA, «An Inconvenient Forum: Altering the Doctrine of Forum Non Conveniens for Human Rights Claims Under the Alien Tort Statute», *University of California, Berkeley Selected Works*, 2012, en [http://works.bepress.com/lynn\\_ta/1](http://works.bepress.com/lynn_ta/1); F. J. ZAMORA CABOT, «Una Luz en el Corazón de las Tinieblas: El Alien Tort Claims Act of 1789 (ATCA) de los Estados Unidos», en *Soberanía del Estado y Derecho Internacional, Homenaje al Prof. J. A. Carrillo Salcedo*, Universidades de Córdoba, Sevilla y Málaga, Sevilla, 2005, pp.1381-1394; ID., «Los Derechos Fundamentales en Clave del Alien Tort Claims Act of 1789 de los EE.UU. y su Aplicación a las Corporaciones Multinacionales: The ATCA Revisited», en *Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria-Gasteiz*, 2006, pp. 334-366.

<sup>7</sup> J. BOUNNGASENG, «Adjudication of International Human Rights Claims in the European Court of Human Rights and the Inter-American Court of Human Rights: Why ATCA Suits in U.S. Courts Are the Better Alternative for Claims against American Multinational Corporations», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 33, Issue 2 (2005), pp. 467-496.



competencia; el exequátur puede ser más sencillo; gozan de mayor libertad para elegir las normas aplicables y, sobre todo, reduce el riesgo de confrontación<sup>8</sup>.

6. Otra alternativa en la lucha contra las violaciones de los derechos humanos son las Convenciones internacionales, como las antes mencionadas. Sin embargo, esta vía encuentra la limitación de su carácter vinculante, que sólo afecta a los Estados. Éstos serán los que después deban regular las actividades de sus multinacionales, o las que multinacionales extranjeras realicen en su territorio. Sin embargo, la limitación del ámbito de aplicación de las leyes nacionales impide que sea un instrumento idóneo para enfrentarse a la complejidad del funcionamiento de las multinacionales.

7. Los tribunales internacionales de derechos humanos cuentan actualmente con un ámbito competencial muy reducido para ser un cauce adecuado para hacer frente a las violaciones cometidas por multinacionales. De hecho, los más importantes se centran más en las demandas contra Estados. Por otro lado, los estatutos de estos tribunales exigen que se hayan agotado previamente todas las vías nacionales para obtener reparación<sup>9</sup>.

8. Junto a estos mecanismos de lucha contra la comisión de violaciones de los derechos humanos que podríamos llamar «a posteriori», podríamos señalar otros que producirían un efecto disuasorio y preventivo. En este grupo podríamos incluir las directrices o códigos de conducta. Estos a su vez se pueden dividir en códigos de conducta externos y códigos de conducta internos. Los primeros serían adoptados por los Estados o por organizaciones internacionales, y su valor es más inspirador y acaso interpretativo, pero en ningún caso cuentan con eficacia jurídicamente vinculante<sup>10</sup>. Los códigos internos de las empresas no tienen fuerza obligatoria y su control no siempre se lleva a cabo de forma adecuada<sup>11</sup>.

9. En este artículo me detendré en una nueva herramienta para luchar contra las vulneraciones de los derechos humanos en el ámbito de la empresa. Como se explicará a continuación, no es un medio para obtener reparación por daños causados, sino para prevenir que se produzcan. La solución prevista por el legislador de California en la *Transparency in Supply Chains Act*, se apoya en la confianza en que el consumidor premiará o castigará a las grandes empresas que realicen actividades comerciales en California en función de la preocupación de éstas por el respeto de los derechos humanos en su cadena de suministro.

Esta solución presenta ciertas analogías con los «etiquetados de productos» que se emplean para garantizar al consumidor que lo que compran ha sido elaborado respetando unos estándares, ya sean ecológicos, ya sean de observancia de los derechos humanos, etc. Tienen en común el dejar la decisión final en manos del consumidor. Pero a diferencia de lo que ocurre con la ley californiana, el etiquetado es, por lo general, voluntario para las empresas que quieren beneficiarse de su actuar responsable<sup>12</sup>. En

<sup>8</sup> OECD, «Human Rights, Alternative Dispute Resolution and the OECD Guidelines for Multinational Enterprises», Briefing note for the participants at the Workshop on Accountability and Dispute Resolution, Kennedy School of Government, Harvard University 11-12 April, 2007; F. EVANS y S. SLOAN, «Resolving Employment Disputes through ADR Processes», *South Texas Law Review*, Vol. 37, Issue 3 (June 1996), pp. 745-778.

<sup>9</sup> J. BOUNNGASENG, «Adjudication of International Human Rights Claims...», *op. cit.*, pp. 467-496.

<sup>10</sup> Entre otros muchos podrían destacarse las *UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, Consejo de Derechos Humanos, Resolución 17/4 de 16 Junio 2011 (puede consultarse en <http://www.ohchr.org/documents/issues/business/A.HRC.17.31.pdf>) o las *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, cuya versión revisada fue adoptada el 25 de mayo de 2011 (pueden consultarse en: <http://www.oecd.org/dataoecd/43/29/48004323.pdf>). Una naturaleza semejante tiene el *Global Compact* consistente en Diez Principios basados en Declaraciones y Convenciones Universales aplicadas en cuatro áreas: Derechos Humanos, Medio Ambiente, Estándares Laborales y Anticorrupción. Dos Principios se refieren a los Derechos Humanos: «Principio 1: Las Empresas deben apoyar y respetar la protección de los derechos humanos fundamentales reconocidos universalmente, dentro de su ámbito de influencia. Principio 2: Las Empresas deben asegurarse de que sus empresas no son cómplices de la vulneración de los derechos humanos» (vid. <http://www.globalcompact.org>).

<sup>11</sup> R. J. LIUBICIC, «Corporate Codes of Conduct and Product Labeling Schemes: The Limits and Possibilities of Promoting International Labor Rights through Private Initiatives», *Law and Policy in International Business*, Vol. 30, Issue 1 (1998), pp. 111-158.

<sup>12</sup> R. J. LIUBICIC, «Corporate Codes of Conduct and Product Labeling Schemes: The Limits and Possibilities of Promoting International Labor Rights through Private Initiatives», *Law and Policy in International Business*, Vol. 30, Issue 1 (1998), pp.

ambos casos, como también en los códigos de conducta internos, se deja en manos privadas la tarea de proteger los derechos humanos.

La colaboración público-privada parece la clave de la nueva lucha contra estas prácticas. Los avances en el seguimiento y vigilancia de la cadena de suministro y de la responsabilidad social corporativa están conduciendo a una valiosa colaboración entre los gobiernos y las principales empresas<sup>13</sup>.

A lo largo de este trabajo se analizará la Ley de California sobre Transparencia en la Cadena de Suministro y sus efectos extraterritoriales. Antes quiero llamar la atención sobre la gravedad de las situaciones que pretende combatir, que lejos de ser algo perteneciente al pasado, aparece en nuestros días con una especial intensidad.

## II. La trata de personas y la esclavitud en el siglo XIX

**10.** Las violaciones de los derechos humanos a las que pretende hacer frente la *California Transparency in Supply Chains Act of 2010* («*California Transparency Act*») son, en los términos originales de la ley, el «human trafficking» y el «slavery», esto es la trata de personas y la esclavitud.

Si atendemos a la definición que hace el Protocolo Adicional para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, se entiende por ésta: «la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos»<sup>14</sup>. Como se desprende del concepto convencional, la trata de personas ya incluye la esclavitud y los trabajos forzados, cuando sean obtenidos del modo que señala el precepto mencionado. La clave de la definición es el propósito de los «traficantes» de explotar o esclavizar a las víctimas y los medios coercitivos y engañosos que utilizan para conseguirlo<sup>15</sup>.

La traducción del inglés puede inducir a confusión. Conviene distinguir la «trata de personas», de la que aquí nos ocupamos, del «tráfico ilícito de migrantes (*smuggling of migrants*)», que consiste — según el Protocolo contra el Tráfico Ilícito de Migrantes — en la «facilitación de la entrada ilegal de una persona en un Estado Parte del cual dicha persona no sea nacional o residente permanente con el fin de obtener, directa o indirectamente, un beneficio financiero u otro beneficio de orden material»<sup>16</sup>.

**11.** Como demuestran distintos informes, la trata de personas presenta en la actualidad unos rasgos particulares. Un reciente Informe del Departamento de Estado de los Estados Unidos, dejó constancia del enjuiciamiento en 2011 de casi 8.000 causas, cerca de 4.000 pronunciamientos condenatorios y más de 42.000 víctimas identificadas. Estos datos se obtuvieron de distintos Gobiernos que los facilitaron para demostrar su cumplimiento con los estándares mínimos del *Trafficking Victims Protection*

111-158; J. M. KARBOWSKI, «Human Rights Labeling: A WTO Compliant Strategy to Harness the Power of Consumer Preference» (2008). *Student Prize Papers*. Paper 36. [http://digitalcommons.law.yale.edu/ylsspps\\_papers/36](http://digitalcommons.law.yale.edu/ylsspps_papers/36)

<sup>13</sup> DEPARTMENT OF STATE OF THE UNITED STATES OF AMERICA, *Trafficking in Persons Report, June 2012*, p. 7.

<sup>14</sup> Art. 3 a) del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000. España ratificó el Protocolo por medio de Instrumento de 21 de febrero de 2002 (BOE nº 296, de 11 de diciembre de 2003). El Protocolo fue suscrito en Palermo en el año 2000.

Sobre el concepto de trata de personas ver J. L. DUNNE. «Hijacked: how efforts to redefine the international definition of human trafficking threaten its purpose», *Willamette Law Review*, 2012, nº 48, pp. 403-426.

<sup>15</sup> DEPARTMENT OF STATE OF THE UNITED STATES OF AMERICA, *Trafficking in Persons Report, June 2012*, pp. 23.

<sup>16</sup> Art. 3 a) del Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, hecho en Nueva York el 15 de noviembre de 2000. Ratificado por España a través de Instrumento de 21 de febrero de 2002 (BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2003).

*Reauthorization Act (TVPRA)* de 2003<sup>17</sup>, para la eliminación de la trata de personas<sup>18</sup>. Del mismo Informe se desprende que la trata de personas tiene más de 20 millones de víctimas, de las cuales 2,2 millones realizan trabajos forzados para su Estado, 4,5 millones sufren explotación sexual y 14,2 millones padecen explotación laboral.

Una de las manifestaciones más habituales de la llamada esclavitud moderna —en lo que puede afectar a las grandes empresas— son los trabajos forzados, a veces también se conoce como el tráfico de mano de obra. Como señala el informe, puede comprender distintas actividades —reclutar, albergar, transportar, proveer, u obtener— con uso de la fuerza o las amenazas físicas, la coerción psicológica, el abuso del proceso legal, el engaño, o otros medios de coacción para obligar a alguien a trabajar. Una vez que el trabajo de una persona es explotado por estos medios, es irrelevante que la persona diera su consentimiento o incluso se hubiera esforzado por obtener el trabajo. Señala igualmente que los migrantes son particularmente vulnerables a esta forma de trata de seres humanos, pero también se puede sufrir en sus propios países. Una modalidad frecuente de coacción es la utilización de una deuda existente o la amenaza de un perjuicio económico<sup>19</sup>. El Departamento de Estado norteamericano señala que en el sur de Asia, por ejemplo, hay millones de víctimas de la trata que trabajan para pagar las deudas de sus antepasados. Otros son víctimas de traficantes o de selección de personal que ilegalmente explotan una deuda inicial asumida como una condición de empleo. Aunque pueda sorprender, el uso de una deuda pendiente como coacción, es causa de explotación para trabajadores migrantes. En estos casos, los traficantes se aprovechan de las deudas que trabajadores migrantes contrajeron en sus países de origen, y se apoyan en agencias de empleo y empleadores en el país de destino. Es frecuente en el contexto de programas de trabajo temporal en los que el permiso de trabajo del trabajador depende de la empresa, por lo que los trabajadores temen reclamar cualquier reparación<sup>20</sup>. Resulta particularmente dolorosa la explotación infantil a través de trabajos forzados.

Por otro lado, en septiembre de 2009, el Departamento de Trabajo de los Estados Unidos emitió un Informe por exigencia del *Trafficking Victims Protection Reauthorization Acts* de 2005 y 2007, en el que aparecían 122 productos de 58 países que se creían producidos mediante trabajos forzados o trabajo infantil incumpliendo los estándares internacionales.

**12.** Otra clara muestra de la preocupación actual por este crimen es la reciente aprobación de la Directiva 2011/36/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo<sup>21</sup>. En España podemos destacar la también reciente Circular 5/2011, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en materia de extranjería e inmigración, de 2 de noviembre de 2011, en la que se aborda el tratamiento en nuestro país de este delito. Finalmente hay que señalar que las Naciones Unidas publicaron en 2009 el «Manual para la lucha contra la trata de personas»<sup>22</sup> y el 30 de julio de 2010 la Asamblea General aprobó el Plan de Acción Mundial de las Naciones Unidas para combatir la trata de personas<sup>23</sup>.

### III. La ley de California sobre transparencia en la cadena de suministro

**13.** Con el nombre de *California Transparency in Supply Chains Act of 2010* se conoce y cita la Ley para incorporar la Sección 1714.43 al *Civil Code*, y añadir la Sección 19547.5 al *Revenue and*

<sup>17</sup> *Trafficking Victims Protection Reauthorization Act (TVPRA)* de 2003.

<sup>18</sup> DEPARTMENT OF STATE OF THE UNITED STATES OF AMERICA, *Trafficking in Persons Report, June 2012*, p. 23

<sup>19</sup> DEPARTMENT OF STATE OF THE UNITED STATES OF AMERICA, *Trafficking in Persons Report, June 2012*, p. 33.

<sup>20</sup> DEPARTMENT OF STATE OF THE UNITED STATES OF AMERICA, *Trafficking in Persons Report, June 2012*, p. 34.

<sup>21</sup> C. VILLACAMPA ESTIARTE, «La nueva directiva europea relativa a la prevención y la lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas ¿Cambio de rumbo de la política de la Unión en materia de trata de seres humanos?», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2011, n° 13-14, p. 14

<sup>22</sup> OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO, «Manual para la lucha contra la trata de personas». Programa mundial contra la trata de personas, Viena, 2009.

<sup>23</sup> A/RES/64/293.

*Taxation Code*, sobre tráfico de seres humanos (el nombre completo de la norma es *An Act to add Section 1714.43 to the Civil Code, and to add Section 19547.5 to the Revenue and Taxation Code, relating to Human Trafficking*).

14. Esta norma es un paso más del Estado de California en la lucha por la erradicación de unas prácticas que constituyen un atentado contra la dignidad humana en pleno siglo XXI. La «autoría» del proyecto corresponde al Senador Darrell Steinberg, que fue el encargado de introducirla el 27 de febrero de 2009 en el Senado —en el que se le asignó el número de proyecto 657 tras su redacción por el Consejo Legislativo—. Tras superar las distintas fases ante las Cámaras, el texto fue aprobado por el Gobernador del Estado el 30 de septiembre de 2010 y presentado ante la Secretaría de Estado ese mismo día, que le asignó el número de Capítulo 556<sup>24</sup>. La ley se incorporó al *Civil Code* y al *Revenue and Taxation Code*.

15. La parte de la ley que se integra en el Código Civil lo hace en su División referida a las obligaciones, y en concreto a las obligaciones que se derivan de la ley, pasando a constituir el §1714.43 (2012) del Código Civil. Estos preceptos establecen qué compañías son las obligadas por la ley y en qué consisten sus obligaciones.

Los apartados de la ley que pasan a formar parte del Código de los Impuestos lo hacen en el marco de la administración del *Franchise and Income Tax Laws*, y más en concreto en el artículo referido a la revelación de datos por parte de quienes administran el impuesto. El resultado de este cambio es la introducción de una excepción al deber de no revelar la información que el departamento que administra el impuesto posee como consecuencia de la tarea que realiza. Por mandato del nuevo texto legal, el *Franchise Tax Board* deberá poner a disposición del Fiscal General del Estado la lista de las compañías que deben cumplir con esta ley.

Un aspecto importante que fue modificado en una de las últimas enmiendas es el que se refiere al alcance de las obligaciones de las compañías. Si durante la tramitación se hablaba de «require retail sellers and manufacturers doing business in the state to develop, maintain, and disclose their efforts to eradicate slavery and human trafficking from their supply chains, as specified», finalmente la obligación se limita a la divulgación de las acciones que se lleven a cabo, y no propiamente a emprenderlas.

16. La ley entró en vigor el 1 de enero de 2012, fecha en la que las empresas que reúnen los requisitos establecidos por la ley deben cumplir con la obligación de publicar sus esfuerzos por controlar que quienes forman parte de su cadena de suministro no incurran en trata de personas ni en prácticas esclavistas.

17. ¿Qué puede hacer el Estado de California para luchar contra la trata de personas y la esclavitud, dentro y fuera sus fronteras? La virtud de la ley aquí comentada es que a través de un método nuevo, en el que las empresas y los consumidores deben jugar un papel decisivo, puede contribuir a la erradicación de estas prácticas degradantes de forma global.

La reciente *California Transparency in Supply Chains Act of 2010*, tiene por objeto luchar por la erradicación de las prácticas esclavistas y el tráfico de seres humanos, no sólo en el territorio del estado, sino fuera de sus fronteras. El modo en que pretende conseguirlo es muy particular: obligando a las multinacionales que reúnan una serie de características, que divulguen sus acciones a favor de la erradicación de las mencionadas prácticas; y no sólo dentro de la propia empresa, sino también en su cadena de suministro. La ley prevé sanciones por no cumplir esta obligación de publicar información. Sin embargo, el legislador cuenta con que sea el consumidor el que verdaderamente garantice el éxito de la ley, penalizando a aquellas compañías que no se esfuercen por hacer frente a esta lacra social, y premian-do a aquellas que se tomen en serio la tarea de eliminar estas prácticas contrarias a la dignidad humana.

Existe por lo tanto un triple plano de control: el que las multinacionales realizarán sobre sus proveedores; el que debe llevar a cabo el *General Attorney* exigiendo que se publique la información sobre

<sup>24</sup> Para obtener más datos sobre el proceso legislativo, consúltese:

[http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill\\_id=200920100SB657&search\\_keywords=](http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=200920100SB657&search_keywords=)

esas medidas; y el que adoptará el consumidor dependiendo de su sensibilidad hacia estas cuestiones. Por decirlo con otras palabras, el éxito de esta ley depende de las empresas (que por las dimensiones que detalla la ley serán muchas veces multinacionales) —que han de auditar la actuación de su cadena de proveedores—; de la Fiscalía General del Estado —que debe controlar bajo sanción que las multinacionales cumplan esa obligación o, más bien, que hagan público si hacen o no esa auditoría—; y finalmente, el consumidor que será quien de fuerza coercitiva a la ley.

**18.** La ley presenta diversos factores de extraterritorialidad. Para el primer control, como veremos, el estado de California precisa que la compañía tenga una vinculación con dicho territorio. Pero generalmente serán empresas que extienden sus actividades más allá de dichas fronteras. Estas empresas contarán además con proveedores fuera del estado y del país. Por lo tanto la ley incentiva la realización de unas conductas que probablemente deberán realizarse fuera de California. Así pues, la información a divulgar se referirá muchas veces a actuaciones llevadas a cabo en el extranjero. Otro factor de extraterritorialidad es la sanción voluntaria del consumidor. Dado que la información se debe publicar, en principio, en la página web de la compañía transnacional, cualquier consumidor podrá tener acceso a ella y podrá adoptar medidas de premio o castigo.

De esta manera, el estado de California, sirviéndose de la posibilidad de exigir una conducta —publicación de una información— a las empresas que tienen un concreto vínculo con el país y cuyos datos conoce por motivos tributarios, puede conseguir mitigar unas prácticas que en la mayoría de los casos se realizan fuera de sus fronteras.

**19.** ¿Existen razones especiales por las que sea el estado de California el primero en adoptar esta medida legislativa? Además de los esfuerzos iniciados a nivel mundial, los Estados Unidos adoptaron también el año 2000 una importante ley Federal para luchar contra la trata de personas: el *Federal Victims of Trafficking and Violence Protection Act of 2000*. Esta norma es el punto de partida de las políticas norteamericanas contra la trata de personas y en especial contra el comercio del sexo, la esclavitud y los trabajos forzados. Esta ley establece un Grupo de Trabajo Interinstitucional de Vigilancia y Lucha contra la Trata de Seres Humanos (Interagency Task Force to Monitor and Combat Trafficking). Las acciones de este grupo de trabajo van más allá de las fronteras del país y su misión implica también obtener información sobre el tráfico de personas a nivel mundial.

Entre las normas que deben considerar las políticas de las transnacionales por mandato de la ley que aquí se analiza, destaca el *California Trafficking Victims Protection Act*<sup>25</sup>, que establece sanciones civiles y penales por actos que supongan trata de personas.

Así pues, la leyes del estado de California tipifican como delito la trata de personas y permiten a las víctimas interponer acciones civiles por daños y perjuicios efectivos, daños compensatorios, daños punitivos, medidas cautelares, cualquier combinación de aquellos, o cualquier otra reparación apropiada.

Por otro lado, se había creado la *California Alliance to Combat Trafficking and Slavery Task Force (CA ACTS Task Force)*, que se encargó de recabar información y elaborar un informe sobre la respuesta de California frente a la trata de personas para el Gobernador, el Fiscal General y el Legislador.

En octubre de 2007, el Departamento de Justicia de California publicó el Informe final del *CA ACTS Task Force*<sup>26</sup>, que contenía una lista de resultados y recomendaciones para combatir la trata de personas. El informe invocaba responsabilidad moral de California para ejercer el liderazgo, a través de su administración y de sus empresas, en la tarea de promover prácticas de trabajo justas y humanas en las cadenas de suministro.

Este proyecto de ley requeriría que la comunidad empresarial para prevenir de forma proactiva el trabajo forzoso mediante el uso de su influencia económica para influir en las prácticas de abuso de

<sup>25</sup> AB 22 (Lieber), Chapter 240, Statutes of 2005. An act to add Section 52.5 to the Civil Code, to add Article 8.8 (commencing with Section 1038) to Chapter 4 of Division 8 of the Evidence Code, to amend Section 13956 of the Government Code, and to amend Sections 186.2, 273.7, 1202.4, and 14023 of, to add Sections 236.1 and 236.2 to, and to add and repeal Title 6.7 (commencing with Section 13990) to Part 4 of, the Penal Code, relating to human trafficking.

<sup>26</sup> Final Report of the California Alliance to Combat Trafficking and Slavery Task Force. October 2007, Administered by the California Attorney General's Office. Crime and Violence Prevention Center.

los derechos humanos dentro de su cadena de suministro, además de favorecer la concienciación general entre los ciudadanos del estado.

El informe señala también la condición de California como un imán para los traficantes. Su amplia frontera con México, sus grandes puertos y aeropuertos, su poderosa economía, su población en crecimiento, su gran número de inmigrantes y sus importantes industrias le hacen ser un destino idóneo para los traficantes. Por otro lado el estado de California es consciente de los fenómenos que suelen acompañar a la trata de personas, tales como el aumento de la delincuencia y las bandas, la explotación infantil, problemas de salud pública y los salarios ínfimos<sup>27</sup>.

#### IV. Los obligados por la ley

20. La puesta en marcha de la ley va a depender de distintos sujetos. En este sentido podemos decir que aunque el destinatario principal de la ley es uno —las empresas de ciertas dimensiones que realicen actividades comerciales en California— son también otros los afectados por la ley de forma más o menos indirecta.

21. En primer lugar el *Franchise Tax Board*, órgano encargado de administrar el impuesto sobre sociedades, que tendrá que facilitar al *Attorney General* el listado de las empresas que deben cumplir con la ley.

22. En segundo lugar el *Attorney General*, que debe comprobar que las empresas obligadas publiquen la información que exige la ley. Junto con el mencionado *Franchise Tax Board* son los dos únicos órganos del estado que tienen que intervenir en la puesta en marcha de la ley.

23. Afectará también a todos aquellos que componen la cadena de suministro de la que participan las empresas obligadas por la ley. Si éstas quieren publicar un informe que favorezca su imagen, las empresas de la cadena de suministro serán objeto de un mayor control y serán sometidas a unos estándares en materia de trata de personas.

24. De alguna manera, los consumidores, están llamados a jugar un papel decisivo. De su sensibilidad hacia los derechos humanos dependerá el éxito de la ley, pues ellos son los que deben premiar o castigar a las empresas en función de los informes que publiquen. No obstante, la ley en ningún momento se refiere a ellos como sujetos de obligación alguna. Sí se advierte, sin embargo, en la exposición de motivos, que los consumidores y las empresas promueven o sancionan estos crímenes al comprar bienes y productos que han sido «manchados» en la cadena de suministro. La falta de información impide al consumidor saber qué empresas están haciendo esfuerzos en este sentido y cuáles no, de forma que no pueden participar con sus decisiones en la erradicación de la trata de personas en la cadena de suministros. El objetivo de la ley es que los grandes comercios y fabricantes faciliten información a los consumidores sobre sus esfuerzos por erradicar la trata de personas y la esclavitud en su cadena de suministro, para educar al consumidor sobre cómo comprar bienes producidos por empresas que cuidan de su cadena de suministro, y mejorar así la vida de las víctimas de la esclavitud y de la trata de personas<sup>28</sup>.

Un papel similar —si no mayor— pueden jugar los servicios y asesores de inversión en la medida en que tomen en consideración a la hora de asesorar a sus clientes el grado de cumplimiento de las empresas con la ley<sup>29</sup>.

<sup>27</sup> Final Report of the California Alliance to Combat Trafficking and Slavery Task Force. October 2007, Administered by the California Attorney General's Office. Crime and Violence Prevention Center, pp. 15-16.

<sup>28</sup> Letras h), i) y j) de la Sección 2 de la ley.

<sup>29</sup> J. TODRES, «The Private Sector's Pivotal Role in Combating Human Trafficking», *California Law Review Circuit*, Vol. 3, 2012, pp. 207-208.

De igual forma, el éxito de la ley pasará por la presión que ejerzan las organizaciones defensoras de los derechos humanos a través de sus campañas que servirán tanto para empujar a las empresas a llevar a cabo mayores esfuerzos a la hora de controlar a sus proveedores, como para informar y sensibilizar al consumidor para que observe la información divulgada en el momento de tomar sus decisiones<sup>30</sup>.

**25.** Sin embargo, como ya se ha dicho, el principal obligado por la ley es la empresa que reúna las condiciones señaladas por la ley. ¿A qué empresas puede obligar el estado de California a cumplir ese deber de transparencia? ¿qué vínculo tienen que tener con el estado? La ley establece que la obligación alcanza, siempre que concurren otras circunstancias referentes a su volumen de negocios, a los vendedores al por menor<sup>31</sup> y fabricantes que realicen actividades comerciales en su territorio (*doing business in this state*). Sólo así puede controlarlos a través de algún registro o de la exigencia de alguna tasa administrativa.

**26.** Teniendo en cuenta el criterio que sigue la ley, será fundamental determinar qué entender por «*doing business in this state*». La ley de California remite su definición a la *Section 23101* del *Revenue and Taxation Code*. Según dicha norma «realizan actividades comerciales» quienes participan activamente en cualquier transacción con el propósito de lucro o beneficio pecuniario. Y según el mismo precepto, para años contributivos a partir del 1 de enero 2011, para un concreto año contributivo «realizan actividades comerciales en California» quienes cumplan alguna de las siguientes condiciones:

- a) tener el domicilio a efectos comerciales en el estado.
- b) tener unas ventas superiores a 500.000 dólares en el estado o tener el 25% de las ventas de la empresa en el estado.
- c) los inmuebles y bienes tangibles en California superen los 50.000 dólares o supongan al menos el 25% de sus bienes totales.
- d) las remuneraciones pagadas a sus empleados en California exceda los 50.000 dólares o el 25% del total en todo el mundo<sup>32</sup>.

**27.** Pero la obligación que establece la ley no afecta a todos los fabricantes y comerciantes minoristas que lleven a cabo actividades comerciales en California. Sólo afecta a aquellos que tengan un volumen de ingresos importante. En concreto, el mandato legal alcanza únicamente a las empresas que tengan unos ingresos brutos mundiales superiores a 100.000.000 de dólares. Durante la elaboración de la ley se calculaba que sólo el 5% de las empresas que realizan actividades en California cumplirían con este requisito (unas 3.200 empresas en total)<sup>33</sup>. La cifra de ingresos finalmente establecida es sensiblemente superior a la que preveían los primeros borradores (2.000.000 dólares en ventas anuales). La razón de este cambio bien puede ser la oposición de la asociación de tiendas de comestibles de California (*California Grocers Association*), que consideraban que para este tipo de comerciantes, que en modo alguno apoyan la trata de personas, sería una carga excesiva, y muchas veces de imposible cumplimiento, el llevar a cabo un control que incluiría a proveedores que muchas veces estarán situados fuera de las fronteras de California<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> J. TODRES, «The Private Sector's Pivotal Role...», *op. cit.*, pp. 207-208.

<sup>31</sup> Según las letras C) y D) de la Sec. 1714.43 del *Civil Code* de California, añadida por la *California Transparency in Supply Chains*,

<sup>(C)</sup> «*Manufacturer*» means a business entity with manufacturing as its principal business activity code, as reported on the entity's tax return filed under Part 10.2 (commencing with Section 18401) of Division 2 of the Revenue and Taxation Code.

<sup>(D)</sup> «*Retail seller*» means a business entity with retail trade as its principal business activity code, as reported on the entity's tax return filed under Part 10.2 (commencing with Section 18401) of Division 2 of the Revenue and Taxation Code.

<sup>32</sup> *Revenue and Taxation Code*, Section 23101. En la Section 23101.5 y ss. se establecen una serie de excepciones en las que pese a concurrir las circunstancias del 23101, no se considera que la empresa realiza actividades comerciales en California a los efectos del pago de los impuestos a los que se refiere el capítulo.

<sup>33</sup> J. TODRES, «The Private Sector's Pivotal...», *op. cit.*, p. 191.

<sup>34</sup> «Bill Analysis, Senate Judiciary Committee», Senator Ellen M. Corbett, Chair. 2009-2010 Regular Session, SB 657 Senator Steinberg, April 21, 2009. Este documento puede consultarse en: <http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billHistoryClient.xhtml>

**28.** Como puede apreciarse, la ley se apoya en gran medida en el sector privado para luchar contra la trata de personas. Ello supone un importante cambio en relación con los mecanismos empleados en el pasado, en los que el peso principal de la acción represiva recaía sobre el poder público. Por eso algunos autores han reflexionado sobre la justificación para establecer esta imposición sobre las empresas. En este sentido se ha argumentado que el sector privado, incluyendo negocios legítimos, obtienen beneficios, directa o indirectamente de la trata de personas. Se ha dicho también que el sector privado se encuentra en una posición única para prevenir algunas de estas prácticas contrarias a los derechos humanos. De hecho son muchas las grandes empresas que ya vienen ejerciendo cierto control sobre sus proveedores, aunque normalmente con otros fines tales como la consecución de una mayor eficiencia y productividad. Por otro lado, se ha señalado que los costes que supone este control son más fácilmente asumibles hoy en día por las grandes multinacionales que por el poder público. La capacidad de innovación de las empresas<sup>35</sup>.

**29.** Como puede apreciarse, la *California Transparency Act* pretende implicar a distintos sujetos. Los mecanismos utilizados hasta el momento contra la trata de personas no han resultado del todo eficaces. Por eso es preciso innovar e implicar al mayor número de actores posibles. Algún autor ha apuntado que además de los antes mencionados, es precisa la colaboración de la sociedad civil, así, por ejemplo, de las comunidades de fe, los movimientos populares, los medios de comunicación, la policía, los asistentes sociales, las instituciones educativas, las ONGs, etc<sup>36</sup>.

## V. Obligaciones que impone la ley

**30.** Como ya se ha señalado, una sección de la ley se ha encuadrado en el *Civil Code* de California y otra en el *Revenue and Taxation Code*. Esta última se añade a la parte referente al *Corporation Franchise Tax*, en concreto en el capítulo dedicado a administración de dicho impuesto y más específicamente en el artículo que atañe a la divulgación de información. Conforme a dicho artículo, en principio, la revelación de información por parte de quienes administran el impuesto constituye un delito. No obstante existen ciertas excepciones, entre las que se encuentra la incorporada por la *California Transparency in Supply Chains Act*.

**31.** La nueva ley establece que el *Franchise Tax Board* —órgano encargado de administrar y hacer cumplir el impuesto— pondrá a disposición de la fiscalía la lista de minoristas y fabricantes a los que se les exige publicar las acciones para erradicar la esclavitud y la trata de personas. La lista se basará en las declaraciones de impuestos recibidas por la *Franchise Tax Board* en los años tributarios a partir del 1 de enero de 2011.

La lista se presentará anualmente, para el 30 de noviembre, al *Attorney General*. La lista se obtendrá de las declaraciones recibidas por el *Franchise Tax Board* antes del 31 de diciembre de cada año.

La información que debe figurar en la lista es el nombre de los vendedores minoristas y fabricantes obligados y su número de identificación de California<sup>37</sup>.

**32.** Con esa lista, el *Attorney General* podrá comprobar si las empresas enumeradas han cumplido con la obligación de publicar la información exigida por la ley. Hay que subrayar una vez más que la ley no obliga a las empresas adoptar medida de control alguna. Simplemente obliga a publicar la información sobre lo que se hace (o no se hace) para controlar que no se den casos de trata de seres humanos en su cadena de suministro. Por lo tanto, la labor del *Attorney General* es comprobar si las empresas obligadas han cumplido con este deber. El único recurso posible frente a un incumplimiento

<sup>35</sup> J. TODRES, «The Private Sector's Pivotal Role...», *op. cit.*, pp. 195-200.

<sup>36</sup> M. MCSWEEN, «Investing in the business against human trafficking: embracing the fourth «P» – Partnerships», *Intercultural Human Rights Law Review*, 2011, n° 6, pp. 283-323.

<sup>37</sup> Section 19547.5 *Revenue and Taxation Code*, añadido por *California Transparency in Supply Chains Act of 2010*.



es la acción que el *Attorney General* puede interponer para que se dicte una orden judicial que obligue a la empresa a observar la ley, publicando la información requerida, pero no se puede obtener condena pecuniaria alguna<sup>38</sup>.

**33.** No obstante, como he señalado anteriormente, el destinatario principal de la ley son las empresas a las que nos hemos referido en el apartado anterior. Pese a que en un primer momento del *iter* de la ley se pretendía imponer obligaciones concretas de llevar a cabo conductas encaminadas a la lucha contra la trata de personas y la esclavitud, finalmente sólo se ha establecido una obligación de publicar información sobre lo que se hace en esta materia. Por lo tanto, la exigencia de llevar a cabo esas acciones sólo viene impuesta a través de una coacción indirecta: podemos emprender esas acciones o no, pero tenemos que dar a conocer al consumidor si las hacemos o no.

**34.** Una vez aclarado que el deber que impone la ley es de publicar información, queda saber cuál debe ser el contenido de dicha información. Los fabricantes y los comerciantes minoristas que realicen actividades comerciales en el estado de California en los términos descritos deben rendir cuentas sobre sus acciones para controlar que en su cadena de suministro no se incurre en prácticas esclavistas ni en otros casos de trata de personas. En concreto, deberán manifestar:

- (1) Si participa en la verificación de las cadenas de suministro de los productos para evaluar y abordar riesgos de trata de personas y esclavitud. Si la verificación no se llevó a cabo por un tercero deberá indicarse en la información que se publique.
- (2) Si lleva a cabo auditorías de los proveedores para evaluar si cumplen con los estándares de la empresa sobre trata de personas y esclavitud en las cadenas de suministro. Si la verificación no fue hecha mediante auditoría independiente y sin previo aviso deberá indicarse en la información que se publique.
- (3) Si exige que los proveedores directos certifiquen que los materiales incorporados en el producto cumplen con la legislación sobre esclavitud y trata de personas del país o países en los que están realizando actividades comerciales.
- (4) Si posee normas internas de rendición de cuentas y procedimientos para los empleados o contratistas que no cumplen con las normas de empresa con respecto a la esclavitud y la trata de personas.
- (5) Dota a los empleados y gestores de la empresa, que tienen la responsabilidad directa de la gestión de la cadena de suministro, de la capacitación sobre la trata de personas y la esclavitud, particularmente con respecto a la mitigación de riesgos dentro de las cadenas de suministro de productos.

**35.** La obligación impuesta por esta ley consiste en anunciar esta divulgación en la página web de la empresa con un link visible y fácil de entender que enlace con la información requerida situado en la página de inicio de la empresa. En el caso de que la empresa carezca de sitio web, deberá estar preparada para poner esta información por escrito a disposición del consumidor que se lo solicite en un plazo de 30 días. Con esta última alternativa se da solución a la objeción de la *California Grocers Association* frente al primer texto en el que sólo se mencionaba la opción de la divulgación en la web. Dicha asociación advertía que muchas tiendas de alimentación carecían de página web<sup>39</sup>.

**36.** Ya son varias las empresas que están cumpliendo con el mandato impuesto por la ley y han publicado información sobre los cinco puntos señalados<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> Section 1714.43 *Civil Code*, añadido por *California Transparency in Supply Chains Act of 2010*.

<sup>39</sup> «Bill Analysis, Senate Judiciary Committee», Senator Ellen M. Corbett, Chair. 2009-2010 Regular Session, SB 657 Senator Steinberg, April 21, 2009. Este documento puede consultarse en: <http://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billHistoryClient.xhtml>

<sup>40</sup> Pueden consultarse, por ejemplos, los sitios web de IBM <http://www.ibm.com/ibm/responsibility/response.html>, o de HP [http://www.hp.com/hpinfo/globalcitizenship/society/california\\_transparency\\_in\\_supply\\_chains\\_act\\_of\\_2010.html](http://www.hp.com/hpinfo/globalcitizenship/society/california_transparency_in_supply_chains_act_of_2010.html)

## VI. Valoración de la ley

37. La ley que hemos analizado merece una valoración muy positiva. Se trata de una nueva vía para luchar contra la trata de personas en el mundo de la empresa, muy original y compatible con otras ya existentes<sup>41</sup>.

38. Dentro de la triple tipología de acciones para luchar contra la trata de personas que prevé el Protocolo de las Naciones Unidas en esta materia —prevenir, reprimir y sancionar— la *California Transparency Act* se encontraría principalmente entre los mecanismos preventivos que son los más eficaces ya que van encaminados a evitar que el crimen se llegue a perpetrar.

39. Pese a que la obligación que impone parezca «suave» (ni siquiera exige adoptar medidas, sólo publicar la información sobre los esfuerzos que se realizan) y la sanción que acarrea su incumplimiento no parezca severa, la ley espera que el principal castigo llegue desde el consumidor. De esta forma se pretende atajar este crimen por la misma vía que lo ocasiona. Si el empresario lleva a cabo actos contrarios a los derechos humanos lo hace porque cree que eso le va a reportar una ventaja en el mercado (ahorrando costes, obteniendo una mayor producción y por lo tanto aumentando sus ventas), esta ley pretende que esa actuación le lleve justamente a sufrir un castigo en el mercado por parte del consumidor. Por el contrario, el empresario que sea sensible a este problema y que lleve acciones para erradicar la trata de personas de su cadena de suministro podrá ser premiado por el consumidor.

40. De esta manera se consigue que algo que es inevitable —que la actuación del consumidor repercuta en el comportamiento de las empresas—, permita al consumidor tomar parte en la lucha contra la trata de personas a través de decisiones conscientes e informadas.

41. La ley no sólo da un papel activo al consumidor en la lucha contra la trata de personas, también se lo otorga a las grandes empresas que realizan actividades comerciales en California. Ellas son las que realizarán la tarea de controlar que en su cadena de suministro no se produzcan actos contrarios a los derechos humanos. Si bien la ley no obliga a las empresas a llevar a cabo otro acto que la publicación de información, es de esperar que las empresas se esfuercen porque esa información que están obligadas a publicar mueva al consumidor a elegirles por su actuar responsable.

42. Otro aspecto destacable es que siendo una ley de ámbito territorial aparentemente limitado —la acción que el Fiscal General puede interponer sólo tendrá efecto en California: pedir al juez que ordene la publicación de la información—, los efectos extraterritoriales son inevitables. Por un lado, las empresas van a controlar a proveedores que se encuentran fuera del territorio de California. Por otro, los consumidores que van a tener la oportunidad de premiar o sancionar a las empresas son todos aquellos que tengan acceso a la información de la web, es decir, los consumidores de todo el mundo.

43. Un problema que puede tener la ley es que el consumidor no actúe como de él se espera. Será precisa una campaña de concienciación y sensibilización además de dar difusión al contenido de la ley, de forma que el consumidor se preocupe de consultar si la empresa es socialmente responsable y para que prime este aspecto sobre el precio del producto.

44. Por otro lado, la ley no prevé mecanismos para verificar si la información que se publica en la web es veraz. Ni siquiera cuando sea cierto que se ha llevado a cabo una auditoría existe la seguridad de que ésta se haya hecho con todas las garantías.

---

<sup>41</sup> Como señala la propia ley, nada de lo dicho en su texto impide recurrir a los mecanismos de reparación disponibles por violación de otra ley estatal o federal, Section 1714.43 letra d) *Civil Code*, añadido por *California Transparency in Supply Chains Act of 2010*.

45. En todo caso es un mecanismo imaginativo —aunque presente algunas analogías con herramientas ya existentes—, y cuya eficacia habrá que seguir de cerca para importarla y para llevarla a otros ámbitos de la responsabilidad empresarial, como por ejemplo las acciones a favor de las personas con discapacidad. De momento ya existe una iniciativa a nivel federal de una ley similar: el H.R. 2759, *The Business Transparency on Trafficking and Slavery Act*. Este proyecto de ley obligaría a las empresas a incluir en los informes que deben presentar anualmente al *Securities and Exchange Commission* una divulgación en la que muestren las medidas que la empresa haya adoptado durante el año para identificar y hacer frente a las situaciones de trabajo forzoso, esclavitud, trata de personas y trabajo infantil en su cadena de suministro.

# DE NUEVO UNA SENTENCIA DEL TJUE SOBRE UN DEMANDADO CUYO DOMICILIO SE DESCONOCE EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL REGLAMENTO BRUSELAS I

M<sup>a</sup> ÁNGELES RODRÍGUEZ VÁZQUEZ

*Prof. Contratada Doctora de Derecho internacional privado  
Universidad de Sevilla*

Recibido: 15.07.2012 / Aceptado: 19.07.2012

**Resumen:** En la Sentencia de 15 de marzo de 2012 el TJUE establece que el art. 4.1 del Reglamento 44/2001 debe interpretarse en el sentido de que no impide que se aplique el art. 5.3 a una acción de responsabilidad por la gestión de un sitio de Internet frente a un demandado que es probablemente ciudadano de la Unión, pero se halla en paradero desconocido, si el órgano jurisdiccional que conoce del asunto no dispone de indicios probatorios que le permitan llegar a la conclusión de que dicho demandado está efectivamente domiciliado fuera del territorio de la Unión Europea. El Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que se dicte una sentencia en rebeldía frente a un demandado al que, ante la imposibilidad de localizarle, se notificó el escrito de demanda mediante un edicto siempre que el órgano jurisdiccional que conoce del asunto se haya cerciorado antes de que se realizaron todas las averiguaciones que exigen los principios de diligencia y buena fe para encontrar a dicho demandado. Asimismo considera el Tribunal que no es posible certificar como título ejecutivo europeo una sentencia dictada en rebeldía contra un demandado cuyo domicilio sea desconocido.

**Palabras clave:** competencia judicial internacional, demandado con domicilio desconocido, notificación de la demanda por edictos, derechos de defensa, título ejecutivo europeo.

**Abstract:** In its judgment of 15 March 2012 the ECJ established that art. 4.1 of Council Regulation (EC) 44/2001 must be interpreted as meaning that it does not preclude the application of art. 5.3 to an action for liability arising from the operation of an Internet site against a defendant who is probably a European Union citizen but whose whereabouts are unknown if the court seized of the case does not hold firm evidence to support the conclusion that the defendant is in fact domiciled outside the European Union. European Union law must be interpreted as meaning that it does not preclude the issue of judgment by default against a defendant on whom, given that it is impossible to locate him, the document instituting proceedings has been served by public notice under national law, provided that the court seized of the matter has first satisfied itself that all investigations required by principles of diligence and good faith have been undertaken to trace the defendant. Also the Court considers that it is not possible the certification as a European Enforcement Order of a judgment by default issued against a defendant whose address is unknown.

**Key words:** international jurisdiction, defendant whose address is unknown, notification of the action served by public notice, rights of defence, European Enforcement Order.

**Sumario:** I. Presentación de la Sentencia. II. Los hechos y las cuestiones prejudiciales planteadas. III. La aplicación del art. 5.3 del Reglamento Bruselas I a un demandado con domicilio desconocido. IV. El derecho europeo y la notificación por edictos. V. La imposibilidad de certificar una resolución dictada en rebeldía como título ejecutivo europeo cuando se desconoce el domicilio del demandado. VI. ¿Y en el futuro? La supresión del exequátur en los trabajos de reforma del Reglamento Bruselas I y la protección de los derechos de defensa.

## I. Presentación de la Sentencia

1. En la Sentencia de 15 de marzo de 2012, asunto C-292/10, *G/Cornelius de Visser*, el Tribunal de Justicia ha tenido que resolver de nuevo el problema de la aplicación de los foros de competencia judicial internacional del Reglamento Bruselas I (en concreto, el art. 5.3 en materia de responsabilidad extracontractual) a un demandado cuyo domicilio se desconoce, así como la compatibilidad de las normas del Reglamento con una notificación por edictos<sup>1</sup>. Estas cuestiones habían sido resueltas meses antes por el propio Tribunal en su Sentencia de 17 de noviembre de 2011, en el asunto *Hypotecnyí banka/Lindner*, por lo que no puede entenderse una sin la otra<sup>2</sup>. Además es la primera vez que el Tribunal de Justicia interpreta el Reglamento (CE) núm. 805/2004, de 21 de abril de 2004, afirmando que no es posible certificar como título ejecutivo europeo una resolución dictada en rebeldía cuando se desconoce el domicilio del demandado; y descarta la aplicación de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, sobre el comercio electrónico a un supuesto, como el presente, en el que no se conoce el lugar de establecimiento del prestador de servicios de la sociedad de la información.

## II. Los hechos y las cuestiones prejudiciales planteadas

2. La petición de decisión prejudicial planteada por el Landgericht Regensburg (Alemania) se presentó en el marco de un litigio entre la Sra. G y el Sr. Cornelius de Visser en relación con una acción de responsabilidad por consignar en un sitio de Internet fotos en las que G aparecía parcialmente desnuda.

El Sr. de Visser es propietario del nombre de dominio y responsable del sitio de Internet www\*\*\*.de. En 2003 la Sra. G se interesó por el sitio de Internet y por las prestaciones de servicios de aquél. Fruto de dicho contacto fue que el Sr. de Visser, por medio de una colaboradora y de un fotógrafo al que había apoderado, hizo unas fotos a la Sra. G en Alemania que, supuestamente, iban a utilizarse para una fiesta. En ningún momento ella autorizó la publicación de dichas fotografías ni se trató la cuestión de consignarlas en Internet.

En el año 2009 unos compañeros de trabajo compararon a G con las fotografías en cuestión publicadas en Internet.

Tanto la información legal del sitio de Internet controvertido como la base de datos DENIC (registro del dominio .de) indican como contacto al Sr. N\*\*\*\* con dirección en Dortmund (Alemania). Con ese nombre no figura nadie en la guía telefónica de dicha localidad.

Se desconoce el lugar en el que se halla el servidor que alberga el sitio de Internet controvertido, aunque en la información legal del sitio de Internet (www.\*\*\*.de), el Sr. de Visser consta como propietario de dominio con una dirección en Terneuze y con una dirección postal en Venlo (ambas localidades en Países Bajos). No obstante, no fue posible una notificación en esas direcciones pues todos los envíos postales fueron devueltos con la mención «desconocido en destino». Tras una consulta al consulado del Reino de los Países Bajos en Munich se constató que el Sr. de Visser no figuraba inscrito en ningún censo de dicho país.

Concedido a la Sra. G el derecho a la asistencia jurídica gratuita, el tribunal remitente ordenó, el 8 de febrero de 2010, que se notificase por edicto el escrito de demanda, disponiendo la tramitación de una fase previa escrita. La notificación edictal del escrito de demanda, conforme a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil alemana, se realizó fijando una comunicación de dicha notificación en el tablón de anuncios del Landgericht Regensburg, del 11 de febrero al 15 de marzo de 2010<sup>3</sup>. El día en

<sup>1</sup> *DOUE* núm. C 133, de 5 de mayo de 2012. Ni la Sentencia ni las Conclusiones del Abogado General, Sr. Cruz Villalón, se han publicado en *Recueil*.

<sup>2</sup> Sentencia de 17 de noviembre de 2011, asunto C-327/10, *Hypotecnyí banka a.s./Lindner* (aún no publicada).

<sup>3</sup> Conforme a lo previsto en los arts. 185 a 188 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alemana la notificación por edictos, que tendrá lugar cuando es imposible la notificación al interesado, será autorizada por el tribunal de instancia y se hará fijando una comunicación en el tablón de anuncios del tribunal o introduciendo dicha comunicación en un sistema de información electrónica accesible al público en el recinto del tribunal. El acto se considerará notificado cuando haya transcurrido un mes desde la fijación de la comunicación en el tablón de anuncios.

que se adoptó la resolución de remisión habían expirado los plazos concedidos al Sr. de Visser en dicha notificación para que anunciara su disposición a defenderse, sin que lo hubiese hecho.

Según el tribunal remitente, en función de todas las circunstancias, hay que partir de la hipótesis de que el Sr. de Visser desconoce el procedimiento entablado contra él. Además estima que si la notificación edictal del escrito de demanda, de conformidad con el derecho nacional, tuviese que ceder frente a las normas del Derecho de la Unión, a la Sra. G no le quedaría más opción que indicar otras direcciones del demandado en las que se pudiera practicar esa notificación, lo que probablemente le resultaría imposible, al desconocer esas direcciones o no poder determinarlas. Dicho órgano jurisdiccional considera que, en la práctica, ello puede ser incompatible con el art. 47.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea al privarse a G de su derecho a la tutela judicial efectiva.

3. Ante esta tesitura, y dudando sobre la aplicabilidad del Reglamento 44/2001 y la determinación del derecho material aplicable a la cuestión principal, el Landgericht Regensburg decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia 11 cuestiones prejudiciales de las cuales, y como consecuencia de la Sentencia TJUE de 25 de octubre *eDate Advertising y otros* (asuntos C-509/09 y C-161/10)<sup>4</sup>, sólo mantuvo las siguientes:

*«1. ¿Se oponen el art. 6 TUE, apartado 1, y el art. 47 de la Carta u otras disposiciones del Derecho de la Unión a una «notificación edictal» de conformidad con el Derecho nacional (con arreglo a los arts. 185 a 188 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alemana, fijando durante un mes la notificación en el tablón de anuncios del órgano jurisdiccional que la acuerde), cuando el demandado en un procedimiento civil indica ciertamente al inicio del mismo en su sitio de Internet una dirección situada en el territorio de la Unión Europea, pero no son posibles las notificaciones al no hallarse el demandado en ese lugar ni poder determinarse tampoco su paradero en ese momento?»*

*2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión:*

*De ser así, ¿el órgano jurisdiccional nacional, de conformidad con reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia (la última, la Sentencia de 12 de enero de 2010, Petersen, C-341/08), debe inaplicar las disposiciones nacionales que establecen la notificación edictal aunque el Derecho nacional reserve tal inaplicación a la competencia del Bundesverfassungsgericht?»*

*Y:*

*¿Para que pueda ejercitar sus derechos, debería la demandante comunicar al tribunal que conoce del asunto una nueva dirección del demandado, en la que se pueda notificar de nuevo el escrito de demanda, habida cuenta de que, con arreglo al Derecho nacional, no se puede tramitar el procedimiento sin una notificación edictal y sin conocer el paradero del demandado?»*

*3. En caso de respuesta negativa a la primera cuestión: En el presente asunto, ¿se opone el art. 26, apartado 2, del Reglamento núm. 44/2001 a que se dicte sentencia en rebeldía con arreglo al art. 331 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alemana y, por tanto, a que se emita un título ejecutivo para créditos no impugnados con arreglo al Reglamento núm. 805/2004 en la medida en que la demanda pretende que se condene al pago a una cantidad mínima de 20.000 €, más intereses, por daños y perjuicios, y una cantidad de 1.419'19 €, más intereses, por gastos de abogado?»*

---

Por su parte el art. 331 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alemana establece que si el demandante solicita que se dicte sentencia en rebeldía del demandado que no se haya presentado a la vista, se considerará que ha admitido los hechos invocados por el demandante en la vista. En caso de que el demandado no indicase en tiempo oportuno querer oponerse a la demanda, el tribunal, a petición del demandante, se pronunciará sin vista.

<sup>4</sup> Recuérdese que en dicha Sentencia el TJUE procedió a la interpretación del art. 5.3 del Reglamento Bruselas I en litigios relativos a la responsabilidad extracontractual derivada de actividades desarrolladas en Internet, considerando que en dichos supuestos es operativo un foro más, el del lugar del centro de intereses de la víctima. Además el Tribunal interpretó el significado del «criterio de origen» de la Directiva sobre comercio electrónico. Vid, entre otros, P. DE MIGUEL ASENSIO, «Competencia judicial y protección de los derechos de la personalidad en Internet», *La Ley/UE*, núm. 7787, 31 de enero de 2012, pp. 1-4; E. LEIN, «Nota a la Sentencia TJUE de 25 de octubre de 2011, asuntos acumulados C-509/09 y C-161/10», *REDI*, núm. 2, 2012, pp. 194-198; I. LORENTE MARTÍNEZ, «Lugar del hecho dañoso y obligaciones extracontractuales. La Sentencia del TJUE de 25 de octubre de 2011 y el coste de la litigación internacional en Internet», *CDT* (marzo 2012), vol. 4, núm. 1, pp. 277-301.

4. *Habida cuenta de los arts. 4.1 y 5.3 del Reglamento núm. 44/2001, ¿se aplica también a los supuestos en que el demandado en un procedimiento civil que tiene por objeto la cesación de un acto, el suministro de información y la indemnización de los daños y perjuicios por la gestión de un sitio de Internet sea (o probablemente) ciudadano de la Unión en el sentido del art. 9 TUE pero se halle en paradero desconocido, de modo que quepa también, aunque en ningún modo sea seguro, que se halle en la actualidad fuera del territorio de la Unión, y, por tanto, fuera del ámbito de aplicación territorial residual del Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, celebrado en Lugano el 16 de septiembre de 1988, y en que se desconozca también el emplazamiento exacto del servidor que alberga el sitio de Internet, aunque probablemente se encuentre en territorio de la Unión?*

11. *Teniendo en cuenta la sentencia eDate Advertising y otros ¿se debe interpretar el art. 3, apartados 1 y 2, de la Directiva 2000/31 en el sentido de que, cuando se desconozca el lugar de establecimiento del prestador de servicios y éste se encuentre probablemente fuera del territorio de la Unión, el derecho que procede aplicar en el ámbito coordinado deriva únicamente del Derecho del Estado miembro en el cual tenga su domicilio o su residencia permanente la persona lesionada, o*

*en el ámbito coordinado por la Directiva 2000/31 ha de velarse por que el prestador de un servicio de comercio electrónico no esté sometido a requisitos más estrictos que los previstos por el Derecho material aplicable en el Estado miembro del que es probablemente nacional dicho prestador, o en ese supuesto, en el ámbito coordinado por la Directiva 2000/31 ha de velarse por que el prestador de un servicio de comercio electrónico no esté sometido a requisitos más estrictos que los previstos por el Derecho material aplicable en todos los Estados miembros?».*

### III. La aplicación del art. 5.3 del Reglamento Bruselas I a un demandado con domicilio desconocido

4. Mediante la cuarta cuestión prejudicial el órgano jurisdiccional remitente pregunta al Tribunal de Justicia si, en circunstancias como las del litigio principal, el art. 4.1 del Reglamento Bruselas I debe ser interpretado en el sentido de que impide que se aplique el art. 5.3 de dicho Reglamento a una acción de responsabilidad por la gestión de un sitio de Internet frente a un demandado que es probablemente ciudadano de la Unión, pero que se halla en paradero desconocido.

5. Al respecto, y como se sabe, en el esquema de foros de competencia judicial internacional diseñado por el Reglamento 44/2001 la aplicación del foro general y de los foros especiales se hace depender del criterio del «*domicilio del demandado en un Estado miembro*». A tal efecto establece el art. 59 del Reglamento que para determinar si una parte está domiciliada en el Estado miembro cuyos tribunales conocen del asunto, el tribunal aplicará su ley interna y que para determinar si lo está en otro Estado miembro, aplicará la ley de dicho Estado. En el supuesto de que el demandado no estuviere domiciliado en un Estado miembro existe una remisión a la normativa interna para la determinación de la competencia judicial internacional (art. 4.1 RBI). Queda claro que el Reglamento no regula la competencia judicial internacional en el supuesto de que el demandado esté ilocalizable —domicilio desconocido—.

Como se deduce del relato de los hechos una vez que el tribunal alemán descartó que el demandado tuviese domicilio en ese país, practicó varias notificaciones a las direcciones que, supuestamente, el Sr. de Visser tenía en Países Bajos y todas fueron infructuosas. Al encontrarse el demandado en paradero desconocido, y no siendo seguro que se encontrase domiciliado en un tercer Estado, al tribunal alemán se le plantea la cuestión de si aplicar el Reglamento Bruselas I o sus normas de competencia judicial nacionales.

6. La duda es resuelta por el Tribunal de Justicia a favor del Reglamento Bruselas I justificando su aplicación en un doble orden de consideraciones. De un lado la aplicación de las reglas uniformes del Reglamento, en lugar de las vigentes en los distintos Estados miembros, en circunstancias en las que se desconoce el domicilio del demandado, es «*conforme con el imperativo de seguridad jurídica y con el objetivo de dicho Reglamento consistente en reforzar la protección jurídica de las personas que tienen*

*su domicilio en la Unión, permitiendo al mismo tiempo al demandante determinar fácilmente el órgano jurisdiccional ante el cual puede ejercitar una acción y al demandado prever razonablemente ante qué órgano jurisdiccional puede ser demandado»* (motivo 39)<sup>5</sup>. De otra parte, los términos «*no estuviere domiciliado en un Estado miembro*» del art. 4 del Reglamento Bruselas I deben interpretarse en el sentido de que sólo cabe aplicar las reglas de competencia nacionales cuando el tribunal que conoce del asunto tiene indicios probatorios «*que le permitan llegar a la conclusión de que el demandado está efectivamente domiciliado fuera del territorio de la Unión*» (motivo 40). A falta de tales indicios probatorios la competencia judicial internacional de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro debe determinarse con arreglo al Reglamento Bruselas I, siempre y cuando se cumplan los requisitos de aplicación de alguna de sus reglas de competencia judicial internacional (motivo 41).

7. En el caso que estamos analizando hay que partir del dato de que el Landgericht Regensburg alberga ciertas dudas sobre la posibilidad de que el Sr. de Visser esté domiciliado en un tercer Estado, desde el mismo momento que reconoce que el demandado probablemente se encuentre en el territorio de la Unión, por lo que no existirían esos «*indicios probatorios*» que exige el TJUE. Por tanto y siendo aplicable el Reglamento Bruselas I ¿existe algún foro que atribuya competencia judicial internacional al tribunal alemán? La respuesta es clara al ser dicho país el lugar donde se produjo el hecho dañoso o, si aplicamos la jurisprudencia *eDate advertisig*, el lugar donde se localiza el centro de intereses de la víctima (art. 5.3 RBI)<sup>6</sup>.

En función de todas estas razones debe entenderse que: «*el art. 4, apartado 1, del Reglamento núm. 44/2001 debe interpretarse en el sentido de no impide que se aplique el art. 5, número 3, del mismo Reglamento a una acción de responsabilidad por la gestión de un sitio de Internet frente a un demandado que es probablemente ciudadano de la Unión, pero que se halla en paradero desconocido, si el órgano jurisdiccional que conoce del asunto no dispone de indicios probatorios que le permitan llegar a la conclusión de que dicho demandado está efectivamente domiciliado fuera del territorio de la Unión*».

8. Con este pronunciamiento el Tribunal de Justicia confirma las consideraciones previamente realizadas en la Sentencia *Lindner* en la que, en un supuesto de demandado-consumidor con domicilio desconocido, había afirmado que cuando el tribunal de origen no logre determinar el domicilio actual del demandado ni disponga de indicios probatorios que le permitan llegar a la conclusión de que el demandado está efectivamente domiciliado fuera del territorio de la Unión, el foro del domicilio del consumidor *ex art. 16.2 del Reglamento Bruselas I* comprende igualmente «*el último domicilio conocido del consumidor*»<sup>7</sup>.

De estas Sentencias puede deducirse, a nuestro juicio, que el tribunal de origen sólo puede declararse competente conforme a sus normas internas cuando esté totalmente convencido de que el demandado está domiciliado en un tercer Estado puesto que, a falta de tales indicios probatorios, la competencia debe fundamentarla en el Reglamento Bruselas I. Cumpliéndose los presupuestos de aplicación de Bruselas I y tratándose de un nacional de un Estado miembro que está ilocalizable, el Tribunal de Justicia apuesta por los foros del Reglamento sancionando comportamientos fraudulentos de demandados habilidosos que cambian constantemente de domicilio, a la vez que garantiza el derecho a la tutela

<sup>5</sup> En el mismo sentido se había pronunciado el Tribunal en las Sentencias *Hypotecnyí banka a.s./Lindner* y *eDate Advertising*.

<sup>6</sup> En este sentido P. DE MIGUEL ASENSIO, «Infracción de derechos y demandas frente a responsables de sitios de Internet cuyo domicilio se desconoce» (<http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es>, entrada del 17 de marzo de 2012), afirma que la interpretación del Tribunal puede resultar de mucha utilidad en la práctica en la medida que «*facilita a la víctima la posibilidad de demandar ante los tribunales del lugar en el que se localice su centro de intereses*».

<sup>7</sup> A juicio de G. CUNIBERTI, «Nota a la STJUE de 17 de noviembre de 2011, asunto C-327/10», *REDI*, núm. 2, 2012, p. 187, hubiera sido deseable que el alcance de la decisión fuese general de modo que la regla del último domicilio conocido del demandado se aplicase no sólo en el marco de las disposiciones protectoras de los consumidores, sino también de manera más amplia en cada uno de los supuestos en los que el Reglamento se basa en dicho criterio. No obstante, y como reconoce el propio autor, parece que el fallo del tribunal se limita a los hechos concretos del caso (demandado que es un consumidor que ha firmado un préstamo inmobiliario de larga duración y en el contrato existe obligación de informar a la otra parte contratante de todo cambio de domicilio).



judicial del demandante. Tal y como ya hemos tenido ocasión de exponer, con esta interpretación se garantizaría un justo equilibrio entre los derechos del demandante y los del demandado<sup>8</sup>.

Corresponde, por tanto, al tribunal de origen realizar de forma diligente esa labor de verificación y cuando llegue a la conclusión de que el demandado está ilocalizable (presume que está domiciliado en otro Estado miembro aunque tampoco sabe si lo está en un tercer Estado), podrá fundamentar su competencia en los foros del Reglamento Bruselas I<sup>9</sup>. La cuestión a dilucidar será saber cuándo o cómo los distintos tribunales de los Estados miembros van a entender que tienen esos «*indicios probatorios*» que le permitan considerar que el demandado está domiciliado en un tercer Estado y descartar así la aplicación del Reglamento<sup>10</sup>.

Con esta jurisprudencia el Tribunal de Justicia está potenciando la aplicación uniforme del Reglamento Bruselas I tal y como está previsto en el proceso de reforma del Reglamento que, como se sabe, prevé ampliar la aplicación de los foros de competencia judicial internacional a demandados domiciliados en terceros Estados<sup>11</sup>.

#### IV. El derecho europeo y la notificación por edictos

9. Siendo aplicable el Reglamento el siguiente punto a resolver es si el Derecho europeo se opone a que se dicte una sentencia en rebeldía frente a un demandado al que, ante la imposibilidad de localizarle, se notificó el escrito de demanda mediante un edicto, de conformidad con el derecho nacional (primera cuestión y primera parte de la tercera cuestión prejudicial).

Esta duda ya había sido resuelta en la Sentencia *Lindner* por lo que la respuesta no podía ser diferente. Al igual que en ella, el Tribunal comienza recordando que el Reglamento Bruselas I no tiene por finalidad unificar las normas de procedimiento de los Estados miembros, sino regular las normas de competencia judicial internacional y facilitar la ejecución de las resoluciones judiciales. En consecuencia corresponde a los Estados miembros, en el ejercicio de su autonomía, fijar las normas procesales aplicables a los procedimientos desarrollados ante sus órganos jurisdiccionales, normas que, no obstante, no deben vulnerar el Derecho de la Unión, ni en particular el Reglamento 44/2001 (motivos 44 y 45).

Sentada esta premisa la cuestión a dilucidar es si las normas procesales alemanas, que regulan la notificación por edictos, son compatibles con el Reglamento y para ello hay que partir de la afirmación de que el derecho fundamental de defensa concurre con el derecho a la tutela del demandante. ¿Puede llegar el derecho de defensa a convertirse en una prerrogativa absoluta que aniquile el derecho del demandante a acudir a un órgano jurisdiccional para que se pronuncie acerca del fundamento de sus pretensiones? o ¿puede establecerse un punto de equilibrio entre ambos?

10. A tal efecto el Tribunal de Justicia ya había afirmado en la Sentencia *Gambazzi* que el derecho fundamental de defensa no puede concebirse como una prerrogativa absoluta puesto que pueden existir restricciones justificadas por objetivos de interés general perseguidos por la medida de que se

<sup>8</sup> Trasladamos aquí las consideraciones realizadas a la STJUE de 17 de noviembre de 2011, M<sup>a</sup> A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, «El difícil equilibrio entre el derecho a la tutela judicial del demandante y la protección de los derechos de defensa: el asunto *Lindner*», *CDT* (marzo 2012), vol. 4, núm. 1, pp. 345-353.

<sup>9</sup> A juicio de B. AÑOVEROS TERRADAS, «Consumidor con domicilio desconocido ¿Hasta dónde llega la protección? A propósito de la Sentencia del TJCE (Sala Primera) de 17 de noviembre de 2011?», *La Ley*, núm. 7870, 31 de mayo de 2012, p. 3, la respuesta del Tribunal aporta una solución unificadora.

<sup>10</sup> Tal y como puso de manifiesto la Abogado General en sus conclusiones en el asunto *Lindner*, esa labor de comprobación la realizará el tribunal de origen conforme a sus propias normas.

<sup>11</sup> P. DE MIGUEL ASENSIO, «Infracción de derechos y demandas frente a responsables de sitios de Internet cuyo domicilio se desconoce» (<http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com.es>, entrada del 17 de marzo de 2012) afirma que «la proyectada reforma del Reglamento Bruselas I puede además aportar novedades de cara a hacer posible la competencia de los Estados miembros en situaciones en las que se desconoce el domicilio de una persona incluso si existen indicios probatorios de que el demandado está efectivamente domiciliado fuera del territorio de la UE, pues no cabe descartar que en situaciones de ese tipo puedan ser relevantes las normas sobre competencia subsidiaria y *forum necessitatis* que la reforma contempla introducir en relación con las personas domiciliadas fuera de la UE».

trate y siempre que no constituyan un menoscabo desproporcionado del derecho de defensa<sup>12</sup>. Un objetivo de interés general podría ser evitar la situación de denegación de justicia en que se encontraría el demandante cuando sea imposible localizar al demandado (Sentencia *Lindner* —motivo 51—).

Trasladando este razonamiento al asunto que estamos analizando había que valorar si la restricción del derecho de defensa que implica la notificación por edictos del derecho alemán responde a ese objetivo de interés general. Y, de nuevo, el TJUE va a fundamentar toda su argumentación en el principio fundamental del Reglamento Bruselas I de la preocupación por los derechos de defensa puesto que su articulado prevé, tanto en la fase de origen, como en la de eficacia de las resoluciones, mecanismos de control de dichos derechos<sup>13</sup>.

Considera el Tribunal que el art. 26 del Reglamento constituye una expresión del imperativo de evitar un menoscabo desproporcionado del derecho de defensa. Conforme a lo dispuesto en su párrafo 2 en caso de incomparecencia del demandado, el tribunal de origen está obligado a suspender el procedimiento en tanto no se acredite que el demandado ha podido recibir el escrito de demanda o documento equivalente con tiempo suficiente para defenderse o que se ha tomado toda diligencia a tal fin. Tratándose de un demandado con domicilio desconocido, como es el caso del Sr. de Visser, no resultaban aplicables los párrafos 3 y 4 del art. 26 ni, en consecuencia, el art. 19 del Reglamento 1393/2007 ni el art. 15 del Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965 (cosa que era evidente, pero que el Tribunal se encarga de recordar)<sup>14</sup>.

Por tanto, y como ya había afirmado en la Sentencia *Lindner*, la restricción del derecho de defensa sólo estaría justificada cuando el tribunal de origen se haya cerciorado de que se han realizado todas las investigaciones que exigen los principios de diligencia y buena fe para encontrar al demandado. Además de referirse a su anterior sentencia, el TJUE también cita jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la que se ha afirmado que el art. 6 CEDH no se opone a una citación fijada en el tablón de anuncios siempre que se protejan debidamente los derechos de los interesados<sup>15</sup>.

**11.** Conforme a este razonamiento cabe deducir que la notificación edictal de los arts. 185 a 188 de la Ley de Enjuiciamiento civil alemana sería compatible con el Reglamento Bruselas I siempre y cuando el tribunal de origen hubiera realizado todas las comprobaciones necesarias para encontrar a dicho demandado. Sólo cuando hubiera realizado esas averiguaciones y sólo cuando haya sido imposible localizarlo sería factible ese modo de notificación y podría continuar el procedimiento dictando sentencia en rebeldía. De lo contrario, si el procedimiento quedase paralizado *sine die*, se privaría totalmente de eficacia el derecho del demandante a la tutela judicial efectiva (art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea).

La restricción del derecho de defensa que implica la notificación por edictos del derecho alemán quedaría justificada por el objetivo de interés general de tutelar el derecho del demandante. De nuevo el

<sup>12</sup> Sentencia de 2 de abril de 2009, asunto C-394/07, *Marco Gambazzi/DaimlerCrysler Canada Inc y CIBC Mellon Trust Company*, Rec. 2009, p. I-02563.

<sup>13</sup> Si hacemos un repaso de la jurisprudencia puede observarse como el Tribunal de Justicia siempre afirma que todas las resoluciones deben adoptarse respetando el derecho de defensa, vid, M<sup>a</sup> A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *Denegación de la eficacia de sentencias europeas por indefensión del demandado*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 2001.

<sup>14</sup> Los arts. 1.2 del Reglamento (CE) núm. 1393/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil y mercantil (*DOUE* núm. L 324, de 10 de diciembre de 2007) y del Convenio de La Haya de 15 de noviembre de 1965 relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial (*BOE* núm. 203, de 25 de agosto de 1987; corr. de errores, *BOE* núm. 88, de 13 de abril de 1989) afirman que sus disposiciones no se aplicarán cuando el domicilio de la persona a la que haya de notificarse el documento sea desconocido.

<sup>15</sup> Sentencia TEDH de 10 de abril de 2003, *Nunes Dias/Portugal*, en la que se discutió sobre la «citação edital» prevista en el Derecho portugués (<http://echr.coe.int>). El Tribunal afirmó que el derecho fundamental previsto en el art. 6 CEDH no tiene un carácter absoluto en la medida que puede implicar limitaciones. Prolongar un procedimiento por un tiempo indefinido con la finalidad de buscar la dirección de una de las partes sería contrario al principio de seguridad jurídica y a una buena administración de justicia. Por ello, el derecho de acceso a un tribunal no impide que los Estados contratantes puedan prever en sus legislaciones procedimientos para regular dichas situaciones siempre y cuando los derechos de las partes sean debidamente protegidos. En el caso concreto el Tribunal consideró que no hubo lesión del art. 6 CEDH y declaró no admisible la demanda, de conformidad con lo previsto en el art. 35.3 del Convenio, por estar manifiestamente mal fundada.

peso recae en el tribunal de origen que es quien debe valorar cuándo queda justificado un menoscabo del derecho de defensa que no sea desproporcionado.

Por consiguiente «*el Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que se dicte una sentencia en rebeldía frente a un demandado al que, ante la imposibilidad de localizarle, se notificó el escrito de demanda mediante edicto, de conformidad con el Derecho nacional, siempre que el órgano jurisdiccional que conozca del asunto se haya cerciorado antes de que se realizaron todas las averiguaciones que exigen los principios de diligencia y buena fe para encontrar a dicho demandado*»<sup>16</sup>.

12. Pero una vez que la resolución se ha dictado en rebeldía se plantea otra cuestión, la de su eficacia extraterritorial ya que, como hemos afirmado, también en esa fase existen mecanismos de protección de los derechos de defensa.

Si es cierto que estas notificaciones ficticias restringen el derecho de defensa también lo es, como afirma el Tribunal, que el demandado tiene la posibilidad de oponerse a la eficacia de la sentencia invocando el art. 34.2 RBI (cosa que nunca podría hacer el demandante si el procedimiento no continuase). Por tanto, y como ya hemos afirmado, se pueden plantear supuestos —eso sí, excepcionales— en los que, pese a haberse cumplido el mandato del art. 26.2 RBI, se podrá denegar la eficacia de la resolución. Será el tribunal del Estado miembro requerido el que deberá ponderar si realmente el demandado sufrió lesión de su derecho de defensa o si estuvo justificada la restricción de ese derecho<sup>17</sup>.

13. Ahora bien una cosa es que, en las circunstancias analizadas, se dicte sentencia en rebeldía conforme al Reglamento Bruselas I y otra muy distinta poder certificar la resolución como título ejecutivo europeo, de acuerdo con lo previsto en el Reglamento 805/2004. Ambos Reglamentos establecen diferentes mecanismos de eficacia de las resoluciones porque responden a principios distintos.

## V. La imposibilidad de certificar una resolución dictada en rebeldía como título ejecutivo europeo cuando se desconoce el domicilio del demandado

14. Mediante la segunda parte de la tercera cuestión prejudicial el tribunal remitente pregunta al Tribunal de Justicia si el Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que se opone a la certificación como título ejecutivo europeo, en el sentido del Reglamento (CE) núm. 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de una sentencia dictada en rebeldía dictada contra un demandado cuyo domicilio se desconoce. La respuesta a esta cuestión hay que buscarla en la letra y en la filosofía del Reglamento TEE.

15. El Reglamento 805/2004 fue el primer instrumento que suprimió el exequátur de las resoluciones dictadas en materia patrimonial y esa supresión ha sido posible porque se establecen unos requisitos procesales (las denominadas «*normas mínimas aplicables a los procedimientos*»), cuyo estricto cumplimiento por el juez de origen avala el respeto de los derechos de defensa del deudor y justifica que no se controle la resolución en el Estado miembro de ejecución<sup>18</sup>.

Como se sabe el Reglamento se circunscribe a la materia patrimonial debiendo haberse dictado la resolución sobre un «*crédito no impugnado*». Al respecto establece su art. 3.1 que se considerará como no impugnado el crédito si el deudor en el procedimiento de origen lo aceptó de manera expresa (en un procedimiento judicial, mediante una transacción judicial o en un documento público con fuerza ejecutiva); o mantuvo una actitud pasiva (no impugnándolo o no compareciendo a una vista del órgano jurisdiccional tras una inicial impugnación).

<sup>16</sup> A la vista de esta respuesta el Tribunal no entra a resolver la segunda cuestión prejudicial planteada.

<sup>17</sup> M<sup>a</sup> A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, «El difícil equilibrio entre el derecho a la tutela judicial del demandante y la protección de los derechos de defensa: el asunto *Lindner*», *CDT* (marzo 2012), vol. 4, núm. 1, pp. 352-353.

<sup>18</sup> Para un estudio *in extenso*, entre otros, M<sup>a</sup> A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, *El título ejecutivo europeo*, Colex, Madrid, 2005; F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *El título ejecutivo europeo*, Cuadernos Civitas, Navarra, 2006; F. GASCÓN INCHAUSTI, *El título ejecutivo europeo para créditos no impugnados*, Thomson/Aranzadi, Navarra, 2005.

Si es cierto que una resolución dictada en rebeldía puede certificarse como título ejecutivo europeo, también lo es que en dichos supuestos hay que velar por el pleno respeto de los derechos de defensa y precisamente por eso, se establece que sólo podrá certificarse la resolución como título ejecutivo europeo si en el procedimiento judicial en el Estado miembro de origen se han cumplido los requisitos establecidos en el Capítulo III («normas procesales mínimas») <sup>19</sup>. El Reglamento es consciente de ello y de ahí que en el Considerando 10 afirme expresamente que «*cuando un órgano jurisdiccional de un Estado miembro haya dictado una resolución sobre un crédito no impugnado en ausencia del deudor en el procedimiento, la supresión de los controles en el Estado miembro ejecución debe estar inseparablemente vinculada y sujeta a la existencia de una garantía suficiente de que se observen los derechos de defensa*».

**16.** El núcleo duro de la regulación de esas normas procesales mínimas lo constituye el tema relativo a la notificación de la demanda puesto que pieza clave, para garantizar el pleno respeto del derecho de defensa, es la notificación al deudor de forma correcta del procedimiento entablado contra él, de los requisitos para impugnar el crédito y de las consecuencias que se derivarían de su actitud pasiva.

En este sentido los arts. 13 y 14 del Reglamento TEE enumeran los distintos métodos de notificación («con acuse de recibo del deudor» y «sin acuse de recibo del deudor»), aunque con la particularidad de que no será admisible una notificación sin acuse de recibo «*si no se conoce con certeza el domicilio del deudor*» (art. 14.2). En tal caso, debe prevalecer la seguridad jurídica y el silencio del deudor no puede interpretarse como una aceptación tácita de la deuda por lo que, en consecuencia, la resolución dictada en dichas circunstancias no puede certificarse como título ejecutivo europeo.

Queda claro que «*del propio tenor del Reglamento núm. 805/2004 resulta que una sentencia en rebeldía dictada cuando no es posible determinar el domicilio del demandado no puede ser certificada como título ejecutivo europeo*». Además, y como afirma el Tribunal, esta conclusión también se deriva de un análisis de los objetivos y la sistemática del Reglamento puesto que si dicho instrumento instaura una excepción al régimen común de reconocimiento de sentencias, los requisitos que para ello se exigen deben ser «*de interpretación estricta*» (motivo 64).

**17.** Si la supresión del exequátur queda vinculada a la observancia de los derechos de defensa tal garantía no existiría en un supuesto, como el que analizamos, en el que se presume que el Sr. de Visser desconoce el procedimiento entablado contra él. Si se certificase como título ejecutivo europeo una resolución dictada en dichas circunstancias al demandado no le quedaría otra opción que solicitar ante el tribunal de origen la rectificación o revocación del certificado <sup>20</sup>. La resolución así certificada sería reconocida y ejecutada en los demás Estados miembros sin que se requiriese ninguna declaración de ejecutividad y el deudor sólo podría oponerse a la ejecución en el supuesto de inconciliabilidad de resoluciones (arts. 5 y 21 del Reglamento).

En cambio conforme al Reglamento Bruselas I el demandado puede ejercer su derecho de defensa en fase de reconocimiento y exequátur en virtud de lo dispuesto en el art. 34.2 <sup>21</sup>. Tal y como afirma el propio Tribunal de Justicia esa garantía no existiría si en circunstancias como las del litigio principal «*se certificase como título ejecutivo europeo una sentencia en rebeldía dictada contra un demandado que no tuvo conocimiento del procedimiento*» (motivo 66).

De todo ello se deduce que «*el Derecho de la Unión debe interpretarse en el sentido de que se opone a la certificación, como título ejecutivo europeo en el sentido del Reglamento (CE) n° 805/2004*

<sup>19</sup> Hay que tener en cuenta que al establecer esas normas el Reglamento no armoniza los derechos procesales de los Estados miembros puesto que se deja a su discreción la facultad de adaptar sus respectivas legislaciones a dichos requisitos, en el supuesto de que lo consideren necesario (Vid. Considerando 19 del Reglamento).

<sup>20</sup> Hay que tener en cuenta que conforme al art. 19 del Reglamento TEE el deudor puede solicitar conforme a la legislación del Estado miembro de origen la revisión de la resolución. No obstante este recurso sólo está previsto para supuestos excepcionales en los que el deudor, por causas ajenas a su voluntad ni haya mediado culpa por su parte, no haya tenido conocimiento de la demanda o no haya podido impugnar el crédito.

<sup>21</sup> No hace falta recordar que conforme al art. 34.2 RBI el reconocimiento/exequátur va a ser denegado cuando se cumplan los requisitos exigidos en la norma y cuando realmente ha habido una lesión del derecho de defensa. Si el demandado fue rebelde por conveniencia debe soportar las consecuencias de su actitud.

*del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, de una sentencia en rebeldía dictada contra un demandado cuyo domicilio sea desconocido».*

18. A nuestro juicio, y frente a las críticas que ha sufrido el Reglamento 805/2004, la supresión del exequátur no se ha realizado a costa de un sacrificio de los derechos de defensa del demandado. Si la práctica ha demostrado que en la materia patrimonial el orden público que ha intervenido es el procesal y si la regulación de las normas mínimas pretende garantizar el derecho del deudor a su defensa, puede considerarse que la desaparición del orden público y de un control *ex post* de la resolución se ha compensado con dicha normativa, que expresaría la dimensión procesal del orden público. A estos argumentos cabría añadir que la supresión del exequátur se ha establecido con carácter opcional y en un ámbito material muy limitado<sup>22</sup>.

## VI. ¿Y en el futuro? La supresión del exequátur en los trabajos de reforma del Reglamento Bruselas I y la protección de los derechos de defensa

19. Llegados a este punto se nos plantean varias cuestiones sobre la posibilidad de extender al Reglamento Bruselas I esta técnica de la supresión del exequátur sin garantías adicionales de la resolución en el Estado miembro requerido. Y la duda nos surge porque en los trabajos de reforma del Reglamento 44/2001 uno de los principales escollos está siendo la tensión que genera el binomio «supresión del exequátur-protección de los derechos de defensa»<sup>23</sup>. De hecho, en las respuestas presentadas al *Libro Verde sobre la revisión del Reglamento (CE) n.º 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*<sup>24</sup>, se mostraron ciertas reservas a la completa supresión del exequátur por un doble orden de consideraciones. De un lado se sostuvo que las soluciones recogidas en los precedentes Reglamentos que han suprimido el exequátur y la escasa experiencia, hasta la fecha, en su aplicación práctica parecen mostrarse insuficientes para el Reglamento Bruselas I. De otra parte, se argumentó que la especial protección de los derechos de defensa del demandado (reforzada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a raíz de la Sentencia *Krombach*<sup>25</sup>), es una misión que compete no sólo al juez de origen, por lo que si el exequátur es eliminado deben establecerse, no obstante, salvaguardias en el Estado de la ejecución.

20. Y en este sentido en la *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y*

<sup>22</sup> Establece el art. 27 que el presente Reglamento no afectará a la posibilidad de solicitar el reconocimiento y la ejecución de conformidad con el Reglamento 44/2001.

Para una valoración de las distintas técnicas seguidas por el legislador europeo en materia de supresión del exequátur vid. M<sup>a</sup> A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, «Review of the Brussels I Regulation: Complete abolition of exequatur?», en *Latest Developments in EU Private International Law*, Intersentia, 2011, pp. 153-174.

<sup>23</sup> También en la doctrina se ha originado un gran debate sobre la materia, vid entre otros, R. ARENAS GARCÍA, «Abolition of Exequatur: Problems and Solutions. Mutual recognition, Mutual trust and Recognition of Foreign Judgments: Too many words in the sea», *Yearbook of Private International Law*, 2010, pp. 351-376; P. BEAUMONT AND E. JOHNSTON, «Abolition of the Exequatur in Brussels I: Is a Public Policy Defence Necessary for the Protection of Human Rights?», *IPRax*, núm. 2, 2010, pp. 105-110; O. FERACI, «L'abolizione dell'exequatur nella proposta di revisione del Regolamento n. 44/2001: quale destino per i motivi di rifiuto di riconoscimento e dell'esecuzione delle decisioni?», *Riv.dir.int.*, núm. 3, 2011, pp. 832-845; P. OBERHAMMER, «The abolition of exequatur», *IPRax*, núm. 3, 2010, pp. 197-203; P. SCHLOSSER, «The abolition of exequatur proceedings -Including public policy review?», *IPRax*, núm. 2, 2010, pp. 101-104.

<sup>24</sup> Doc. COM (2009) 175 final, Bruselas 21 de abril de 2009. La primera pregunta formulada en dicho Libro fue si el exequátur podía suprimirse del ámbito de aplicación del RBI y si debían mantenerse, no obstante, algunas salvaguardias. El libro Verde se presentó junto al *Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social europeo sobre la aplicación del Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Doc. COM (2009) 174 final, Bruselas 21 de abril de 2009.

<sup>25</sup> Recuérdese que el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 28 de marzo de 2000, asunto C-7/98, *Dieter Krombach/André Bamberski* (Rec. 2000, p. I-01935), afirmó que puede invocarse la cláusula del orden público para denegar eficacia a una resolución en la que se ha lesionado un derecho de defensa distinto de los contemplados expresamente en el art. 34.2 RBI.

*mercantil*<sup>26</sup>, se mantiene un control de la resolución en el Estado miembro requerido en supuestos excepcionales, al afirmarse que la supresión del exequátur «*debe acompañarse de salvaguardias procesales que aseguren la debida protección del derecho del demandado a un juez imparcial y sus derechos de la defensa consagrados en el art. 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE*». Conforme a lo previsto en la citada *Propuesta de Reglamento* el demandado tiene derecho a solicitar una denegación del reconocimiento o la ejecución de una resolución cuando dicho reconocimiento o ejecución no estuvieren permitidos por los principios fundamentales que son la base del derecho a un juez imparcial (art. 46).

Junto a la posibilidad de interponer un recurso ante el tribunal de origen que permita la revisión de la resolución en los supuestos en que el demandado no compareció ante el tribunal de origen en las circunstancias que se prevén, se permite que pueda interponer otro recurso en fase de ejecución para dar así solución a aquellos casos excepcionales de lesión de derechos de la defensa que no pudieron hacerse valer en el proceso de origen. Así existirían plenas garantías de que ninguna resolución es ejecutada en lesión de un derecho fundamental.

**21.** Esta solución no significa dar amparo a comportamientos fraudulentos de demandados habilitados porque el cauce natural para la defensa es el proceso de origen y es allí donde deben hacer valer su derecho<sup>27</sup>. Si voluntariamente o de mala fe el demandado está ilocalizable debe soportar las consecuencias que se deriven de su comportamiento. Cosa diferente es si por causa de fuerza mayor no pudo ejercer su derecho de defensa.

No obstante el devenir de esta regulación está aún por confirmarse ya que, en los momentos de redacción de estas páginas, la *Propuesta de Reglamento* se encuentra a la espera de primera lectura o lectura única por el Parlamento Europeo<sup>28</sup>.

---

<sup>26</sup> Doc. COM (2010) 748 (Versión refundida), vid, M<sup>a</sup> A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, «La supresión del exequátur en la reforma del Reglamento Bruselas I: valoración de las soluciones propuestas», *Comunicación presentada a las XXIV Jornadas AEPDI-RI, Córdoba 20 a 22 de octubre de 2011* (en prensa).

<sup>27</sup> Al respecto el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 22 de diciembre de 2010, asunto C-491/10 (PPU) *Aguirre Zarraga/S. Pelz* (aún no publicada), afirmó el reparto de competencias entre los órganos del Estado miembro de origen y del Estado miembro de ejecución previsto por el Reglamento Bruselas II descansa sobre la premisa de que los órganos jurisdiccionales respetan las obligaciones que el Reglamento les impone de conformidad con la Carta de los Derechos Fundamentales (motivo 59) y que los distintos ordenamientos jurídicos nacionales están en condiciones de proporcionar una protección equivalente y efectiva de los derechos fundamentales, reconocidos en el ámbito de la Unión, en particular en la Carta de los Derechos Fundamentales (motivo 70). Las partes interesadas deben acudir al ordenamiento jurídico del Estado miembro de origen para hacer uso de las vías de recurso que les permitan impugnar la legalidad de la resolución certificada en virtud del art. 42 del Reglamento 2201/2203 (motivo 71).

<sup>28</sup> Las últimas noticias que tenemos son las siguientes: - El 1 de junio de 2012 el Consejo de la Unión Europea presentó un documento en el que ofreció una orientación general acerca de la Propuesta de Reglamento (Justciv 209) y nos sorprende que en dicho documento la supresión del exequátur se entienda ahora como una mera eliminación del trámite formal del procedimiento en el Estado miembro requerido y sigan manteniéndose los motivos de denegación previstos en el actual art. 34 RBI. A nuestro juicio esta propuesta se alinea a la solución de la *Resolución del Parlamento Europeo de 7 de septiembre de 2010 sobre la aplicación y revisión del Reglamento (CE) n° 44/2001* (para su valoración vid. M<sup>a</sup> A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, «Review of the Brussels I Regulation: Complete abolition of exequatur?», en *Latest Developments in EU Private International Law*, Intersentia, 2011, pp. 170-172.); -De otra parte, el Consejo de Justicia y Asuntos de Interior en su sesión de 7-8 de junio de 2012 dio luz verde a la Propuesta de Reglamento, aunque no sabemos en qué términos puesto que sólo disponemos de una nota de prensa.

# ENTRA EN VIGOR EL ACUERDO PARA LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN RECÍPROCA DE INVERSIONES (APPRI) ENTRE ESPAÑA Y VIETNAM DE 20 DE FEBRERO DE 2006

JOSÉ ÁNGEL RUEDA GARCÍA  
*Doctor en Derecho. Abogado*

Recibido: 17.03.2012 / Aceptado: 23.03.2012

**Resumen:** El APPRI que acaba de entrar en vigor entre España y Vietnam contiene disposiciones habitualmente recogidas en tratados similares que permiten calificarlo como un texto moderno apto para la protección de las inversiones españolas en Vietnam y vietnamitas en España. El APPRI debería contribuir asimismo a la promoción de las inversiones recíprocas que, hasta la fecha, son prácticamente inexistentes.

**Palabras clave:** APPRI, Vietnam, arbitraje de inversiones, CIADI, Reglamento UNCITRAL.

**Abstract:** The BIT that has just entered into force between Spain and Vietnam contains provisions usually included in similar treaties that allow us to label it as a modern text suitable for the protection of Spanish investments in Vietnam and Vietnamese investments in Spain. The BIT should also contribute to the promotion of reciprocal investments that, to date, are virtually nonexistent.

**Key words:** BIT, Vietnam, investment arbitration, ICSID, UNCITRAL Rules.

**Sumario:** I. Introducción. II. Ámbitos de aplicación del APPRI. 1. Ámbito de aplicación material: el concepto de «inversión». 2. Ámbito de aplicación personal: el concepto de «inversor». 3. Ámbito de aplicación territorial. 4. Ámbito de aplicación temporal. III. Promoción de las inversiones entre España y Vietnam. IV. Protecciones materiales de las inversiones. 1. Tratamiento justo y equitativo y plena protección y seguridad. 2. Tratamiento nacional y de la nación más favorecida. 3. Expropiación. 4. Compensación por pérdidas. 5. Libre transferencia de rentas. 6. Condiciones más favorables. V. Solución de controversias. 1. Controversias entre un inversor y un Estado parte. A) Alternativas de arbitrajes inversor-Estado. B) Subrogaciones y excepciones. a) Subrogación en caso de pago de seguro o garantía de inversión. b) No excepción por pago de seguro o garantía de inversión. 2. Controversias entre los Estados parte del APPRI. 3. Normas especiales del procedimiento arbitral. VI. Conclusión.

## I. Introducción

1. El pasado 29 de julio de 2011 entró en vigor el Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones (APPRI) celebrado entre España y Vietnam en Hanói el 20 de febrero de 2006. No obstante, como viene siendo habitual con los tratados internacionales celebrados por España, la Secretaría General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación no remitió la noticia al Boletín Oficial del Estado (BOE) hasta más tarde, en concreto el 1 de diciembre de 2011. El texto fue publicado finalmente casi cinco meses después de su entrada en vigor<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> BOE nº 303, de 17 de diciembre de 2011. La tramitación parlamentaria en España fue rápida y pacífica; *vid.* el dictamen favorable de la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados, de 27 de octubre de 2010 (BOCG, Sección Congreso de los Diputados, serie C, nº 255-2, de 2 de noviembre de 2010); la aprobación por el Pleno del Congreso de los

2. En líneas generales el APPRI con Vietnam responde al esquema habitual de este tipo de tratados internacionales, de los que hasta la fecha España ha celebrado más de sesenta con Estados de todo el mundo, incluidos varios del sudeste de Asia<sup>2</sup>; mientras que Vietnam ha firmado una cantidad algo inferior<sup>3</sup>. Tras su análisis entendemos que los operadores económicos españoles y vietnamitas dispondrán de una herramienta útil para la *protección* de sus inversiones efectuadas en el territorio del otro Estado. No obstante, la entrada en vigor de este APPRI debería contribuir asimismo a la *promoción* de unas inversiones que hasta la fecha son prácticamente inexistentes<sup>4</sup> en el contexto de unos intercambios comerciales altamente deficitarios para España<sup>5</sup>.

3. Para comprender la interpretación del APPRI que hemos realizado en este trabajo debemos hacer dos aclaraciones metodológicas que, aun siendo obvias, no dejan de ser trascendentes en vista de las peculiaridades de este tipo de tratados internacionales.

- i. De un lado, hemos comentado el APPRI en su versión española, que es considerada auténtica al igual que las versiones en vietnamita e inglés. Sin embargo, debemos señalar que, en caso de divergencia en la interpretación de las diversas versiones auténticas, el APPRI dispone que prevalecerá el texto inglés (que no ha sido publicado en el BOE siquiera a efectos informativos)<sup>6</sup>.

---

Diputados de la autorización al Gobierno prevista en el art. 94.1 CE, de 10 de noviembre de 2010 (BOCG, Sección Congreso de los Diputados, serie C, nº 255-3, de 16 de noviembre de 2010); y la autorización por el Pleno del Senado, de 1 de diciembre de 2010 (BOCG, Sección Senado, serie IV, nº 215(c), de 7 de diciembre de 2010).

<sup>2</sup> Vid. la lista de APPRIs celebrados por España que ya han entrado en vigor en <http://www.comercio.gob.es/es-ES/inversiones-exteriores/acuerdos-internacionales/acuerdos-promocion-proteccion-reciproca-inversiones-appris/Paginas/lista-appri-vigor.aspx> (consultada el 5 de marzo de 2012). Aparte del APPRI que comentamos en este trabajo, actualmente España tiene APPRIs en vigor con los siguientes Estados de la zona del este o sudeste de Asia: China (BOE nº 164, de 8 de julio de 2008), República de Corea (BOE nº 297, de 13 de diciembre de 1994), Filipinas (BOE nº 275, de 17 de noviembre de 1994), Indonesia (BOE nº 31, de 5 de febrero de 1997; corrección de errores, BOE nº 98, de 24 de abril de 1997) y Malasia (BOE nº 59, de 8 de marzo de 1996; corrección de errores, BOE nº 156, de 28 de junio de 1996).

<sup>3</sup> Vid. la lista de APPRIs celebrados por Vietnam en [http://www.unctad.org/sections/dite\\_pceb/docs/bits\\_vietnam.pdf](http://www.unctad.org/sections/dite_pceb/docs/bits_vietnam.pdf) (consultada el 5 de marzo de 2012). De los 58 APPRIs firmados por Vietnam a 1 de junio de 2011 habían entrado en vigor 40, mayoritariamente con Estados asiáticos y europeos. A los efectos de este trabajo comentaremos exclusivamente los textos de los 27 APPRIs en vigor que figuran publicados en la página web <http://www.unctadxi.org/templates/docsearch.aspx?id=779> (consultada el 5 de marzo de 2012), a saber: los APPRIs con Alemania, Australia, Austria, Belarús, Unión Económica de Bélgica y Luxemburgo, Bulgaria, República Checa, China, República de Corea, Cuba, Dinamarca, Egipto, Finlandia, Francia, Hungría, Indonesia, Italia, Japón, Letonia, Malasia, Países Bajos, Polonia, Rumania, Singapur, Suecia, Suiza y Tailandia. Se citarán por la fecha de su firma por las partes.

<sup>4</sup> De acuerdo con los datos elaborados por la Dirección General de Comercio e Inversiones del entonces Ministerio de Industria, Turismo y Comercio del Gobierno de España (hoy dependiente del Ministerio de Economía y Competitividad), el flujo neto de inversiones de España a Vietnam entre 2006 y 2010 fue de menos de un millón de euros, mientras que las inversiones de Vietnam a España alcanzaron la simbólica cantidad de diez mil euros. Vid. la ficha de Vietnam disponible en <http://www.barrerascomerciales.es/Paises.aspx?doc=452> (consultada el 5 de marzo de 2012).

<sup>5</sup> Aunque los intercambios comerciales (exportaciones e importaciones) no son el objeto de atención de la promoción y protección de los APPRIs, en general estos tratados y el APPRI con Vietnam en particular suelen expresar en sus preámbulos que los Estados parte del tratado en cuestión han decidido celebrarlo «*deseando intensificar la cooperación económica en beneficio mutuo de ambos Estados*». No hay duda de que existe una relación estrecha entre comercio e inversión: una inversión inicial puede servir para poner en marcha una empresa que se dedique a exportar bienes y servicios al Estado del que procede el capital invertido para constituirlo o aun hacia terceros Estados. Según datos provisionales, en 2010 las exportaciones de España a Vietnam ascendieron a 159 millones de euros mientras que las importaciones desde Vietnam ascendieron a 1.076 millones de euros (tasa de cobertura = 14,78%). Vid., de nuevo, la ficha de Vietnam (*supra*, nota 4); la noticia publicada en el diario *El País*, «Vietnam, refugio del fabricante español», de 8 de enero de 2012, sección *Negocios*, p. 15; y la información disponible en la Red de Oficinas Económicas y Comerciales de España en el Exterior de la Secretaría de Estado de Comercio del Ministerio de Economía y Competitividad, en [http://www.oficinascomerciales.es/icex/cda/controller/pageOfecom/es/0,5310,5280449\\_5299371\\_5296234\\_0\\_VN,00.html](http://www.oficinascomerciales.es/icex/cda/controller/pageOfecom/es/0,5310,5280449_5299371_5296234_0_VN,00.html) (consultada el 5 de marzo de 2012).

<sup>6</sup> Recuérdese el art. 33.1 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los tratados, de 23 de mayo de 1969 (BOE nº 142, de 13 de junio de 1980) sobre la interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas.



- ii. De otro, hemos de advertir de que, aunque los APPRI son muy parecidos los unos a los otros, es esencial que todo análisis de un tratado de estas características descansa principalmente en el texto concreto<sup>7</sup>. Ello es sin perjuicio de que se hagan comparaciones puntuales con otros tratados para entender la práctica convencional de los Estados parte en el APPRI (y de que, en su caso, se intentase importar, a través de una cláusula de la nación más favorecida, alguna disposición de otro APPRI que pudiese ser más favorable en un supuesto concreto).

4. A continuación veremos los ámbitos de aplicación del APPRI (II.), las disposiciones del APPRI sobre promoción de las inversiones (III.), las protecciones materiales que brinda el APPRI a las inversiones (IV.) y los esquemas de solución de las controversias que pudieren surgir de su interpretación y aplicación (V.).

## II. Ámbitos de aplicación del APPRI

5. Como es habitual en tratados similares, el APPRI con Vietnam contiene una serie de disposiciones que en conjunto definen su ámbito de aplicación.

### 1. Ámbito de aplicación material: el concepto de «inversión»

6. *Ratione materiae*, el art. 1.1 del APPRI contiene una definición amplia y no exhaustiva de lo que debe entenderse como «inversión». En este sentido coincide con las prácticas convencionales española y vietnamita hasta la fecha<sup>8</sup> y es coherente con la tendencia general en el Derecho internacional de las inversiones. Así, el APPRI establece que se entenderá por «inversión» todo tipo de activos invertidos por inversores de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante de conformidad con la normativa de esta última.

7. El APPRI ofrece algunos ejemplos de lo que puede ser una inversión y menciona categorías frecuentemente recogidas en tratados similares: a) la propiedad de bienes muebles e inmuebles; b) participaciones, acciones, obligaciones y cualquier otro tipo de participación en una sociedad; c) el derecho a aportaciones monetarias o a cualquier otro tipo de prestación en virtud de un contrato que tenga valor económico y que esté relacionada con una inversión; d) derechos de propiedad intelectual e industrial, *know how* y fondo de comercio; y, e) derechos a realizar actividades económicas y comerciales otorgados por ley o contrato, incluidas las concesiones para la prospección, extracción o explotación de recursos naturales.

8. Aparte de lo anterior, el art 1.1 *in fine* del APPRI permite considerar que las inversiones realizadas por «sociedades locales» (esto es, domiciliadas en el Estado receptor de la inversión) pero que sean propiedad o estén controladas efectivamente por inversores del otro Estado son efectivamente inversiones realizadas por esos inversores de ese otro Estado siempre que se hayan efectuado de conformidad con la legislación del Estado receptor de la inversión. Si, por ejemplo, la legislación vietnamita exigiese la constitución de una sociedad local para canalizar la inversión extranjera en su territorio, las operaciones desarrolladas por esa sociedad local serán consideradas como inversiones a efectos de este APPRI si la sociedad es propiedad o está controlada efectivamente por inversores españoles. Los

---

<sup>7</sup> Recuérdese el art. 31.1 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los tratados respecto de los criterios hermenéuticos de los tratados internacionales.

<sup>8</sup> Parece una excepción el art. 1.1 del APPRI Bulgaria-Vietnam (de 19 de septiembre de 1996), que en su versión auténtica en inglés trata la cuestión en sentido restrictivo: «*The term «investments» shall mean, every kind of assets invested by an investor of the one Contracting Party in the territory of the other Contracting Party in one of the following forms*» (énfasis añadido).

conceptos de «propiedad» y «control efectivo» deberán entenderse conforme a la *lex societatis* que, por definición, es la del Estado receptor de la inversión<sup>9</sup>.

## 2. Ámbito de aplicación personal: el concepto de «inversor»

9. *Ratione personae*, el APPRI otorga la condición de «inversor» tanto a personas físicas como a personas jurídicas.

10. En cuanto a las personas físicas, el APPRI considera «inversor» a quienes sean nacionales de un Estado parte de acuerdo con su legislación interna (art. 1.2.a). En este sentido el APPRI cimenta la práctica española contemporánea de usar la *nacionalidad* como punto de conexión, frente al *domicilio* o la *residencia habitual*<sup>10</sup>. Asimismo, añade un ejemplo más a la muy consolidada práctica negociadora vietnamita de usar la conexión de la *nacionalidad*<sup>11</sup>.

11. En cuanto a las personas jurídicas, el APPRI adopta un criterio *cumulativo* al exigir, para el otorgamiento de la calificación de inversor, que la persona jurídica haya sido constituida o debidamente organizada conforme a la legislación de un Estado parte y que tenga su domicilio social en el territorio de ese mismo Estado parte (art. 1.2.b)<sup>12</sup>. El uso cumulativo de la constitución y el domicilio o la «sede» social de la persona jurídica es el que prevalece cuantitativamente en la práctica española<sup>13</sup>, si bien se

<sup>9</sup> A falta de una regla expresa en el APPRI. *Cfr.*, por ejemplo en la práctica española, el art. 1.2 *in fine* del APPRI con Costa Rica: «Para mayor certeza, se considerará que una empresa de una Parte está efectivamente controlada por inversores de la otra Parte Contratante cuando estos últimos tengan la facultad de designar a la mayoría de sus directores o de dirigir legalmente de otro modo sus operaciones» (BOE nº 170, de 17 de julio de 1999). Y, del lado de Vietnam, puede verse el art. 1.3 del APPRI con Australia, de 5 de marzo de 1991: «For the purposes of this Agreement, a natural person or company shall be regarded as controlling a company or an investment if the person or company has a substantial interest in the company or the investment. Any question arising out of this Agreement concerning the control of a company or an investment shall be resolved to the satisfaction of the Contracting Parties».

<sup>10</sup> La mayoría de APPRIs celebrados por España solamente se refieren a la *nacionalidad* como punto de conexión para la identificación del inversor persona física. Atrás quedan otras prácticas creativas, como (i) el uso cumulativo del *domicilio* y la *nacionalidad*, como en el art. 1.1.a) del APPRI con Argentina (BOE nº 277, de 18 de noviembre de 1992); (ii) el uso exclusivo de la *residencia* para el caso español y de la *nacionalidad* para el caso del otro Estado parte, como en el art. 1.2.a) del APPRI con Checoslovaquia, en vigor tanto con la República Checa como con Eslovaquia (BOE nº 33, de 7 de febrero de 1992); art. 1.1.a) del APPRI con Egipto (BOE nº 155, de 30 de junio de 1994); art. 1.3.a) del APPRI con Filipinas; art. 1.1.a) del APPRI con Honduras (BOE nº 175, de 20 de julio de 1996); art. 1.2.a) del APPRI con Hungría (BOE nº 217, de 9 de septiembre de 1992); art. 1.2.a) del APPRI con Indonesia; art. 1.1.a) del APPRI con Kazajistán (BOE nº 104, de 30 de abril de 1996); art. 1.1.a) del APPRI con Lituania (BOE nº 22, de 25 de enero de 1996; corrección de errores, BOE nº 98, de 23 de abril de 1996); art. 1.1.a) del APPRI con Nicaragua (BOE nº 98, de 25 de abril de 1995); art. 1.1.a) del APPRI con Paraguay (BOE nº 8, de 9 de enero de 1997); art. 1.1.a) del APPRI con Perú (BOE nº 59, de 8 de marzo de 1996; corrección de errores, BOE nº 157, de 29 de junio de 1996); y el art. 1.2.a-b) del APPRI con Rumania (BOE nº 280, de 23 de noviembre de 1995); (iii) el uso alternativo de la *nacionalidad* y la *residencia* solamente para el caso español y el uso exclusivo de la *nacionalidad* para el caso del otro Estado parte, como en el art. 1.1.a) del APPRI con Bulgaria (BOE nº 143, de 16 de junio de 1998); (iv) el uso exclusivo de la *nacionalidad* para el caso de España y de la *residencia* para el otro Estado parte, como en el art. 1.3.a-b) del APPRI con Uruguay (BOE nº 126, de 27 de mayo de 1994); (v) el uso exclusivo de la *residencia* para ambos Estados parte, como en el art. 1.1 del APPRI con la República de Corea; art. 1.1.a) del APPRI con la República Dominicana (BOE nº 282, de 22 de noviembre de 1996); art. 1.1.a) del APPRI con Letonia (BOE nº 134, de 5 de junio de 1997); art. 1.1.a) del APPRI con Polonia (BOE nº 133, de 4 de junio de 1993); y el art. 1.1.a) del APPRI con Turquía (BOE nº 71, de 24 de marzo de 1998); y (vi) el uso cumulativo de la *residencia* y la *nacionalidad*, como en el art. 1.a) del APPRI con Tunicia (BOE nº 172, de 20 de julio de 1994). Para comprender algunos problemas que surgen de esta disparidad de puntos de conexión, *vid.* I. GARCÍA RODRÍGUEZ, *La protección de las inversiones exteriores (los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones celebrados por España)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pp. 128-142.

<sup>11</sup> En el caso de Vietnam el uso de la *nacionalidad* es general en todos los APPRIs que tiene en vigor. No obstante, matizaremos que en dos casos la *nacionalidad* aparece colocada como alternativa con otros criterios: (i) la *residencia no limitada* (art. 1.1.c.ii) del APPRI con Australia); y (ii) la *residencia permanente* (art. 1.1.c.ii) del APPRI con Malasia, de 21 de enero de 1992).

<sup>12</sup> Los ejemplos que ofrece el APPRI de persona jurídica refiriéndose a sociedades anónimas, sociedades colectivas o asociaciones mercantiles, deben entenderse sin ánimo de exhaustividad.

<sup>13</sup> Incluyendo en este grupo la poco afortunada redacción del art. 1.2.b) del APPRI con Checoslovaquia, hoy en vigor tanto con la República Checa como con Eslovaquia: «personas jurídicas, incluidas compañías, y otras entidades debidamente organizadas según el derecho de una de las Partes y estén situadas en el territorio de esa misma Parte».

pueden encontrar otras fórmulas<sup>14</sup>. Mientras, en el caso de Vietnam la práctica es realmente heterogénea y es difícil afirmar cuál es la opción prevalente<sup>15</sup>.

12. Para aclarar la extensión personal de este APPRI debemos volver al supuesto de las inversiones mediante sociedades locales. Así, de una interpretación sistemática del tratado surge que las operaciones mediante sociedades locales son consideradas como «inversión» (art. 1.1 *in fine*) pero las sociedades locales no son consideradas como «inversores»<sup>16</sup>. Esto implica que, en caso de surgir una controversia entre inversores y uno de los dos Estados parte en el APPRI, quienes tendrán la legitimación activa para instar las negociaciones a que se refiere el art. 11.1 de este APPRI (y después promover un arbitraje contra el Estado receptor de la inversión) serán solamente las personas físicas o jurídicas *propietarias* o que *controlen efectivamente* la sociedad local<sup>17</sup>. Esta limitación es, sin embargo, la norma en la práctica convencional española, que únicamente cuenta con dos excepciones en los que se permita considerar como «inversores» también a las sociedades locales<sup>18</sup>. Por su parte, en la práctica vietnamita

<sup>14</sup> Esas otras fórmulas son las siguientes: (i) *residencia* de la persona jurídica, como en el art. 1.1 del APPRI con la República de Corea; (ii) uso exclusivo del criterio de *constitución* de la persona jurídica, como en el art. 1.1.b) del APPRI con Croacia (BOE nº 259, de 29 de octubre de 1998); art. 1.1.b) del APPRI con El Salvador (BOE nº 114, de 10 de mayo de 1996; corrección de errores, BOE nº 207, de 27 de agosto de 1996); art. 1.1.b) del APPRI con Eslovenia (BOE nº 113, de 11 de mayo de 2000; corrección de errores, BOE nº 136, de 7 de junio de 2000); art. 1.1.b) del APPRI con la India (BOE nº 29, de 3 de febrero de 1999; corrección de errores, BOE nº 101, de 28 de abril de 1999); art. 1.1.b) del APPRI con Jordania (BOE nº 9, de 10 de enero de 2001; corrección de errores, BOE nº 35, de 9 de febrero de 2001); art. 1.b) del APPRI con Malasia; art. 1.1.b) del APPRI con Panamá (BOE nº 254, de 23 de octubre de 1998; corrección de errores, BOE nº 277, de 19 de enero de 1998); art. 1.1.b) del APPRI con Polonia; art. 1.1.b) del APPRI con Sudáfrica (BOE nº 26, de 31 de enero de 2000); art. 1.1.b) del APPRI con Trinidad y Tobago (BOE nº 252, de 19 de octubre de 2004); art. 1.1.b) del APPRI con Tunicia; art. 1.2.b) del APPRI con Ucrania (BOE nº 108, de 5 de mayo de 2000; corrección de errores, BOE nº 138, de 9 de junio de 2000); y art. 1.1.b) del APPRI con Venezuela (BOE nº 245, de 13 de octubre de 1997); (iii) uso cumulativo de los criterios de *constitución* y *dirección efectiva* desde el territorio de uno de los Estados parte, como en el art. 1.1.b) del APPRI con Egipto; art. 1.1.b) del APPRI con Estonia (BOE nº 168, de 15 de julio de 1998); art. 1.3.b) del APPRI con Filipinas; art. 1.2.b) del APPRI con Indonesia; y el art. 1.1.b) del APPRI con Letonia; (iv) uso cumulativo de los criterios de *constitución* y *control efectivo* desde el territorio de uno de los Estados parte o por inversores de uno de los Estados parte, como el art. 1.1.b) del APPRI con Pakistán (BOE nº 142, de 12 de junio de 1996); y art. 1.1.b) del APPRI con Perú; (v) uso cumulativo de los criterios de *constitución*, *domicilio* y *actividad económica efectiva* en el territorio de uno de los Estados Parte, como en el art. 1.2.b) del APPRI con Irán (BOE nº 192, de 10 de agosto de 2004); art. 1.1.b) del APPRI con Líbano (BOE nº 122, de 22 de mayo de 1997); y el art. 1.2.b) del APPRI con Siria (BOE nº 42, de 18 de febrero de 2005); y (vi) uso cumulativo de los criterios de *constitución* y *domicilio* junto con la exigencia de una autorización para invertir en el otro Estado, como en el art. 1.1.B) del APPRI con la U.R.S.S., aplicable por sucesión a Armenia, Azerbaiyán, Belarús, Georgia, Kirguistán, Rusia, Tayikistán y Turkmenistán (BOE nº 301, de 17 de diciembre de 1991). *Vid.*, asimismo, I. GARCÍA RODRÍGUEZ, *Op. cit.*, pp. 142-157.

<sup>15</sup> Podemos encontrar las siguientes opciones: (i) uso cumulativo de los criterios de *constitución* y *sede*, como en el art. 1.2 del APPRI con Austria (de 27 de marzo de 1995); art. 1.1.b) del APPRI con la Unión Económica de Bélgica y Luxemburgo (de 24 de enero de 1991); art. 1.3.b) del APPRI con Bulgaria; art. 1.2.b) del APPRI con la República Checa (de 21 de marzo de 2008); art. 1.2.b) del APPRI con China (de 2 de diciembre de 1992); art. 1.3 del APPRI con Francia (de 26 de mayo de 1992); y art. 1.1.b) del APPRI con Rumania (de 15 de septiembre de 1994); (ii) uso cumulativo de los criterios de *constitución* y *sede* en el caso de Vietnam y exclusivo del criterio de la *sede* en el otro Estado Parte, como en el art. 1.4 del APPRI con Alemania (de 3 de abril de 1993); (iii) uso exclusivo del criterio de la *sede* para ambos Estados parte, como en el art. 1.3.b) del APPRI con Finlandia (de 21 de febrero de 2008); art. 1.4 del APPRI con Italia (de 18 de mayo de 1990); y art. 1.3.b) del APPRI con Suecia (de 8 de septiembre de 1993); (iv) uso exclusivo del criterio de la *constitución*, como en el art. 1.d) del APPRI con Australia; art. 1.4 del APPRI con Belarús (de 8 de julio de 1992); art. 1.2.b) del APPRI con la República de Corea (de 15 de septiembre de 2003); art. 1.4 del APPRI con Cuba (de 12 de octubre de 1995); art. 1.3.b) del APPRI con Dinamarca (de 23 de julio de 1993); art. 1.2.b) del APPRI con Egipto (de 6 de septiembre de 1997); art. 1.2.b) del APPRI con Hungría (de 26 de agosto de 1994); art. 1.3 del APPRI con Indonesia (de 25 de octubre de 1991); art. 1.1.b) del APPRI con Japón (de 14 de noviembre de 2003); art. 1.c.ii) del APPRI con Letonia (de 6 de noviembre de 1995); art. 1.1.c.ii) del APPRI con Malasia; art. 1.b.ii) del APPRI con Países Bajos (de 10 de marzo de 1994); art. 1.2.b) del APPRI con Polonia (de 31 de agosto de 1994); art. 1.4 del APPRI con Singapur (de 29 de octubre de 1992); y art. 1.2 del APPRI con Tailandia (de 30 de octubre de 1991); y, (v) uso cumulativo de los criterios de *constitución*, *sede* y *actividad económica real*, como en el art. 1.1.b) del APPRI con Suiza (de 3 de julio de 1992).

<sup>16</sup> Esto queda bien explicado en el art. 2.3 del APPRI Australia-Vietnam: «*A company duly organised under the law of a Contracting Party shall not be treated as a national of the other Contracting Party, but any investments in that company by nationals of that other Contracting Party shall be protected by this Agreement*».

<sup>17</sup> *Vid.*, *supra*, ¶ 8.

<sup>18</sup> *Vid.* el art. 1.2.c) del APPRI con Ucrania: «*Cualquier persona jurídica constituida o debidamente organizada de conformidad con las leyes de la otra Parte Contratante pero que esté controlada directa o indirectamente por una persona física con arreglo a la definición de la anterior letra a) o por cualquier persona jurídica con arreglo a la definición de la anterior letra*

encontramos también solo dos casos en los que se reconoce a las sociedades locales la categoría de «inversor» o, al menos, *ius standi* contra el Estado en caso de surgir una controversia de inversión<sup>19</sup>.

13. Finalmente, es interesante señalar que hay algunos APPRI en vigor para Vietnam que otorgan la categoría de «inversor» a sociedades *constituidas* en terceros Estados pero controladas directa o indirectamente por personas físicas o jurídicas nacionales de uno de los Estados parte en el APPRI correspondiente<sup>20</sup>. En este sentido, una inversión española podría ser canalizada hacia Vietnam a través de la constitución de una sociedad en un Estado intermedio, por ejemplo, Países Bajos; en ese caso, la inversión quedaría protegida *también* por el APPRI Países Bajos-Vietnam. La jurisprudencia ha aceptado esta solución<sup>21</sup> aunque no ha sido bien vista en algunos sectores<sup>22</sup>.

### 3. Ámbito de aplicación territorial

14. *Ratione loci*, el art. 1.4 del APPRI define el término «territorio» a los efectos de determinar el lugar de realización de la inversión y lo hace en un sentido acorde con el Derecho internacional<sup>23</sup> al incluir el territorio terrestre, las aguas interiores, el mar territorial y el espacio aéreo suprayacente, así como la zona económica exclusiva y la plataforma continental que se extienden fuera de los límites del mar territorial de cada uno de los Estados parte.

15. A este respecto no huelga recordar que Vietnam mantiene disputas territoriales por la soberanía de los archipiélagos de Paracelso y Spratly, situados en el Mar de la China Meridional. El interés de esta puntualización reside en la eventual explotación de los recursos naturales existentes en la superficie y en las aguas jurisdiccionales de estas islas que, obviamente, sería calificable como una «inversión» a los efectos de este APPRI en caso de que la soberanía de alguna de esas islas fuera atribuida a Vietnam<sup>24</sup>.

### 4. Ámbito de aplicación temporal

16. Finalmente, *ratione temporis* el art. 12 establece que el APPRI será aplicable a las inversiones realizadas tanto antes como después de su entrada en vigor (29 de julio de 2011)<sup>25</sup>. Respecto de la

---

b)». Asimismo, el art. 1.1.b) del APPRI con Venezuela: «*Personas jurídicas, incluidas compañías, asociaciones de compañías, sociedades mercantiles, sucursales y otras organizaciones que se encuentren constituidas o, en cualquier caso, debidamente organizadas según el derecho de esa Parte Contratante, así como las que están constituidas en una de las Partes Contratantes y estén efectivamente controladas por inversores de la otra Parte Contratante*».

<sup>19</sup> Vid. el art. 1.3 del APPRI con Francia y el art. 14.7 del APPRI con Japón.

<sup>20</sup> Vid. el art. 1.1.d.ii) del APPRI con Australia; el art. 1.2.c) del APPRI con Austria -solo para sociedades controladas por nacionales austriacos-; el art. 1.c.iii) del APPRI con Letonia; el art. 1.b.iii) del APPRI con Países Bajos; el art. 1.3.b) del APPRI con Suecia -que usa el criterio de la *sede* de la sociedad en un tercer Estado en vez del criterio de la *constitución*-; y el art. 1.1.c) del APPRI con Suiza.

<sup>21</sup> Vid. los asuntos *Mobil Corporation y otros c. Venezuela* (Caso CIADI No. ARB/07/27), Decisión sobre jurisdicción de 10 de junio de 2010 (disponible en <http://italaw.com/documents/MobilVenezuelaJurisdiction.pdf>; consultada el 5 de marzo de 2012); y *CEMEX Caracas Investments B.V. y CEMEX Caracas II Investments B.V. c. Venezuela* (Caso CIADI No. ARB/08/15), Decisión sobre jurisdicción de 30 de diciembre de 2010 (disponible en [http://italaw.com/documents/CEMEX\\_v\\_Venezuela\\_Jurisdiction\\_Sp.pdf](http://italaw.com/documents/CEMEX_v_Venezuela_Jurisdiction_Sp.pdf); consultada el 5 de marzo de 2012), sobre la articulación de inversiones en Venezuela a través de sociedades constituidas en Países Bajos. En ambos casos los demandantes instaron sus reclamaciones bajo el art. 1.b.iii) del APPRI Países Bajos-Venezuela que en este punto es idéntico al art. 1.b.iii) del APPRI Países Bajos-Vietnam.

<sup>22</sup> Vid. G. KAHLE, III, «The new Dutch sandwich: The issue of treaty abuse», *Columbia FDI Perspectives*, n° 48, 10 de octubre de 2011, en <http://www.vcc.columbia.edu/content/new-dutch-sandwich-issue-treaty-abuse> (consultada el 5 de marzo de 2012).

<sup>23</sup> Recuérdese el art. 29 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los tratados respecto de la aplicación *ratione loci* de los tratados internacionales.

<sup>24</sup> Vid. la ficha de Vietnam en *The World Factbook* de la *Central Intelligence Agency* de los Estados Unidos de América en <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/vm.html>, así como las de las islas Paracelso y Spratly respectivamente en <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/pf.html> y <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/pg.html> (consultadas el 5 de marzo de 2012).

<sup>25</sup> Recuérdese el art. 28 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los tratados respecto de irretroactividad de los tratados internacionales salvo disposición en contrario.

duración del tratado, el art. 13.1 dispone primero que el APPRI permanecerá en vigor por un período inicial de diez años (esto es, hasta el 29 de julio de 2021) y añade que, después de la expiración de ese período inicial, el APPRI continuará indefinidamente en vigor a menos que cualquiera de las Partes notifique a la otra por escrito su decisión de denunciarlo. El art. 13.2 indica que esa notificación entrará en vigor un año después de la fecha de dicha notificación.

17. No obstante, el APPRI prevé en su art. 13.3 una cláusula de remanencia por la cual sus arts. 1 a 12 (todos los de promoción y protección de las inversiones) permanecerán en vigor por otro período adicional de diez años desde la fecha de terminación del tratado para aquellas inversiones efectuadas con anterioridad a esa fecha de terminación. Por ejemplo, si el APPRI fuera denunciado por cualquiera de los Estados parte al día siguiente del término del primer período de vigencia de diez años (30 de julio de 2021), denuncia que entraría en vigor un año después (30 de julio de 2022), el APPRI seguiría siendo aplicable para las inversiones efectuadas antes de esa última fecha por otros diez años más (hasta el 30 de julio de 2032). Esta cláusula de remanencia es una garantía adicional de protección de las inversiones para el caso de que uno de los Estados parte reniegue del tratado. Disposiciones como ésta aparecen en toda la práctica convencional española y vietnamita en vigor.

### III. Promoción de las inversiones entre España y Vietnam

18. Como reza su título, el APPRI pretende tanto la *promoción* como la *protección* de las inversiones españolas en Vietnam y vietnamitas en España. Sin embargo, la lectura de cualquier tratado de estas características revela que la proporción entre disposiciones dedicadas a la protección frente a la promoción de las inversiones suele ser normalmente de diez a una. Por ello, no resultará extraño que en este trabajo prestemos más atención a la primera que a la segunda.

19. A pesar de lo anterior, es claro que de nada sirve un tratado que protege algo inexistente (aunque el hecho de su vigencia no puede considerarse en sí algo pernicioso)<sup>26</sup>. Así, y en vista de las elocuentes estadísticas sobre (ausencia de) flujos de inversiones entre España y Vietnam, consideramos que las disposiciones sobre promoción de las inversiones de este APPRI adquieren un significado simbólico.

20. En primer lugar, en el art. 2.1 del APPRI los dos Estados parte se comprometen de manera genérica a promover en su territorio, «*en la medida de lo posible*», las inversiones de inversores del otro Estado parte. Se trata simplemente de una declaración de intenciones que no tiene un contenido específico ni representa una obligación concreta para los Estados parte<sup>27</sup>. Empero, en vista de la situación de

<sup>26</sup> Cfr. el hecho de que Ecuador haya justificado la denuncia de APPRIs que había celebrado con algunos Estados alegando que no habían contribuido al aumento de los flujos de inversiones procedentes de sus contrapartes. De este modo en 2008 Ecuador denunció sus APPRIs con Cuba, la República Dominicana, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, Rumania y Uruguay; *vid.* UNCTAD, *World Investment Report 2009. Transnational Corporations, Agricultural Production and Development*, p. 32 ([http://www.unctad.org/en/docs/wir2009\\_en.pdf](http://www.unctad.org/en/docs/wir2009_en.pdf); (consultada el 5 de marzo de 2012). Asimismo, después de la entrada en vigor de la Constitución de 20 de octubre de 2008 y su art. 422.I, ha intentado hacer lo mismo con una docena de APPRIs; *vid.*, por todos, el informe de la Comisión Especializada Permanente de Soberanía, Integración, Relaciones Internacionales y Seguridad Integral de la Asamblea Nacional de Ecuador para la denuncia del APPRI Ecuador-Alemania, de 10 de agosto de 2010, ¶ 3.1.5: «*Este Tratado en la práctica no han [sic] sido recíproco y únicamente ha beneficiado a los nacionales de la contraparte, evidenciando además un fracaso evidente en su objetivo de atraer inversión, convirtiéndose a la par, en mecanismo de presión a la política económica de los Gobiernos*»; en <http://documentacion.asambleanacional.gov.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/703b4234-9138-4928-bd1c-0388b81f7c52/Informe%20sobre%20la%20solicitud%20del%20Presidente%20de%20la%20Rep%C3%BAblica%20de%20aprobar%20la%20Denuncia%20del%20Tratado%20entre%20la%20Rep%C3%BAblica%20del%20Ecuador%20y%20la%20Rep%C3%BAblica%20Federal%20de%20Alemania%20sobre%20Fomento%20y%20Rec%C3%ADproca%20Protecci%C3%B3n%20de%20Inversiones%20de%20Capital.pdf> (consultada el 5 de marzo de 2012).

<sup>27</sup> R. DOLZER y C. SCHREUER, *Principles of International Investment Law*, New York, Oxford University Press, 2008, pp. 80-81, destacan que este tipo de formulaciones es habitual en los APPRIs negociados por Estados europeos. Sobre afirmaciones similares *vid.*, además, J. W. SALACUSE, *The Law of Investment Treaties*, New York, Oxford University Press, 2010, pp. 193-195.

ausencia de inversiones recíprocas al tiempo de la celebración del APPRI en 2006 (lo que sigue sucediendo al tiempo de su entrada en vigor en 2011), habría sido deseable que los negociadores del tratado hubieran incluido al menos alguna cláusula del estilo de otras existentes en la práctica convencional española de hace unos años con el fin de reforzar esta debilidad *a futuro*<sup>28</sup>. En todo caso, entendemos que este pobre art. 2.1 vale por lo menos para justificar la organización de eventos (ferias, congresos, etc.) o la divulgación de oportunidades de inversión (como concursos para la adjudicación de obra pública) que efectivamente contribuyan al aumento de las inversiones recíprocas<sup>29</sup>.

Desde la perspectiva española, nuestros operadores económicos pueden ver Vietnam como una economía emergente y efervescente en la que muchos otros Estados ya se habían fijado incluso antes de la adhesión de Vietnam a la Organización Mundial del Comercio el 1 de enero de 2007<sup>30</sup> y en la que la inversión extranjera desempeña un papel clave en el desarrollo económico<sup>31</sup>. Y desde el punto de vista de Vietnam, los inversores locales pueden ver a España como una economía avanzada a pesar de la crisis económica. En este sentido, este APPRI y otros instrumentos ya disponibles deberían entonces animar la realización de inversiones en ambos Estados<sup>32</sup>.

**21.** En segundo lugar, una vez conseguida la captación de la atención del inversor interesado en invertir, los dos Estados parte del APPRI se comprometen asimismo a *admitir* las inversiones de acuerdo con sus leyes y reglamentos (art. 2.1) y, admitida la inversión, a conceder los permisos necesarios para su puesta en marcha y para la ejecución de acuerdos de licencia y de contratos de asistencia técnica, comercial o administrativa (art. 2.2). Esto representa, en definitiva, un compromiso lógico de acelerar la puesta en marcha de la inversión captada.

#### IV. Protecciones materiales de las inversiones

**22.** En cuanto a las protecciones materiales, los arts. 3 a 9 del APPRI contienen disposiciones habitualmente recogidas en otros APPRIs celebrados por España y Vietnam que son acordes con la práctica contemporánea en el Derecho internacional y que ya han sido tratadas con frecuencia y atención en la jurisprudencia de inversiones exteriores.

<sup>28</sup> Por ejemplo, el art. II.2 del APPRI con Costa Rica: «Con la finalidad de incrementar los flujos de inversión, cada Parte Contratante se esforzará, a petición de la otra Parte Contratante, en informar a esta última de las oportunidades de inversión en su territorio». *Vid.*, en parecidos términos, el art. 2.2 del APPRI con Croacia; art. 2.3 del APPRI con El Salvador; art. 2.2 del APPRI con Gabón (BOE nº 22, de 25 de enero de 2002); art. 3.2 del APPRI con la India; art. 2.2 del APPRI con Jamaica (BOE nº 11, de 13 de enero de 2003); art. 2.2 del APPRI con Libano; art. II.2 del APPRI con México (BOE nº 81, de 3 de abril de 2008; corrección de errores, BOE nº 121, de 19 de mayo de 2008); art. II.2 del APPRI con Sudáfrica; art. 2.2. del APPRI con Ucrania; art. II.2 del APPRI con Venezuela; y, en términos más opacos, el art. 2.3 del APPRI con Kuwait (BOE nº 79, de 1 de abril de 2008). Del lado de Vietnam apenas se pueden citar el art. 6 del APPRI con Australia y el art. 7 del APPRI con Japón sobre la publicidad y accesibilidad de las normas sobre inversiones.

<sup>29</sup> *Vid.* I. GARCÍA RODRÍGUEZ, *Op. cit.*, pp. 126-127.

<sup>30</sup> Es significativo que sólo 10 de los 58 APPRIs firmados por Vietnam han sido concluidos con posterioridad al 1 de enero de 2007 (con Mozambique en 2007; con Finlandia, la República Checa y Grecia en 2008; y con los Emiratos Árabes Unidos, Irán, Uruguay, Kazajistán, Sri Lanka y Eslovaquia en 2009). En cuanto a los Estados Unidos de América, aún no han firmado un APPRI con Vietnam; no obstante, se puede decir que están supervisando la apertura de la economía vietnamita al libre mercado a través del Acuerdo Marco sobre Comercio e Inversión firmado en Washington, DC, el 21 de junio de 2007 (disponible en [http://www.ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/tifa/asset\\_upload\\_file81\\_12935.pdf](http://www.ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/tifa/asset_upload_file81_12935.pdf); consultada el 5 de marzo de 2012).

<sup>31</sup> *Vid.* el interesante trabajo de D. S. L. JARVIS, «Foreign Direct Investment and Investment Liberalization in Asia: Assessing ASEAN's Initiatives», *Lee Kuan Yew School of Public Policy*, Singapur, en <http://www.risk-and-regulation.com/wp-content/uploads/2010/05/RR2-ASEAN-Investment-Liberalization.pdf> (consultada el 5 de marzo de 2012); quien en la p. 2 afirma significativamente que «*Foreign investment has been the life-blood of ASEAN's economies*». Vietnam es Estado miembro de ASEAN desde el 28 de julio de 1995.

<sup>32</sup> *Vid.* el Convenio entre el Reino de España y la República Socialista de Vietnam para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta, hecho en Hanói el 7 de marzo de 2005 (BOE nº 8, de 10 de enero de 2006; corrección de errores, BOE nº 81, de 4 de abril de 2007). Señalaremos únicamente que este Convenio contiene definiciones que hacen que su ámbito de aplicación sea distinto al del APPRI aquí comentado; por ejemplo, el art. 1 indica que «*el presente Convenio se aplicará a las personas residentes de uno o de ambos Estados contratantes*».

## 1. Tratamiento justo y equitativo y plena protección y seguridad

23. En primer lugar, el art. 3.1 recoge la obligación de cada Estado parte del APPRI de dar un tratamiento justo y equitativo y plena protección y seguridad a las inversiones «*de conformidad con el Derecho internacional*». El estándar por excelencia de la protección de inversiones exteriores figura en este APPRI vinculado al Derecho internacional mediante una redacción que es claramente minoritaria en la práctica convencional española<sup>33</sup>, frente a otras más frecuentes<sup>34</sup>; si bien en la mayoría de APPRIs en vigor para España no existe ninguna mención al Derecho internacional junto a estos estándares<sup>35</sup>. Por su parte, del lado de Vietnam la regla general es la mención del estándar al margen de toda referencia al Derecho internacional salvo en una sola excepción<sup>36</sup>.

24. Esta descripción diversa del estándar en la práctica convencional puede generar cierta inquietud entre quienes deban aplicar este APPRI. En particular puede dar lugar a dudas sobre el verdadero alcance de la protección que ofrece este APPRI. Sin embargo, parece que hay una clara diferencia entre aquellos casos en que el estándar aparece vinculado directamente al estándar mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario (art. IV.1 del APPRI España-México)<sup>37</sup> y otros supuestos como el del APPRI España-Vietnam. Viendo cómo ha señalado la jurisprudencia sobre inversiones exteriores ha interpretado de manera convergente tratados con expresiones divergentes se puede concluir que la diferencia entre unas redacciones y otras no pasa de la mera discrepancia entre los equipos de negociación de distintos tratados<sup>38</sup>.

<sup>33</sup> Con anterioridad aparece solamente en el art. 3.2 del APPRI con Croacia; art. 4.1 del APPRI con El Salvador; art. 4.1 del APPRI con Gabón; art. III.2 del APPRI con Sudáfrica; y el art. IV.1 del APPRI con Venezuela.

<sup>34</sup> Otras fórmulas son: (i) mencionado el tratamiento justo y equitativo, que «*en ningún caso concederá una Parte a dichas inversiones un tratamiento menos favorable que el exigido por el derecho internacional*», y expresiones análogas, como en el art. 3.1 del APPRI con Albania (BOE nº 38, de 13 de febrero de 2004; corrección de errores, BOE nº 83, de 6 de abril de 2004); art. 3.1 del APPRI con Bolivia (BOE nº 247, de 15 de octubre de 2002); art. 3.1 del APPRI con Bosnia y Herzegovina (BOE nº 158, de 3 de julio de 2003); art. III.1 del APPRI con Costa Rica; art. III.1 del APPRI con Eslovenia; art. 3.1 del APPRI con Guatemala (BOE nº 146, de 17 de junio de 2004); art. 3.1 del APPRI con Guinea Ecuatorial (BOE nº 10, de 12 de enero de 2004); art. 3.1 del APPRI con Jamaica; art. 4.1 del APPRI con Jordania; art. 3.1 del APPRI con Kuwait; art. 3.1 del APPRI con Líbano; art. 3.1 del APPRI con la A. R. Y. de Macedonia (BOE nº 43, de 19 de febrero de 2007); art. 3.1 del APPRI con Moldavia (BOE nº 37, de 12 de febrero de 2007; corrección de errores, BOE nº 79, de 2 de abril de 2007); art. 3.1 del APPRI con Namibia (BOE nº 199, de 18 de agosto de 2004); art. 4.1 del APPRI con Nigeria (BOE nº 36, de 11 de febrero de 2006); art. IV.1 del APPRI con Panamá; art. 3.1 del APPRI con Siria; y art. 3.1 del APPRI con Trinidad y Tobago; y el art. 3.1 del APPRI con la ex Yugoslavia, aplicable por sucesión a Montenegro y Serbia (BOE nº 135, de 4 de junio de 2004; y BOE nº 188, de 4 de agosto de 2010); (ii) un «*trato acorde con el derecho internacional consuetudinario, incluido trato justo y equitativo*», como en el art. IV.1 del APPRI con México; y (iii) un tratamiento justo y equitativo «*en consonancia con los principios del derecho internacional*», como en el art. 3.1 del APPRI con Marruecos (BOE nº 86, de 11 de abril de 2005).

<sup>35</sup> Vid. el art. 4.1 del APPRI con Argelia (BOE nº 59, de 8 de marzo de 1996); art. IV.1 del APPRI con Argentina; art. IV.1 del APPRI con Bulgaria; art. 2.3 del APPRI con Colombia (BOE nº 219, de 12 de septiembre de 2007); art. 4.1 del APPRI con Checoslovaquia (en vigor tanto con la República Checa como con Eslovaquia); art. 4.1 del APPRI con Chile (BOE nº 67, de 19 de marzo de 1994); art. 3.1 del APPRI con China; art. 3.1 del APPRI con la República de Corea; art. 4.1 del APPRI con Cuba (BOE nº 276, de 18 de noviembre de 1995); art. 4.1 del APPRI con la República Dominicana; art. IV.1 del APPRI con Ecuador (BOE nº 86, de 10 de abril de 1998); art. 4.1 del APPRI con Egipto; art. 4.1 del APPRI con Estonia; art. 2 del APPRI con Filipinas; art. 4.1 del APPRI con Honduras; art. 3.1 del APPRI con Hungría; art. 4.1 del APPRI con la India; art. 4.1 del APPRI con Indonesia; art. 3.1 del APPRI con Irán; art. 4.1 del APPRI con Kazajistán; art. 4.1 del APPRI con Letonia; art. 3.1 del APPRI con Libia (BOE nº 237, de 1 de octubre de 2009); art. IV.1 del APPRI con Lituania; art. III.1 del APPRI con Malasia; art. IV.1 del APPRI con Nicaragua; art. 4.1 del APPRI con Pakistán; art. 4.1 del APPRI con Paraguay; art. 4.1 del APPRI con Perú; art. 4.1 del APPRI con Polonia; art. 2.3 del APPRI con Rumania; art. 4.1 del APPRI con Tunicia; art. IV.1 del APPRI con Turquía; art. 3.1 del APPRI con Ucrania; art. 5.1 del APPRI con la U.R.S.S., aplicable por sucesión a Armenia, Azerbaiyán, Belarús, Georgia, Kirguizistán, Rusia, Tayikistán y Turkmenistán; art. 4.1 del APPRI con Uruguay; y el art. 3.1 del APPRI con Uzbekistán (BOE nº 78, de 31 de marzo de 2004).

<sup>36</sup> Es el caso del art. 3.1 del APPRI con Francia, que menciona el tratamiento justo y equitativo «*conformément aux principes du droit international*». Como se verá *infra* en la nota 38, esta redacción responde a la influencia de la práctica francesa en la negociación del tratado.

<sup>37</sup> Vid., *supra*, nota 34.

<sup>38</sup> Vid., por su contenido, el asunto *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., e InterAgua Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina* (Caso CIADI No. ARB/03/17), Decisión sobre responsabilidad de 30 de julio de 2010, disponible en <http://italaw.com/documents/SuezInterAguaDecisiononLiability.pdf> (consultada el 5 de marzo de 2012). El Tri-

25. Asimismo, en el art. 3.2 del APPRI se recoge el compromiso de ambos Estados de no obstaculizar, mediante medidas injustificadas o discriminatorias, la gestión, el mantenimiento, la utilización, el disfrute y la enajenación de las inversiones. Se trata de un estándar adicional que figura abundantemente en la práctica de ambos Estados parte de este APPRI, unas veces bajo la prohibición de medidas «injustificadas» y otras veces de medidas «arbitrarias».

26. Por último, el art. 3.2 *in fine* se refiere al deber de cada Estado de respetar «*toda obligación que haya contraído por escrito con respecto a las inversiones de inversores*» del otro Estado. Sin perder de vista el debate abierto sobre el alcance de las «cláusulas paraguas» en los acuerdos de protección de inversiones, parece desprenderse de semejante redacción que la intención de los dos Estados parte es que un incumplimiento del deber de respetar una obligación de ese tipo contraída por escrito implica un incumplimiento del APPRI.

## 2. Tratamiento nacional y de la nación más favorecida

27. En los arts. 4.1 y 4.3 del APPRI España y Vietnam se han comprometido a otorgar *a las inversiones* realizadas por inversores del otro Estado un tratamiento equivalente al que conceden a sus propios nacionales y a los de cualquier tercer Estado. También en el art. 4.2 se han comprometido a brindar ese tratamiento de la nación más favorecida *a los inversores* en lo que respecta a la gestión, el mantenimiento, la utilización, el disfrute o la enajenación de sus inversiones; sin embargo, el APPRI no dice que el tratamiento nacional deba extenderse *a los inversores*.

28. Estas referencias al tratamiento nacional y de la nación más favorecida encuentran una excepción en el art. 4.4, común con otros APPRIs en vigor para España y Vietnam. Esa excepción indica que ese tratamiento equivalente no comprenderá cualquier tratamiento, preferencia o privilegio resultante de la pertenencia o asociación del Estado receptor de la inversión a alguna zona de libre comercio o unión aduanera, económica o monetaria existentes o futuras (art. 4.4.a) ni a acuerdos internacionales o legislación interna con contenido tributario (art. 4.4.b)<sup>39</sup>.

29. En lo que se refiere a los acuerdos de libre comercio y otras formas de organización económica regional, el art. 4.4.a) implica que los inversores vietnamitas en España no puedan beneficiarse de normas de la Unión Europea como la libertad de establecimiento, que España debe garantizar a los nacionales de todos los demás Estados miembros de la UE. Y, recíprocamente, que los inversores españoles en Vietnam no puedan beneficiarse de las normas de profundización de la integración económica en el marco de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático (ASEAN) por las que Vietnam hubiere de dar un tratamiento preferente a los nacionales de los demás Estados miembros de ASEAN<sup>40</sup>.

## 3. Expropiación

30. El art. 5 del APPRI está consagrado a la expropiación de las inversiones. En él ambos Estados se han comprometido a no llevar a cabo medidas de nacionalización, expropiación o de efecto equivalente sobre las inversiones de inversores del otro Estado salvo por causa de utilidad pública, con

---

bunales condenó a Argentina por haber incumplido su obligación de dar un tratamiento justo y equitativo a unos inversores extranjeros conforme a los APPRIs España-Argentina y Francia-Argentina. El Tribunal advirtió de que el art. 3.1 del APPRI Francia-Argentina define el tratamiento justo y equitativo «*conformément aux principes du droit international*», mientras que el art. 4.1 del APPRI España-Argentina no dice nada al respecto (*vid., supra*, nota 35); sin embargo, el Tribunal no apreció en la práctica ninguna diferencia entre ambas disposiciones (¶¶ 176-182).

<sup>39</sup> En el art. 4.5 se aclara que las disposiciones del art. 4 serán sin perjuicio del derecho de cualquiera de los dos Estados de aplicar un tratamiento diferente en materia de impuestos a los diferentes contribuyentes respecto de su lugar de residencia fiscal.

<sup>40</sup> En el plano de los acuerdos de integración regional no se debe perder de vista para el futuro la iniciativa de la *Trans-Pacific Partnership* que abanderan los Estados Unidos de América y en la que Vietnam participa junto a Australia, Brunei, Chile, Malasia, Nueva Zelanda, Perú y Singapur para la constitución de una gigantesca área de libre comercio. *Vid.* <http://www.ustr.gov/tpp> (consultada el 5 de marzo de 2012).



arreglo al debido procedimiento legal, de manera no discriminatoria y mediante el pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva (art. 5.1). Esta disposición, tradicional en el marco de la protección de inversiones y presente en todos los APPRI en vigor para España y Vietnam, solamente da derecho a la obtención de una indemnización en caso de expropiación pero no cercena en modo alguno el poder inherente del Estado a llevar a cabo expropiaciones dentro de su territorio.

**31.** Como es habitual en otros APPRI, el tratado fija que el pago de la indemnización corresponderá al valor de mercado de la inversión expropiada a una fecha de tasación que se fija en aquella inmediatamente anterior al conocimiento público de la expropiación o de su inminencia, lo que ocurra antes (art. 5.2). Con ello se trata de valorar el bien a su precio en condiciones normales, evitando la natural depreciación de aquello que se sabe va a ser tomado por el Estado. Ese valor de mercado se expresará en una moneda libremente convertible al tipo de cambio de mercado vigente a la fecha de tasación e incluirá un interés comercial a tipo de mercado desde la fecha de expropiación hasta el pago (art. 5.3)<sup>41</sup>.

**32.** Es significativo que en este contexto el art. 5.5 prevea que cuando un Estado expropie los activos de una sociedad constituida de conformidad con la legislación vigente en cualquier parte de su propio territorio y en la que tengan participación inversores del otro Estado, se asegurará de que se apliquen las disposiciones del art. 5 para garantizar una indemnización pronta, adecuada y efectiva respecto de su inversión a los inversores del otro Estado que sean titulares de dichas participaciones<sup>42</sup>. Esta disposición debe ser leída junto al concepto de inversión que recoge el art. 1.1 *in fine* respecto de las operaciones de las sociedades locales que son propiedad o están controladas efectivamente por inversores del otro Estado<sup>43</sup> y a la falta de *ius standi* que tienen esas sociedades locales para reclamar *per se* bajo este APPRI<sup>44</sup>.

#### 4. Compensación por pérdidas

**33.** Bajo esa rúbrica el art. 6 del APPRI trata el alcance de los derechos de los inversores en caso de pérdidas sufridas en sus inversiones debidas a guerra u otro conflicto armado, estado de emergencia nacional, revolución u otros acontecimientos similares. En este punto el APPRI establece dos reglas distintas que merecen un comentario particularizado.

- i. Como regla general, los Estados parte se comprometen a conceder, a título de restitución, indemnización, compensación u otro arreglo, un tratamiento no menos favorable que el que el Estado conceda a sus propios inversores o a inversores de cualquier tercer Estado, según el que resulte más favorable para el inversor afectado (art. 6.1).

<sup>41</sup> Sin perjuicio de las disposiciones sobre solución de diferencias entre el inversor y el Estado receptor de su inversión recogidas en el art. 11 del APPRI, el art. 5.4 indica que el inversor afectado tendrá derecho, con arreglo a la legislación del Estado que realice la expropiación, a que una autoridad judicial u otra autoridad competente e independiente de ese Estado revise con prontitud su caso, incluidos la tasación de su inversión y el pago de la indemnización, de conformidad con los principios establecidos en el art. 5.

<sup>42</sup> Se trata de una disposición que con un lenguaje más o menos similar ya ha aparecido en la práctica española. *Vid.* el art. 5.5 del APPRI con Albania; art. 5.5 del APPRI con Bolivia; art. 5.5 del APPRI con Bosnia y Herzegovina; art. 4.5 del APPRI con Colombia; art. V.5 del APPRI con Costa Rica; art. 5.4 del APPRI con Croacia; art. 5.3 del APPRI con El Salvador; art. V.5 del APPRI con Eslovenia; art. 5.5 del APPRI con Estonia; art. 5.4 del APPRI con Gabón; art. 5.5 del APPRI con Guatemala; art. 5.5 del APPRI con Guinea Ecuatorial; art. 6.4 del APPRI con la India; art. 6.5 del APPRI con Jordania; art. 5.5 del APPRI con Kuwait; art. 5.4 del APPRI con Líbano; art. 5.5 del APPRI con Libia; art. 5.4 del APPRI con la A. R. Y. de Macedonia; art. 5.5 del APPRI con Moldavia; art. 5.5 del APPRI con Namibia; art. 6.5 del APPRI con Nigeria; art. VI.5 del APPRI con Panamá; art. V.4 del APPRI con Sudáfrica; art. 5.5 del APPRI con Trinidad y Tobago; art. 5.5 del APPRI con Ucrania; art. 5.5 del APPRI con Uzbekistán; y el art. V.3 del APPRI con Venezuela. También del lado de la práctica de Vietnam ya ha aparecido en el art. 4.2 del APPRI con Austria; art. 5.3 del APPRI con la República de Corea; art. 5.4 del APPRI con Egipto; art. 5.3 del APPRI con Hungría; art. 6.3 del APPRI con Indonesia; art. 5.1.iv) del APPRI con Italia; art. 5.3 del APPRI con Polonia; art. 6.2 del APPRI con Singapur; y art. 6.2 del APPRI con Tailandia.

<sup>43</sup> *Vid., supra*, ¶ 8.

<sup>44</sup> *Vid., supra*, ¶ 12.

- ii. Como regla especial, en cambio, los Estados se comprometen a conceder una restitución o indemnización, en ambos casos pronta adecuada y efectiva, siempre que la requisa de la inversión o parte de la misma hubiera tenido lugar por las fuerzas o autoridades del Estado receptor de la inversión (art. 6.2.a); o bien la destrucción de la inversión hubiera tenido lugar por las fuerzas o autoridades del Estado receptor de la inversión sin que lo exigiera la necesidad de la situación (art. 6.2.b).

34. Resulta claro que solo en el segundo caso existe un derecho concreto del inversor a recibir una indemnización pronta, adecuada y efectiva<sup>45</sup>. Por el contrario, en el primer caso el inversor no tiene derecho a una indemnización concreta, sino a recibir un tratamiento acorde al tratamiento nacional o de la nación más favorecida que brinde en su caso el Estado receptor de la inversión que, en la práctica, podría llevar perfectamente a que el inversor no recibiera ninguna indemnización. Por lo demás, ambas disposiciones deben ser examinadas a la luz de las normas generales del Derecho internacional público que dan contenido a conceptos como el de la «necesidad»<sup>46</sup>.

## 5. Libre transferencia de rentas

35. El art. 7 del APPRI también reconoce a los inversores la garantía del Estado receptor de la inversión a la libre transferencia de todos los pagos relacionados con sus inversiones<sup>47</sup>. Se trata de una garantía típica que aparece en todos los APPRIs en vigor para España y Vietnam hasta la fecha. El art. 7.1 contiene ejemplos de pagos transferibles e incluye, sin ánimo de exhaustividad, tanto aquellos procedentes de la operación normal de la inversión como los derivados de circunstancias extraordinarias que afectan o impiden su desarrollo.

- a) entre los primeros, el capital inicial invertido y otros importes adicionales para mantener o ampliar la inversión; las rentas procedentes de la inversión; el producto de la venta o liquidación, total o parcial, de la inversión; o los ingresos y demás remuneraciones del personal contratado en el extranjero; y,
- b) entre los segundos, las indemnizaciones previstas en cuanto a expropiaciones (leído en consonancia con el art. 5.3) y a compensación por pérdidas (tanto en la regla general del art. 6.1, si hay pago de indemnización; como en la regla especial del art. 6.2 para la indemnización debida); y, los pagos derivados de la solución de controversias (por ejemplo, un laudo arbitral dictado contra el Estado receptor de la inversión, ante el silencio del art. 11.5 del APPRI).

---

<sup>45</sup> La inclusión de una regla especial de indemnización aparece en algo menos de la mitad de los APPRIs celebrados por España que ya han entrado en vigor. *Vid.* el art. 6.2 del APPRI con Albania; art. 6.2. del APPRI con Bosnia y Herzegovina; art. 6.2 del APPRI con China; art. 6.2 del APPRI con Costa Rica; art. 6.2 del APPRI con Eslovenia; art. 6.2 del APPRI con Guinea Ecuatorial; art. 7.2 del APPRI con la India; art. 5.2 del APPRI con Irán; art. 6.2 del APPRI con Jamaica; art. 7.2 del APPRI con Jordania; art. 6.2 del APPRI con Kuwait; art. 6.2 del APPRI con Líbano; art. 6.2 del APPRI con Libia; art. 6.2 del APPRI con la A. R. Y. de Macedonia; art. 6.2 del APPRI con Marruecos; art. 6.2 del APPRI con Moldavia; art. 6.2 del APPRI con Namibia; art. 7.2 del APPRI con Nigeria; art. VII.2 del APPRI con Panamá; art. 6.1 *in fine* del APPRI con Siria; art. VI.2 del APPRI con Sudáfrica; art. 6.2 del APPRI con Trinidad y Tobago; art. 6.2 del APPRI con Ucrania; art. 6.2 del APPRI con Uzbekistán; y el art. 6.2 del APPRI con la ex Yugoslavia, aplicable por sucesión a Montenegro y Serbia. Salvo cuatro, los demás APPRIs en vigor para España contienen solamente la regla general equivalente al art. 6.1 del APPRI con Vietnam; mientras que esos otros cuatro APPRIs no contienen ninguna disposición sobre compensación por pérdidas: Argentina, Checoslovaquia (en vigor tanto con la República Checa como con Eslovaquia), Chile y la U.R.S.S. (aplicable por sucesión a Armenia, Azerbaiyán, Belarús, Georgia, Kirguizistán, Rusia, Tayikistán y Turkmenistán). *Vid.* asimismo I. GARCÍA RODRÍGUEZ, *Op. cit.*, pp. 214-219. En cuanto a la práctica de Vietnam, existen disposiciones similares en el art. 4.2 del APPRI con la República Checa; art. 4.2 del APPRI con Egipto; art. 5.2 del APPRI con Finlandia; art. 4.2 del APPRI con Hungría; y el art. 4.2 del APPRI con Polonia. No hay mención alguna al derecho a la compensación por pérdidas en los APPRIs de Vietnam con Austria y la Unión Económica de Bélgica y Luxemburgo.

<sup>46</sup> *Vid.* R. DOLZER y C. SCHREUER, *Op. cit.*, pp. 166-168.

<sup>47</sup> El art. 1.3 del APPRI define «rentas» como los importes producidos por una inversión y comprenden en particular, aunque no exclusivamente, los beneficios, dividendos, intereses, plusvalías, cánones y honorarios.

36. Conforme al art. 7.2 las transferencias se realizarán sin demora, en moneda libremente convertible y al tipo de cambio de mercado aplicable en la fecha de la transferencia.

## 6. Condiciones más favorables

37. Por último, el art. 8.1 incluye una cláusula que permitirá la aplicación a los inversores de condiciones más favorables para la inversión. Según este artículo, si la legislación de cualquiera de los dos Estados o las obligaciones dimanantes del Derecho internacional, ya existentes o que surjan posteriormente entre los dos Estados además del APPRI, contuvieren normas generales o específicas en virtud de las cuales debiere concederse a las inversiones realizadas por inversores del otro Estado un tratamiento más favorable que el previsto en el APPRI, dichas normas prevalecerán sobre el APPRI en la medida en que sean más favorables.

38. El tratado está pensando, por ejemplo, en futuros tratados sectoriales o más amplios que un mero APPRI que se negociaren tanto por los dos Estados como sobre todo por los bloques comerciales en que se integran (UE y ASEAN). Del mismo modo entendemos que este artículo deja abierta la entrada a la aplicación de normas de Derecho internacional consuetudinario que fuesen *más favorables* que los estándares de protección que recoge el APPRI actualmente (por ejemplo, si el Derecho internacional consuetudinario recogiese una protección mayor a los inversores que el actual estándar convencional del tratamiento justo y equitativo).

39. No obstante lo anterior, el art. 8.3. establece como excepción que el art. 8.1 no afectará a las disposiciones establecidas mediante acuerdos internacionales relativos a derechos de propiedad intelectual e industrial vigentes a la fecha de firma del APPRI.

## V. Solución de controversias

40. En cuanto a la solución de controversias, como es la tónica general en los APPRI este tratado contiene disposiciones tanto para la solución de las controversias Estado-Estado como para las controversias inversor-Estado.

### 1. Controversias entre un inversor y un Estado parte

41. En la regulación de la solución de las controversias entre inversores y Estados el art. 11 del APPRI no contiene ninguna disposición que se aleje de la práctica habitual en normas convencionales similares.

#### A) Alternativas de arbitrajes inversor-Estado

42. En primer lugar prevé que el inversor notifique en forma escrita la existencia de la controversia al Estado receptor de la inversión. El APPRI indica que las partes (el inversor y el Estado receptor, sin intervención del Estado del que aquél es nacional) se esforzarán por resolver dicha controversia de forma amistosa mediante negociaciones; nada impide que opten, por ejemplo, por una mediación o una conciliación.

Si la controversia no pudiera ser resuelta en el plazo de seis meses a partir de la fecha de notificación, el inversor puede elegir someterla a:

- i. los tribunales locales del Estado receptor de la inversión;
- ii. un arbitraje *ad hoc* bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (UNCITRAL);

- iii. un arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) conforme al Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965<sup>48</sup>, en el caso de que ambos Estados parte del APPRI fuesen contratantes del Convenio; o,
- iv. *un arbitraje ante el CIADI bajo el Reglamento del Mecanismo Complementario (RMC) de 1978 en el caso de que no se cumpla la condición de Estados contratantes a la que se refiere la alternativa iii).*

**43.** Dadas las alternativas de arbitrajes recogidas en este art. 11 es necesario realizar dos aclaraciones.

**44.** La primera aclaración es que, sabida la existencia de una nueva versión del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 2010<sup>49</sup>, es menester aclarar cuál de los Reglamentos sería aplicable a un arbitraje de inversiones instado bajo este APPRI:

- i. el Reglamento de Arbitraje de 1976<sup>50</sup>, vigente al tiempo de la firma del APPRI el 20 de febrero de 2006; o bien,
- ii. *el vigente en el momento en el que se inste un procedimiento arbitral por un inversor contra cualquiera de los dos Estados parte.*

En este sentido el art. 1.2 del Reglamento de Arbitraje de 2010 establece que:

*«Se presumirá que las partes en un acuerdo de arbitraje concertado después del 15 de agosto 2010 se han sometido al Reglamento que esté en vigor en la fecha de apertura del procedimiento de arbitraje, a menos que las partes hayan acordado que su litigio se rija por una versión determinada del Reglamento. Esa presunción no se aplicará cuando el acuerdo de arbitraje se haya concertado aceptando después del 15 de agosto 2010 una oferta que se hizo antes de esa fecha».*

Desde luego la aceptación de un arbitraje por el inversor conforme a este APPRI tendría lugar después del 15 de agosto de 2010. Sin embargo, cabe preguntarse cuándo, a los efectos de esta disposición, se considera realizada la oferta de arbitraje por el Estado, bien al tiempo de la firma del APPRI (20 de febrero de 2006) bien al tiempo de su entrada en vigor (29 de julio de 2011). Pues bien, de la lectura de los trabajos preparatorios del Reglamento parece desprenderse que la intención de los autores del Reglamento es considerar la oferta como realizada al tiempo de la firma o celebración del tratado en cuestión<sup>51</sup>. De este modo entendemos que todo arbitraje CNUDMI a partir de este APPRI será sustanciado bajo el Reglamento de Arbitraje de 1976, salvo que las partes en el procedimiento arbitral acordasen la aplicación de otra versión.

**45.** La segunda aclaración es que, a fecha 5 de marzo de 2012, Vietnam no es aún Estado contratante del Convenio CIADI (de hecho, ni siquiera lo ha firmado)<sup>52</sup>. Por lo tanto, un inversor español que tenga una controversia de inversión en Vietnam (o, recíprocamente, un inversor vietnamita que tenga una controversia análoga en España) solo puede optar en estos momentos por canalizar su reclamación ante los tribunales locales del Estado receptor de su inversión o mediante arbitrajes bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI o el RMC<sup>53</sup>.

<sup>48</sup> BOE n° 219, de 13 de septiembre de 1994. España es Estado contratante del mismo desde el 17 de septiembre de 1994.

<sup>49</sup> Aprobada por la Resolución de la Asamblea General de la ONU A/RES/65/22 de 6 de diciembre de 2010 y disponible en <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-s.pdf> (consultada el 5 de marzo de 2012).

<sup>50</sup> Aprobado por la Resolución de la Asamblea General de la ONU 31/98 de 15 de diciembre de 1976 y disponible en <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/arb-rules/arb-rules-s.pdf> (consultado el 5 de marzo de 2012).

<sup>51</sup> *Vid.* Documento A/CN.9/646, de 29 de febrero de 2008, ¶¶ 75-77 (disponible en <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UN-DOC/GEN/V08/514/01/PDF/V0851401.pdf?OpenElement>; consultada el 5 de marzo de 2012).

<sup>52</sup> *Vid.* la lista de Estados contratantes en <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=ShowDocument&language=Spanish> (consultada el 5 de marzo de 2012).

<sup>53</sup> Hasta la fecha solamente tenemos constancia de la existencia de un procedimiento arbitral contra Vietnam. Se trata del asunto *Trinh Vinh Binh c. Vietnam*, seguido conforme al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI bajo el APPRI Países Bajos-Vietnam. Según la página web <http://italaw.com> (consultada el 5 de marzo de 2012), en marzo de 2007 fue dictado un laudo arbitral en el que se recogió el acuerdo de las partes para terminar el procedimiento.

## B) Subrogaciones y excepciones

46. Asimismo, el art. 11 del APPRI debe ser leído junto a otras dos disposiciones que pueden ser relevantes en un hipotético arbitraje de inversiones.

### a) Subrogación en caso de pago de seguro o garantía de inversión

47. Por un lado, el art. 9 del APPRI reconoce un principio de subrogación por el cual en caso de que uno de los Estados parte o su organismo designado realice un pago en virtud de un acuerdo de indemnización o garantía o de un contrato de seguro contra riesgos no comerciales otorgado en relación con una inversión efectuada por alguno de sus inversores en el territorio del otro Estado, este último reconocerá la cesión de cualquier derecho o crédito de dicho inversor al Estado pagador o a su organismo designado y el derecho de ese Estado pagador o de su organismo designado a ejercer, por subrogación, dicho derecho o crédito con el mismo alcance que su predecesor en el título.

Este artículo también indica que esta subrogación hará posible que el Estado pagador o su organismo designado sea beneficiario directo de cualquier pago en concepto de indemnización u otra compensación a que pueda tener derecho el inversor.

48. Si conjugamos este art. 9 con el arbitraje de inversiones del art. 11 nos podemos encontrar ante situaciones como que el Estado pagador o su organismo designado pongan en marcha una reclamación propia contra el Estado receptor de la inversión para recuperar la suma pagada al inversor. En ese supuesto hay que distinguir dos escenarios según quien sea el ente que presenta la reclamación contra el Estado receptor.

- a) Si la reclamación la presenta el Estado pagador, nos encontramos ante una controversia puramente interestatal. Entonces el Estado pagador debería acudir al mecanismo del arbitraje interestatal previsto en el art. 10 que está abierto a cualquier controversia derivada de la interpretación o aplicación del APPRI<sup>54</sup>.
- b) *Si la reclamación la presenta el organismo designado, dependerá de su naturaleza jurídica (compañía de seguros en forma de sociedad de capital o un organismo administrativo público) para determinar si cumple o no con los requisitos de legitimación activa que permiten activar un arbitraje de inversiones. Debemos recordar que, por definición, el CIADI no administra más que reclamaciones interpuestas por inversores contra Estados (o viceversa) pero nunca reclamaciones interestatales<sup>55</sup>. En consecuencia, la compañía de seguros puede iniciar el arbitraje bajo el RMC y el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI mientras que el organismo administrativo solo puede hacerlo bajo este último.*

49. Si el inversor ya ha iniciado el procedimiento arbitral y antes de obtener un laudo a su favor recibe la indemnización a que tenía derecho por mor de la garantía o el contrato de seguro, el Estado pagador puede forzar al inversor a mantenerse en el arbitraje para recibir la indemnización y devolverla posteriormente al Estado. En ese caso, aun cuando el beneficiario último del laudo sea el Estado del que es nacional el inversor, el arbitraje de inversiones no muta en su naturaleza en virtud del principio de la *perpetuatio iurisdictionis* que se fija en el momento de interposición de la solicitud de arbitraje.

<sup>54</sup> *Vid., infra*, § 5.2.

<sup>55</sup> Art. 25.1 del Convenio de Washington: «La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado». Igualmente, art. 2 del RMC: «Autorízase al Secretariado del Centro para administrar, con sujeción a este Reglamento y de conformidad con él, procedimientos entre un Estado (o una subdivisión constitutiva de un Estado o una entidad del mismo) y un nacional de otro Estado».

## b) No excepción por pago de seguro o garantía de inversión

50. Y, por otro lado, el art. 11.4 establece que el Estado receptor de la inversión no podrá alegar como excepción que el inversor ha recibido o va a recibir, en virtud de una garantía o de un contrato de seguro, una indemnización u otra compensación por la totalidad o una parte de los daños en cuestión. Se trata de una excepción de fondo habitualmente recogida en los APPRI en vigor para España y Vietnam que pone freno a una actitud que sin duda demostraría mala fe por parte del Estado que alegara esa excepción.

### A. Normas especiales del procedimiento arbitral

51. Por lo demás, el art. 11 recoge algunas disposiciones especiales para el caso de que el inversor opte por plantear su reclamación ante un tribunal arbitral. Estas normas desplazan a las que prevea el reglamento de arbitraje que se siga (el de la CNUDMI o las Reglas de Arbitraje del RMC).

- i. la ley aplicable al fondo del asunto será el propio APPRI, el derecho nacional del Estado receptor de la inversión (incluidas las normas relativas a los conflictos de leyes) y los principios generalmente aceptados del Derecho internacional que sean de aplicación (art. 11.3);
- ii. para dar confort al inversor el art. 11.5 indica asimismo que las decisiones arbitrales serán definitivas y vinculantes para las partes en la controversia; no obstante, esto no impide que el laudo que ponga fin al procedimiento pueda ser recurrido en anulación ante una Comisión *ad hoc* (en el caso del CIADI bajo el Convenio de Washington) o ante los tribunales de la sede del procedimiento (en el caso del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI y del RMC);
- iii. conforme al art. 11.5 *in fine* ambos Estados se han comprometido a ejecutar las decisiones arbitrales de conformidad con su legislación nacional; esto tampoco impide que el inversor (y aun el propio Estado en determinadas circunstancias, como una condena en costas al inversor demandante) pueda instar la ejecución del laudo en un tercer Estado con o sin un exequátur previo<sup>56</sup> o que el exequátur sea necesario para ejecutar el laudo si éste ha sido dictado fuera del territorio del Estado receptor de la inversión.

## 2. Controversias entre los Estados parte del APPRI

52. En cuanto a la solución de controversias entre los dos Estados el APPRI prevé un procedimiento muy similar al de otros tratados análogos. En su art. 10.1 el APPRI dispone, en primer lugar, que las controversias referidas a la interpretación o aplicación del tratado deberán resolverse por conducto diplomático. De no haberse llegado a un acuerdo en un plazo de seis meses desde el comienzo de las negociaciones, la disputa será sometida a petición de cualquiera de las partes a un tribunal arbitral *ad hoc* de tres miembros (art. 10.2) que resolverá conforme al APPRI y a los principios del Derecho internacional (art. 10.5) y que establecerá su propio procedimiento salvo lo dispuesto por las partes (art. 10.6). El APPRI prevé igualmente normas subsidiarias para la constitución del tribunal arbitral (art. 10.3-4) y que su decisión será definitiva y vinculante para ambas Partes contratantes (art. 10.7).

53. La reciente publicación de un laudo arbitral emitido en 2008 por un tribunal que tuvo que resolver una diferencia entre Italia y Cuba derivada de la aplicación del APPRI que firmaron el 7 de mayo de 1993 ha resucitado la importancia de este tipo de disposiciones casi siempre olvidadas<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> Sin exequátur en el caso de un arbitraje bajo el Convenio de Washington (art. 54.1). Con exequátur conforme al Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 (BOE nº 164, de 11 de julio de 1977), o norma más favorable, para el caso de arbitrajes bajo el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI o el RMC.

<sup>57</sup> *Italia v. Cuba*, Laudo de 15 de julio de 2008 (disponible en [http://italaw.com/documents/Italy\\_v\\_Cuba\\_FinalAward2008.pdf](http://italaw.com/documents/Italy_v_Cuba_FinalAward2008.pdf)) y opinión disidente (disponible en [http://italaw.com/documents/Italy\\_v\\_Cuba\\_FinalAward2008\\_Dissent.pdf](http://italaw.com/documents/Italy_v_Cuba_FinalAward2008_Dissent.pdf)), en ambos casos consultados el 5 de marzo de 2012.

## VI. Conclusión

54. El APPRI entre España y Vietnam es un tratado moderno que refleja la práctica convencional española contemporánea y que puede servir como un buen punto de referencia para futuros APPRIs que Vietnam desee negociar con otros Estados. Sus disposiciones recogen sin duda el mínimo común denominador de la materia existente en el Derecho internacional y garantizan una adecuada protección de las inversiones españolas en Vietnam y vietnamitas en España. No obstante, no huelga señalar que este APPRI a veces abraza soluciones un tanto problemáticas por ambiguas, como la mención del estándar del tratamiento justo y equitativo «*de conformidad con el derecho internacional*», que ponen de manifiesto las inconsistencias en las prácticas negociadoras de ambos Estados.

Solo queda ahora que los operadores españoles y vietnamitas encuentren oportunidades de inversión que los animen a invertir en el otro Estado y que ambos Estados tengan una actitud activa en la promoción de esas oportunidades de inversión más allá de los vagos compromisos asumidos en el APPRI en esta materia.

# LAS REGLAS DE ROTTERDAM Y EL SEGURO MARÍTIMO DE MERCANCÍAS. SU INFLUENCIA EN EL PROYECTO DE LEY GENERAL DE NAVEGACIÓN MARÍTIMA: LA DURACIÓN DE LA COBERTURA

BÁRBARA DE LA VEGA JUSTRIBÓ

*Profesora Ayudante Doctor de Derecho Mercantil  
Universidad Carlos III de Madrid*

Recibido: 19.07.2012 / Aceptado: 26.07.2012

**Resumen:** Las Reglas de Rotterdam establecen una serie de modificaciones en el régimen jurídico del transporte que regulan, de mayor y menor calado pero que, indefectiblemente, producen unos efectos en el contrato de seguro marítimo: la ampliación del ámbito de responsabilidad por custodia de las mercancías representa una ventaja evidente para el interés de los aseguradores de la carga. La revisión de las modificaciones es necesaria para comprender la influencia de las RR en el seguro marítimo vigente, y en el proyectado en el PLGNM. Ejemplo de ello es la regulación de la duración del periodo de cobertura en el seguro marítimo de mercancías.

**Palabras clave:** Reglas de Rotterdam, contrato de seguro marítimo de mercancías, duración de la cobertura, Proyecto de Ley General de Navegación Marítima.

**Abstract:** The Rotterdam rules laid down a series of amendments in the legal regime of transportation which govern with greater or lesser significance but inevitably, create effects in the maritime insurance contract: the extension of the scope of liability for custody of goods represents a clear advantage in the interest of cargo insurers. The review of amendments is necessary to understand the influence of the RR in the existing maritime insurance, which is the subject of reform in the PLGNM. Example of this is the regulation of duration of the period of coverage in maritime insurance of goods.

**Key words:** Rotterdam rules, contract of maritime insurance of goods, duration of coverage, bill of General Act on maritime navigation.

**Sumario:** I. Introducción. II. Aspectos de las Reglas de Rotterdam relevantes a los efectos del seguro marítimo. III. El seguro marítimo de mercancías a la luz de las Reglas de Rotterdam. IV. El seguro marítimo de mercancías conforme a las Reglas de Rotterdam en el Proyecto de Ley General de Navegación Marítima: la duración de la cobertura. V. Valoración final.

## I. Introducción

1. En el curso del paralizado proceso interno de reforma del Derecho de la navegación marítima, España<sup>1</sup> ha sido el primer Estado en ratificar el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo (A/RES/63/122)<sup>2</sup>, más popu-

<sup>1</sup> *Cfr.*, el comunicado de prensa de la Organización de Naciones Unidas (UNIS/L/149, 24 January 2011), «VIENNA, 24 January (UN Information Service) - With its ratification of the United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea, known as the Rotterdam Rules, Spain becomes the first State Party to the Convention».

<sup>2</sup> En el seno de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), el 11 de diciembre de 2008 su Asamblea General acordó aprobar el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacio-



larmente conocido como las Reglas de Rotterdam<sup>3</sup> (en adelante RR). Esta circunstancia justifica una reflexión acerca de la influencia que las citadas RR puedan ejercer en la reforma proyectada del Derecho marítimo, para el caso de que entren en vigor. De las diversas materias reguladas en el Proyecto de Ley de Navegación Marítima de 2008<sup>4</sup> (en adelante PLGNM), el contrato de seguro marítimo resulta especialmente sugestivo a la luz de las RR, por la escasa atención que la doctrina le ha prestado y su trascendencia práctica y económica.

2. Frente a otros instrumentos internacionales vigentes que regulan el transporte marítimo internacional de mercancías, las RR prevén una serie de modificaciones del régimen jurídico de este tipo de transporte de mayor y menor calado pero que, indefectiblemente, producen unos efectos en el contrato de seguro marítimo cuyo alcance abordamos en este artículo. Con el fin de sentar las bases de nuestra reflexión y aportar claridad, partimos de la revisión de los aspectos del régimen jurídico necesarios para comprender la influencia de las RR en el seguro marítimo que es objeto de reforma en el PLGNM, desde la perspectiva de los distintos operadores del contrato de transporte, de sus aseguradores y de sus asesores legales y abogados.

3. Los procesos de reforma interno e internacional, cuyos resultados son respectivamente el PLGNM y las RR, guardan similitudes y diferencias entre sí y, lo que es más importante, establecen conexiones que deben ser consideradas en aras de lograr la ansiada reforma del Derecho marítimo de manera consistente. De entrar en vigor<sup>5</sup>, dichas Reglas supondrán importantes cambios respecto del régimen jurídico actualmente aplicable al transporte internacional de mercancías por mar bajo conocimiento de embarque, en su intento de desarrollar y modernizar las conocidas como Reglas de La Haya-Visby y las Reglas de Hamburgo, así como en la regulación de contratos de transporte internacional multimodal<sup>6</sup>, donde la fase relevante es la marítima. Se ha de anticipar una interpretación amplia y extensa acerca de este nuevo texto legislativo respecto a la Convención de Bruselas (Reglas de la Haya), 1924; Protocolo de Visby 1968<sup>7</sup> y, con el paso del tiempo, las Reglas de Hamburgo en 1978<sup>8</sup>, que nos encontramos —en

---

nal de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo (A/RES/63/122). Nótese respecto a la evolución de los trabajos en torno a este texto legal los documentos (A/CN.9/WG.III/WP80) y (A/CN.9/WG.III/81). Entre otros, interpretan este instrumento normativo: D. MORÁN BOVIO, «Ocean Carriers' Duty of Care to cargo in port: The Rotterdam Rules of 2009». *Fordham International Law Journal*, Vol. 32. Nº.4, abril 2009, pp.1175 y ss., viene a explicar los antecedentes y esquemática de las Reglas de Rotterdam. *In extenso*, cfr., F. BERLINGIERI, «A review of somerecentanalyses of the Rotterdam Rules», *DM*, Fascículo IV, 2009, pp. 955 a 1036, donde se contiene una reseña de la doctrina que ha escrito acerca del nuevo texto legislativo sistematizado por Capítulos. *Vid.*, a su vez, el trabajo del *Institute of Maritime Law, University of Southampton, The Rotterdam Rules: A practical annotation*. UK: Informa, 2009. Entre las publicaciones recientes se encuentran D. MORÁN BOVIO, «Las Reglas de Rotterdam (RR): Génesis», y M. ROCA LÓPEZ, «Las Reglas de Rotterdam», ambos en *Estudios de Derecho marítimo*, Dir. GARCÍA-PITA Y LASTRES. Edit. QUINTÁNS Y DÍAZ, ed. Aranzadi, 2012, respectivamente, p. 589 y ss. y p. 607 y ss.

<sup>3</sup> Cfr., la Resolución aprobada por la Asamblea General, *sobre la base del informe de la Sexta Comisión (A/63/438)*, 63/122, relativo al Convenio de las Naciones Unidas sobre el contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo (A/RES/63/122), en su punto 3, «Autoriza la celebración de una ceremonia de apertura a la firma del Convenio en Rotterdam (Países Bajos) el 23 de septiembre de 2009, y recomienda que las normas plasmadas en el Convenio se conozcan como las 'Reglas de Rotterdam'». Según el Prof. R. ILLESCAS ORTIZ, «El Nuevo Convenio sobre el Contrato de Transporte Marítimo de Mercancías», *DN*, Núm.221, 2009, p.1, «denominado oficialmente *Convenio sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo CCTIMTPM*». *Vid.*, *in totum*, J.M. MARTÍN OSANTE, (Coord.), *Las reglas de Rotterdam la regulación del contrato de transporte internacional de mercancías por mar*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, Madrid, 2010, 368 pp., y más recientemente, *vid.*, AAVV., *Las reglas de Rotterdam y la práctica comercial internacional*, Dirs. R. ILLESCAS ORTIZ / M. ALBA FERNÁNDEZ, Aranzadi, Pamplona, 2012.

<sup>4</sup> *BOCG*. Congreso de los Diputados. IX Legislatura. Serie A. Nº. 14-1. 19.12.2008.

<sup>5</sup> El estado de firmas, ratificaciones, adhesiones y entradas en vigor del Convenio en los distintos Estados puede consultarse en [http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral\\_texts/transport\\_goods/rotterdam\\_status.htm](http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/transport_goods/rotterdam_status.htm).

<sup>6</sup> *Vid.*, A. M<sup>a</sup>. TOBÍO RIVAS, «De nuevo sobre el transporte multimodal: algunos apuntes sobre la actual regulación nacional internacional», *Estudios de Derecho marítimo*, Dir. GARCÍA-PITA Y LASTRES. Edit. QUINTÁNS Y DÍAZ, ed. Aranzadi, 2012, p. 623 y ss.

<sup>7</sup> Más en F. BERLINGIERI y S. ZUNARELLI, «Dalle regole dell'Aja-Visby alleregole di Rotterdam. Effetti del cambiamento sul commercio marittimo. Analisiscomparatadelleregole dell'Aja-Visby e delleregole di Rotterdam», Genova, 19-20 de octubre de 2009, en [http://www.aidim.org/pdf/Aja\\_Rotterdam.pdf](http://www.aidim.org/pdf/Aja_Rotterdam.pdf) (consultado por última vez el 1 de marzo de 2010).

<sup>8</sup> *Vid.*, los Documentos Oficiales de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías, Hamburgo, 6 a 31 de marzo de 1978, publicación de las Naciones Unidas, documento (A/CONF.89/13, anexo I).

la actualidad— ante una nueva normativa más ajustada y flexible a la realidad vigente tanto por el reconocimiento de su amplia casuística como por su mejorada técnica legislativa, que goza de defensores<sup>9</sup> y detractores<sup>10</sup>. Las RR aspiran a lograr superar la dispersión normativa<sup>11</sup> hasta ahora existente, ofrecer una mayor seguridad jurídica<sup>12</sup> y, en definitiva, optimizar los recursos en aras de alcanzar una eficiencia<sup>13</sup> en el sector del transporte por vía marítima.

## II. Aspectos de las Reglas de Rotterdam relevantes a los efectos del seguro marítimo

4. El contenido vasto y complejo de las RR ha de ser examinado a la luz de contrato de seguro marítimo de mercancías con el fin de identificar las previsiones que establece y que son relevantes en el ámbito del seguro. Lo inédito<sup>14</sup> del objeto de nuestro trabajo puede obedecer a que un solo precepto de las Reglas de Rotterdam, el artículo 79.1.c), relativo a la nulidad de toda cláusula inserta en el contrato de transporte que «*disponga la cesión al porteador (...) del beneficio del seguro de las mercancías*», se refiera al seguro de las mercancías. A pesar de ello, el estudio del contrato de seguro marítimo es fundamental para una adecuada comprensión del juego de relaciones entre las diversas instituciones que componen el Derecho de la navegación marítima.

5. Por contrato de transporte a los efectos de las RR, se entiende aquél en virtud del cual el porteador, a cambio de un flete, compromete el transporte total o parcialmente marítimo de mercancías. De especial trascendencia para el contrato de seguro marítimo es el contenido obligacional del contrato de transporte regulado en las RR<sup>15</sup>. Constituyen obligaciones esenciales del porteador conforme a las RR, el traslado de la mercancía hasta el lugar acordado. Si la ley aplicable lo exigiera, deberá seguirse la ruta establecida; ahora bien, el incumplimiento de esta obligación no privaría al porteador de hacer valer las exoneraciones y limitaciones de responsabilidad previstas en las RR.

<sup>9</sup> BERLINGIERI, DELEBECQUE, FUJITA, ILLESCAS, STURLEY, VAN DER ZIEL, VON ZIEGLER, ZUNARELLI, «The Rotterdam Rules, an attempt to clarify certain concerns that have emerged», en [comitemaritime.org/Rotterdam-Rules/0,2748,14832,00.html](http://comitemaritime.org/Rotterdam-Rules/0,2748,14832,00.html), 5 August 2009, 28 pp.; 27 de octubre de 2010, ILLESCAS *et alii*, «Las Reglas de Rotterdam. Una respuesta Latinoamericana a la «Declaración de Montevideo»», pp. 1 a 21. Los documentos relevantes sobre el proceso de las RR pueden consultarse en la web del Comité Marítimo Internacional.

<sup>10</sup> Formulan críticas a las RR, ALCÁNTARA, HUNT, JOHANSSON, OLAND, PYSDEN, RAMBERG, SCHMITT, TETLEY, y VIDAL, «Particular concerns with regard to Rotterdam Rules», *CDT*, abril y octubre 2010, Vol. 2, Núm. 1, pp. 5-15.

<sup>11</sup> *Cfr.*, GÓMEZ SEGADA, «El transporte marítimo de mercancías: de las Reglas de La Haya a las Reglas de Hamburgo», *RDM*, 1980, pp. 222 y ss.

<sup>12</sup> Para R. ILLESCAS ORTIZ, «El Nuevo Convenio sobre el Contrato de Transporte Marítimo de Mercancías», *op.cit.*, p. 3, «El Convenio de UNCITRAL tiene igualmente por finalidad aumentar la seguridad jurídica mediante la consolidación y codificación de reglas procedentes de décadas de jurisprudencia y prácticas de la industria, así como a través de la clarificación de textos anteriores allí donde claramente resultaba necesaria: va, así pues, mucho más allá de la mera revisión del régimen de responsabilidad para el transporte puerto-a-puerto».

<sup>13</sup> Declara, en este sentido, el Prof. ILLESCAS ORTIZ, «El Nuevo Convenio sobre el Contrato de Transporte Marítimo de Mercancías», *op.cit.*, p. 2, «se trata de una industria que necesita normas actuales, previsibles y uniformes para funcionar de manera eficaz y eficiente».

<sup>14</sup> Un desarrollo extenso de esta materia se recoge en nuestro trabajo, I. CANDELARIO MACÍAS Y B. DE LA VEGA JUSTRIBÓ, «La influencia de las reglas de Rotterdam en el seguro marítimo», AAVV., en *Las reglas de Rotterdam y la práctica comercial internacional*, Dirs. R. ILLESCAS ORTIZ / M. ALBA FERNÁNDEZ, Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 414 y ss. Este trabajo fue galardonado con el Primer Premio Internacional de Ensayo Jurídico Arturo Ravina - Francisco Goñi Jiménez, concedido por el Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo (IIDM), durante la celebración del XVº. Congreso Marítimo Internacional y Portuario organizado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo dedicado a la «Calidad Total Normativa en la Regulación del Negocio Marítimo Internacional», celebrado en Panamá, del 8 al 11 de febrero de 2011.

<sup>15</sup> En torno al contenido obligacional de las RR, *vid.*, R. ILLESCAS ORTIZ, «Obligaciones y responsabilidad del porteador», en AAVV., en *Las reglas de Rotterdam y la práctica comercial internacional*, Dirs. R. ILLESCAS ORTIZ / M. ALBA FERNÁNDEZ, Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 123 y ss. Examina el ámbito subjetivo de las RR, J. L. PULIDO BEGINES, «Elementos personales del contrato de transporte total o parcialmente marítimo de mercancías: porteador, cargador, parte ejecutante, y destinatario», en AAVV., en *Las reglas de Rotterdam y la práctica comercial internacional*, Dirs. R. ILLESCAS ORTIZ, / M. ALBA FERNÁNDEZ, Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 41 y ss. *Vid.*, asimismo, C. LLORENTE GÓMEZ DE SEGURA, «Las Reglas de Rotterdam (I)», *CDT*, Vol. 2, Núm. 1, marzo, 2010, pp. 165-185, y «Las Reglas de Rotterdam (II)», *CDT*, Vol. 2, Núm. 2, pp. 104-125.

6. Igualmente, de importante trascendencia a los efectos del contrato de seguro marítimo de mercancías, es el régimen de responsabilidad previsto en las RR, al imponer al porteador la obligación de carga, estiba, manipulación, desestiba y descarga de las mercancías. Y, asimismo, una obligación de diligencia, antes y durante el viaje, de poner el buque en condiciones de navegabilidad en los términos previstos en el artículo 14 de las RR. Salvo en los supuestos previstos en el artículo 35 de las RR, es asimismo obligación del porteador la de emitir y entregar el documento de transporte debidamente firmado por él o en su nombre. El porteador, en fin, estará obligado a entregar la mercancía al destinatario salvo que, en aquellos supuestos previstos en los artículos 45 y siguientes de las RR, tenga derecho a denegar la entrega o ésta resultare imposible, en cuyo caso habrá de proceder a adoptar las medidas previstas en el artículo 48 de las RR.

7. Por lo que hace al cargador, las RR le imponen la obligación de entregar las mercancías al porteador, debidamente preparadas y acondicionadas para su transporte, de forma tal que puedan resistir el traslado y las operaciones de manipulación. De igual forma deberá estibar y sujetar la mercancía a bordo de un contenedor u otra unidad de carga cuando compete al cargador su llenado. Asimismo, deberá el cargador facilitar al porteador la documentación e información que resulte necesaria para el correcto transporte y manipulación de la mercancía, especialmente la de naturaleza peligrosa; y, previa información y requerimiento del porteador, la documentación e información para que éste pueda cumplir con las necesarias formalidades administrativas derivadas del tránsito de la mercancía. Deberá el cargador, asimismo, facilitar al porteador los datos que resulten necesarios para la preparación del contrato de transporte y para la emisión del documento de transporte. Iguales obligaciones a las expuestas se exigen, conforme al artículo 33 de las RR, al cargador documentario.

8. Finalmente, por lo que respecta al destinatario, el artículo 43 de las RR impone a éste la obligación de aceptar la mercancía siempre que hubiera reclamado su entrega. Además, a requerimiento del porteador, o de la parte ejecutante que hubiera realizado la entrega, estará obligado a confirmar tal entrega.

9. Directamente ligado al contrato de seguro marítimo, las Reglas de Rotterdam establecen un régimen de responsabilidad del porteador «puerta a puerta», a diferencia del régimen «puerto a puerto» que regulan las Reglas de La Haya-Visby. De esta forma, el porteador es responsable de las pérdidas o daños a las mercancías desde el momento en que éste las recibiere para su transporte hasta el momento de su entrega en destino. Además, según el artículo 13 de las RR y con carácter general, serán de cuenta del porteador las operaciones de carga, estiba, desestiba y descarga. Asimismo, y conforme al régimen de responsabilidad establecido en las RR, el porteador deviene responsable del retraso en la entrega de las mercancías.

10. Las RR consagran un sistema de responsabilidad subjetiva del porteador por culpa presunta, de forma que, acaecido un hecho generador de dicha responsabilidad durante el período en el cual las mercancías permanecen bajo su custodia, deviene aquél responsable de las consecuencias dañosas, salvo que acredite la ausencia de un comportamiento negligente o la concurrencia, como causa de dicho hecho generador, de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 14.3 de las RR.

11. La conexión entre las RR y el seguro marítimo de mercancías se evidencia ante la regulación legal de determinadas circunstancias exonerativas. Entre las citadas circunstancias, es preciso destacar la desaparición de la culpa náutica, frente a las Reglas de La Haya-Visby y las leyes de algunos ordenamientos jurídicos internos, como es la española. Se contemplan, en cambio, otras nuevas: unas, lógica consecuencia de la extensión espacial de la responsabilidad del porteador como, por ejemplo, la carga o descarga realizada por el cargador o por el destinatario; otras, surgidas con motivo de la preocupación por la salvaguarda de determinados intereses cuya protección apenas preocupaba en épocas pasadas como las medidas protectoras del medio ambiente; y, en fin, otras nacidas de la práctica que precisaban de una expresa regulación como los actos de avería gruesa y las medidas adoptadas en relación con las mercancías peligrosas.

**12.** En todo caso, acreditada que la causa del daño, pérdida o retraso es atribuible a la innavegabilidad del buque, no podrá el porteador hacer valer las circunstancias exonerativas de su responsabilidad previstas en el mencionado artículo 14.3 de las RR, salvo que acredite haber observado la debida diligencia antes, al comienzo y durante el transporte marítimo en poner el buque en condiciones de navegabilidad.

**13.** La regulación de la identidad del porteador en el artículo 37 de las RR merece una mención especial. Conforme a este precepto, prevalecerá la identificación del porteador establecida en el contrato de transporte sobre aquella otra que pudiere establecerse en el documento de transporte. Pero, además, si en el contrato no se consigna la identidad del porteador pero sí se señala el buque a bordo del cual se transportaron las mercancías, se presumirá la condición de porteador al propietario registral del buque, salvo que éste identifique al arrendatario a casco desnudo o a otro porteador.

**14.** La responsabilidad del porteador se extiende, en los términos establecidos y desde un punto de vista subjetivo, a los actos y omisiones atribuibles a cualquier parte ejecutante marítima o no, al capitán y a la tripulación cuya responsabilidad no compromete las RR, y a los empleados del porteador o de la parte ejecutante. En general, el régimen de responsabilidad previsto en las RR resulta de aplicación a una parte ejecutante marítima que respondería solidariamente con el porteador de las pérdidas, daños o retrasos acaecidos durante el período en el que las mercancías se encontraban bajo su custodia.

**15.** Como corresponde a los instrumentos internacionales reguladores del transporte, se limita la responsabilidad del porteador. En particular, la responsabilidad se limita por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en las RR en general, y no sólo en los supuestos de pérdida o daño a la mercancía. La limitación es conforme al mayor de los siguientes importes: (a) 875 derechos especiales de giro por bulto o unidad de carga (presumiéndose como tal el contenedor u otras unidades de carga si en el contrato de transporte no se describen los bultos o unidades que contiene); o (b) 3 derechos especiales de giro por kilogramo de peso bruto. Por otro lado, la responsabilidad por las pérdidas económicas derivadas del retraso en la entrega estará limitada a un importe máximo de dos veces y medio el flete debido por la mercancía demorada. En todo caso, estos límites no excluyen la aplicación de los que resultarían aplicables al amparo de lo dispuesto en el Protocolo de Londres de 1996<sup>16</sup>.

**16.** El beneficio del límite de la responsabilidad se pierde, al igual que el régimen establecido en las Reglas de La Haya-Visby, en los supuestos de dolo o dolo eventual atribuible a aquél que alegue su derecho de limitación.

**17.** Sin modificar la naturaleza del plazo establecido para el ejercicio de las acciones que, al igual que en el régimen de las Reglas de La Haya-Visby, hemos de seguir considerando como de caducidad<sup>17</sup>, conforme a las RR resulta prorrogable por voluntad del reclamado, extendiéndose a dos años a contar desde la entrega de las mercancías o, a falta de entrega, desde la fecha en que deberían haber sido entregadas. El plazo para el ejercicio de la acción de repetición, sin embargo, deberá determinarse conforme a la *lex fori*, en ausencia de disposición sobre esta materia, noventa días a contar desde el pago de la reclamación o desde el emplazamiento respecto de la reclamación.

**18.** Las RR resultan aplicables al transporte marítimo realizado sobre la cubierta del buque en los supuestos referidos en aquéllas. Fuera de tales supuestos, el porteador no podrá ampararse en las normas que le exoneran de responsabilidad en relación con los daños atribuibles a la realización del transporte de esta forma. Si las mercancías se transportasen sobre cubierta, vulnerando el pacto contractual

<sup>16</sup> Vid., nuestro trabajo doctrinal y jurisprudencial sobre la limitación global de responsabilidad, B. DE LA VEGA JUSTRIBÓ, *La limitación de responsabilidad por créditos marítimos*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 2007, 486 pp.

<sup>17</sup> En torno a la calificación como caducidad del plazo, B. DE LA VEGA JUSTRIBÓ, «La caducidad del plazo para el ejercicio de la acción por el cargador frente al transitario en el contrato de transporte marítimo de mercancías», *RCDI*, 2011, n° 729, pp. 556-580.

de su transporte bajo cubierta, tampoco podría el porteador beneficiarse de los límites de responsabilidad establecidos en las RR.

19. Desde la perspectiva del seguro marítimo, de especial trascendencia práctica es la regulación por las RR de la resolución de controversias a través de la jurisdicción y del arbitraje. Antes de entrar en su análisis, ha de destacarse que los capítulos 15 y 16 de las RR, que regulan la resolución de controversias, sólo obligará a los Estados contratantes que declaren expresamente que sus disposiciones serán obligatorias para ellos (arts. 74 y 78). De conformidad con el artículo 66 de las RR, las acciones contra el porteador habrán de interponerse ante alguno de los siguientes tribunales: (a) el domicilio del porteador; (b) el lugar pactado para la recepción de las mercancías; (c) el lugar acordado para la entrega; (d) el lugar del puerto inicial de carga del buque; (e) el lugar del puerto final de descarga; (f) el lugar acordado por las partes en el contrato de transporte (con carácter no exclusivo); fuera de estos supuestos y de los previstos en el Convenio de 1952, el embargo preventivo del buque no constituye un criterio atributivo de competencia internacional.

20. Conforme al artículo 67 de las RR, y con carácter previo al nacimiento de la controversia, sólo es válido el pacto de elección de foro exclusivo acordado en un contrato de volumen que designe de forma clara la exclusividad de un tribunal o tribunales competentes y siempre que dicho pacto no constituya una condición general impuesta o que, siéndolo, hubiera sido expresamente aceptada. Además, este acuerdo de competencia exclusiva sólo vinculará a personas distintas de las partes originarias del contrato de transporte cuando se cumplan las condiciones previstas en el párrafo segundo del mencionado artículo 67 de las RR.

21. Similares disposiciones establece el artículo 75 de las RR en relación con el lugar o sede del tribunal arbitral<sup>18</sup> que haya de resolver, por acuerdo de las partes, la controversia. Sin embargo, y si bien se disponen las reglas conforme a las cuales un tercero que no es parte originaria de un contrato de volumen quedaría vinculado por el pacto compromisorio por lo que se refiere al lugar designado como sede del arbitraje, nada se señala sobre la vinculación de cualquier otro tercero al propio pacto compromisorio, con exclusión de la competencia de los jueces y tribunales. No obstante lo anterior, las normas establecidas en materia de arbitraje no condicionan la validez de las cláusulas arbitrales incluidas en los transportes no regulares a los que resulten de aplicación las RR. Tampoco dichas normas afectarán a la eficacia del acuerdo arbitral que figura en un documento de transporte emitido al amparo de un contrato de fletamento, siempre que en el citado documento se identifique a las partes del contrato de fletamento y la fecha de dicho contrato, y se incorpore al documento de transporte, «por remisión», el pacto compromisorio establecido en el contrato de fletamento.

### III. El seguro marítimo de mercancías a la luz de las Reglas de Rotterdam

22. El concepto del contrato de seguro de transporte en el Derecho español, ha de estar en adecuación al artículo 1, de la Ley 50/1980<sup>19</sup>, Ley del Contrato de Seguro (en adelante LCS), al disponer que es el contrato que obliga al asegurador a indemnizar los daños y los menoscabos materiales soportados con origen o como consecuencia del transporte de las mercancías porteadas<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> En torno al arbitraje en las RR, por todos, *vid.*, M<sup>a</sup>. P. PERALES VISCASILLAS, «El arbitraje en las Reglas de Rotterdam», en AAVV., en *Las reglas de Rotterdam y la práctica comercial internacional*, Dirs. R. ILLESCAS ORITZ / M. ALBA FERNÁNDEZ, Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 366 y ss. Más resumidamente, B. DE LA VEGA JUSTRIBÓ, «Reglas de Rotterdam», en AAVV., *Diccionario Terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional (comercial y de inversiones)*, (Dir. COLLANTES GONZÁLEZ; Coords. BAIZEAU, CREMADES, DE LA VEGA, GALLEGO, MAS, ZAMBRANA), Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre, vol. 18, ed. Palestra, Perú, 2011, pp. 892-897.

<sup>19</sup> BOE Núm. 250 de 17 de octubre de 1980.

<sup>20</sup> *Vid.*, in extenso, J. BOQUERA MATARREDONA, *El contrato de seguro de transporte de mercancías por carretera*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, p. 37.

23. Del seguro de transporte marítimo de mercancías, se predica que es un contrato de adhesión donde el asegurador es quien predispone el contenido mediante condiciones generales y particulares y, donde estas últimas se negocian de manera casuística. En el seguro marítimo<sup>21</sup> concurren las notas características que vienen a identificar a todo seguro de daños; quiere decirse con ello que, además, del principio indemnizatorio como rector, estamos ante un contrato de carácter sinalagmático, oneroso, aleatorio, de empresa y de particular buena fe como la exigida en materia contractual de seguros (*ubérrima bona fidae*). Agregado a lo anterior, no puede pasarse por alto el carácter de «seguro de grandes riesgos»<sup>22</sup>, que define a los seguros de transporte marítimo al celebrarse entre empresarios, siendo de aplicación el art. 107.2 LCS. En consecuencia, en el seguro marítimo «no concurre la naturaleza imperativa y protectora de los intereses del asegurado»<sup>23</sup> como ha aclarado la jurisprudencia española<sup>24</sup>.

24. Ligado a lo anterior, también se ha de destacar que en la práctica las coberturas varían en función de los riesgos y que, difícilmente en la realidad, se cubren todos los riesgos, de manera que al enunciar que el principio de universalidad en esta modalidad se halla muy matizado<sup>25</sup>, pues el asegurado ha de recurrir a formularios contractuales estandarizados que contengan esa cobertura, concretamente, a las cláusulas del Instituto de Aseguradores de Londres, las *Institute Cargo Clauses*, sobre todo si tratamos de celebrar un contrato de transporte internacional, que ya fueron examinadas con detalle<sup>26</sup>.

25. De las modalidades existentes del contrato de seguro de transporte marítimo internacional nos detendremos en el análisis del seguro marítimo de mercancías por los daños sufridos en la carga, que se caracteriza por poseer normas en su gran mayoría circunscritas a los Derechos nacionales y no demasiado desarrolladas por ser escasas, que abonan el juego de la libre autonomía de la voluntad de las partes en su configuración. La finalidad de dicho seguro es cubrir directamente los daños que sufren las mercancías a consecuencia del transporte marítimo, con independencia de la responsabilidad del transportista. Sin entrar en el problema concreto de la regulación del contrato de seguro marítimo en el ordenamiento jurídico interno español<sup>27</sup>, nos limitaremos a reconocer que el seguro de transporte de mercancías plantea un carácter especial<sup>28</sup> por su complejidad, inclusive, por la normativa aplicable, puesto que se suele acudir a legislaciones extranjeras como el Derecho anglosajón<sup>29</sup>.

<sup>21</sup> Según J.L. GABALDÓN GARCÍA, y J.M. RUIZ SOROA, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 855, «(...) destacan el relativo al riesgo, el de su posible encuadramiento como negocio empresarial y el que hace referencia a la poderosa influencia que, particularmente en esta institución, ejerce el Derecho anglosajón». Siguen en pp. 858 y 859, y puntualizan que «(...) las condiciones generales preparadas por el Instituto de Aseguradores de Londres (ILU) sean de utilización muy frecuente en el seguro español».

<sup>22</sup> J.L. GABALDÓN GARCÍA, y J.M. RUIZ SOROA, *Manual de Derecho de la Navegación Marítima*, op. cit., pp. 857 y ss.

<sup>23</sup> Así se manifiesta I. ARROYO MARTÍNEZ, *Curso de Derecho Marítimo*, 2ª. edic., Thomson-Civitas, Madrid, 2005, en p. 600, al explicar que «controles previos, depósito e inscripción de las pólizas tipo, efectos erga omnes de las sentencias anulatorias de cláusula tipo, restricción de la autonomía de la voluntad, interpretación favorable al asegurado, sanciones adicionales al asegurador por el incumplimiento de la obligación de indemnizar puntualmente al asegurado, son alguno de los principios nucleares del seguro en general que no tienen aplicación en el seguro marítimo».

<sup>24</sup> Vid., B. DE LA VEGA JUSTRIBÓ, *La jurisprudencia española en materia de seguro marítimo (1879-1998)*, Vitoria-Gasteiz, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Departamento de Transporte y Obras Públicas del Gobierno Vasco, 2000.

<sup>25</sup> J.L. PULIDO BEGINES, *Seguro de Mercancías y Seguro de Responsabilidad Civil del Porteador Terrestre*, Bosch Editor, Barcelona, 2001, p. 19. F. SÁNCHEZ CALERO, *El contrato de seguro marítimo*, en *La Reforma del Derecho Marítimo*. Bilbao, 1993, pp. 71 y ss. FERRARINI, *Le assicazioni marittime*, 5ª. edic., 1994, pp. 17 y ss.

<sup>26</sup> I. CANDELARIO MACÍAS y B. DE LA VEGA JUSTRIBÓ, «La influencia de las reglas de Rotterdam en el seguro marítimo», op. cit., p. 429 y ss.

<sup>27</sup> Examina el seguro marítimo a la luz de los cambios legislativos proyectados en el ámbito de la navegación marítima, destacando los factores que determinan la maritimidad, GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., *Riesgos e intereses del naviero y cobertura asegurativa. Del Código de Comercio a la Reforma del Derecho de la Navegación Marítima*, ed. Aranzadi Thomson Reuters, Navarra, 2009, p. 285.

<sup>28</sup> De acuerdo con I. ARROYO MARTÍNEZ, *Curso de Derecho Marítimo*, op. cit., en p. 600, explica que «la naturaleza especial de los riesgos de la navegación, el carácter equilibrado de la posición negocial de los contratantes, la heterogeneidad de los intereses objeto de cobertura y, en fin, su dimensión internacional, con particular influencia del mercado asegurador de Londres».

<sup>29</sup> I. ARROYO MARTÍNEZ, *Curso de Derecho Marítimo*, op. cit., p. 603, señala la incorporación de las cláusulas inglesas del Instituto de Aseguradores de Londres como condiciones particulares.

26. La noción de riesgos de mar<sup>30</sup>, que orienta el Derecho del seguro marítimo, requiere ser identificada correctamente pues las RR, al poder combinar distintos medios de transporte —el marítimo y otros—, nos inclina a pensar que deberían converger ambos principios rectores en materia aseguradora, de un lado, el principio universal basado en que al asegurado le resulta suficiente el reflejar que el siniestro se derivó de un riesgo de mar sin más pruebas del origen de los menoscabos sufridos y, a la par, detallar y establecer de manera clara los daños sufridos con el riesgo presente y particularizado que ha originado dichos daños. En este sentido, entendemos que las RR al establecer en su ámbito de aplicación varios modos de transporte tendrán que hacer convivir ambos principios antagónicos en función del modo empleado, estando así ante una novedad de relevantes consecuencias prácticas en el sector asegurador<sup>31</sup>. La determinación de los riesgos<sup>32</sup> resultará fundamental con el fin de distinguir las modalidades de seguro, coordinarlas y complementarlas evitando la superposición de coberturas y el correlativo incremento del precio del transporte.

27. Sobre las mercancías convergen dos intereses asegurables de carácter distinto<sup>33</sup>, por su funcionalidad y su regulación: de un lado, los de aquellos sujetos titulares de los bienes objeto del transporte y, de otro lado, los propios pertenecientes al sujeto que lleva a cabo el transporte. La comprensión del alcance y consecuencias de la distinción entre las dos modalidades asegurativas que nos ocupan, requiere manifestar que el seguro de responsabilidad civil se enlaza con el propio fundamento de la responsabilidad del porteador, ya que ésta se sustenta en la intervención de la culpa en aras de derivarse la indemnización posible. Mientras que en el seguro de mercancías, sin embargo, aparece la indemnización sin necesidad de que concurra la culpa, basta que se produzca el siniestro y que el riesgo generador esté amparado por el seguro. En consecuencia, la culpa en el mecanismo de responsabilidad del porteador juega un papel diferente respecto al seguro de mercancías. En cambio, en el seguro de responsabilidad civil, el planteamiento es diferente, toda vez que el interés asegurable viene dado por la conducta culposa o negligente del asegurado<sup>34</sup>.

28. Relacionado con las distinciones fundamentales entre las modalidades de seguro, las RR siguen los parámetros tradicionales en torno a la responsabilidad del porteador basados en criterios subjetivos<sup>35</sup>, esto es, la concurrencia de culpa para indemnizar por los menoscabos sufridos por las mercancías, aunque cabe la posibilidad de exonerarse si se prueba determinados hechos establecidos de manera casuística que, en definitiva, limita la responsabilidad. Esta formulación así planteada supondría alejarse del sistema de responsabilidad objetiva, que comporta una distribución de los riesgos de la operación entre las partes.

29. En el marco de un sistema subjetivo, el seguro de responsabilidad civil resulta necesario para el porteador, al tiempo que para el cargador resulta necesario el seguro de mercancías, por el juego de las cláusulas y causas exonerativas de limitación de responsabilidad. Como consecuencia de ello, en la práctica comercial internacional, se pretende abrigar por parte de los cargadores las mercancías me-

<sup>30</sup> Para ARROYO, «la noción de riesgos de mar, además de servir para calificar el contrato de seguro marítimo, produce dos consecuencias no menos importantes. La primera, que es uno de los criterios esenciales para delimitar el ámbito de aplicación. La segunda, que la disciplina del seguro marítimo se funda en el principio de universalidad del riesgo (...) Se trata de una diferencia fundamental con el seguro terrestre, que se basa en el criterio opuesto de particularidad del riesgo», *vid.*, I. ARROYO MARTÍNEZ, *Curso de Derecho Marítimo*, *op. cit.*, p. 606.

<sup>31</sup> En este sentido nos expresamos, I. CANDELARIO MACÍAS y B. DE LA VEGA JUSTRIBÓ, «La influencia de las reglas de Rotterdam en el seguro marítimo», *op. cit.*, p. 429.

<sup>32</sup> *Cfr.*, *in totum*, KROM, «La tipicidad del riesgo en el seguro marítimo», *ADM*, 1981, pp. 377 y ss. RUIZ SOROA, «Los seguros marítimos y aéreos», en *Tratado de Derecho Mercantil* (Dirs. OLIVENCIA, FERNÁNDEZ-NOVOA, JIMÉNEZ DE PARGA), JIMÉNEZ SÁNCHEZ (Coord.). Tomo XLVIII. Vol.5, *Derecho de la Navegación*, Marcial Pons, Madrid, 2003.

<sup>33</sup> En torno a las diferencias, *vid.*, PULIDO BEGINES, *Seguro de Mercancías y Seguro de Responsabilidad Civil*, *op. cit.*, pp. 23 y 24; GARCÍA-PITA Y LASTRES, *Riesgos e intereses del naviero y cobertura asegurativa*, *op. cit.*, pp. 230 a 238 y pp. 249 a 266.

<sup>34</sup> *Cfr.*, LOPUSKI, «La responsabilidad por daños y la distribución del riesgo en el Derecho marítimo», *ADM*, Vol. II., 1984, pp. 218 y 219. PULIDO BEGINES, *Seguro de Mercancías y Seguro de Responsabilidad Civil*, *op. cit.*, pp. 49 y 50.

<sup>35</sup> *Vid.*, *in extenso*, M<sup>a</sup>. I. CANDELARIO MACÍAS. «Panorámica sobre la responsabilidad del porteador en las Reglas de Rotterdam (2009)», *Revista de Responsabilidad civil, Circulación y Seguro*, Núm. 5, mayo, 2010, pp. 6-36.

diante el seguro de mercancías en lugar del de responsabilidad civil<sup>36</sup>. Todo ello, se entiende implica una agilidad en los negocios y una eficiencia en los tiempos y costes financieros<sup>37</sup>.

**30.** A nuestro entender<sup>38</sup>, lo anterior no significa que pese a tener una nueva reglamentación traducida en las RR sobre el transporte internacional se vaya a decantar el interés de los cargadores en contratar sólo y exclusivamente el seguro de mercancías, sino que aquellos seguirán contratando con carácter complementario seguros de responsabilidad civil, que mejoren el amparo y cobertura de las mercancías transportadas puesto que la responsabilidad del porteador regulada en las RR establecen una serie de reglas de responsabilidad más coherentes y diferentes de las contenidas en las Reglas de la Haya-Visby y Reglas de Hamburgo.

**31.** Con reflejo directo en el contrato de seguro marítimo, y en líneas generales, las RR han introducido una serie de novedades frente a los instrumentos internacionales ya existentes como son la responsabilidad del porteador en su obligación de actuar con la diligencia debida y de gestionar el buque en estado de navegabilidad durante el trayecto del viaje; la pérdida de exoneración por negligencia náutica de la tripulación, así como la elevación de los límites de responsabilidad.

**32.** En todo caso, los textos normativos aludidos presentan un denominador común como es reglamentar la responsabilidad del porteador en el transporte marítimo internacional<sup>39</sup>, como consecuencia de la pérdida o daño de las mercancías, y el retraso en el caso de las Reglas de Hamburgo y RR<sup>40</sup>. A su vez, en ambos textos sustentan la responsabilidad basada en la culpa del porteador con dos criterios perfiladores, como son las diferentes causas exonerantes de responsabilidad, de un lado, y los límites cuantitativos de responsabilidad, de otro. Con este panorama, nos encontramos que las Reglas de la Haya-Visby ubican la responsabilidad del porteador dentro de las diferentes obligaciones que se derivan del contrato de transporte antes, durante y después del viaje<sup>41</sup> y, en especial, la sobresaliente de actuar con la diligencia debida en orden a poner al buque en condiciones de navegabilidad, aunque cabe invocar y probar determinadas causas de exoneración dentro del sistema de responsabilidad basado en la culpa, en otros términos, el porteador deberá probar la aparición de las causas legales enumeradas taxativamente para exonerarse de la responsabilidad, en principio, a él imputable.

**33.** Conforme a las RR, sucede que el porteador responde de la pérdida o daño de la mercancía, así como del retraso en la entrega, siempre que el menoscabo se lleve a efecto cuando las mercancías se encuentren bajo su custodia, tal y como sucede con las RR, si bien cabe probar que tanto el porteador como sus dependientes actuaron con todas las precauciones que razonablemente pueden demandarse

<sup>36</sup> *Vid.*, SWEENEY, «UNCITRAL and The Hamburg Rules-The Risk allocation problem in maritime transport of goods», *JMLC*, Vol. 22, 1991, pp. 511 y ss.

<sup>37</sup> PULIDO BEGINES, *Seguro de Mercancías y Seguro de Responsabilidad Civil*, *op.cit.*, pp.108-110.

<sup>38</sup> I. CANDELARIO MACÍAS y B. DE LA VEGA JUSTRIBÓ, «La influencia de las reglas de Rotterdam en el seguro marítimo», *op.cit.*, p. 427.

<sup>39</sup> *Cfr.*, R. SANDOVAL LÓPEZ, «Convenio de las Naciones Unidas sobre transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo», en [http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/transport/rotterdam\\_rules/Sandoval-analysis.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/transport/rotterdam_rules/Sandoval-analysis.pdf), p.5, declara en términos genéricos lo que sigue: «se da cabida al principio de la responsabilidad basada en el período de custodia y se recogen las tres causas básicas de responsabilidad de las Reglas de Hamburgo, pérdida, avería y retardo. Por otro lado, se mantuvo el listado de situaciones para determinar las causas de exoneración de la responsabilidad del porteador, contenido en las Reglas de la Haya-Visby, a fin de preservar un sistema práctico, que se beneficia de la jurisprudencia que se ha acumulado en los últimos ochenta años. Con todo, conviene señalar que lo anterior está matizado por una adecuada distribución del peso de la prueba, respecto de los hechos determinantes de la pérdida, el daño o el retraso, como así también de las circunstancias exoneratorias, en que se adoptan disposiciones similares a las Reglas de Hamburgo».

<sup>40</sup> La extensión de la responsabilidad del porteador al retraso en la entrega de la mercancía representa una ventaja de las RR para los aseguradores de la carga, toda vez que conlleva una ampliación de las coberturas con el consiguiente aumento de las primas. Téngase en cuenta que el incumplimiento derivado del retraso se contempla de las RR, mientras que el mismo es objeto de exclusión conforme a las Cláusulas Inglesas de Seguro de Mercancías ICC (A).

<sup>41</sup> *Vid.*, I. SANCHO GARGALLO, «Transporte marítimo de mercancías en régimen de conocimiento de embarque», AA.VV., *El contrato de transporte*, (Dir. J.L. CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ), Vol. Núm.21, *Manuales de Formación Continua*, CGPJ, Madrid, 2002, p. 34.



con el fin de evitar el daño y sus consecuencias. Conforme a estas normas se establece una presunción *iuris tantum* de culpabilidad del porteador y, a la par, se atiende a probar que se han asumido y actuado todas las medidas razonablemente pertinentes («*diligencia y cuidados debidos*» en terminología de las RR) para evitar el menoscabo o perjuicio en lugar de atender a la concurrencia de una serie de causas de exoneración de la responsabilidad.

34. Por lo que a la limitación de la responsabilidad del porteador se refiere, en los textos internacionales la misma se traduce en la limitación de la cuantía a indemnizar o de deuda, y se fija un parámetro de referencia en aras de permitir una mayor seguridad jurídica en el tráfico y mercados globalizados<sup>42</sup>. En definitiva, la configuración precisa de las cláusulas limitadoras<sup>43</sup> de la responsabilidad del porteador en las RR subraya la funcionalidad del seguro de transporte de mercancías en detrimento del seguro de responsabilidad civil, tal y como hemos revelado. Este es otro dato —junto con los ya comentados—, que propondría un sistema más eficiente del seguro ilustrado en el seguro de mercancías<sup>44</sup>.

35. Se ha afirmado que la posición de los aseguradores ante las RR está dividida, y que en el marco del seguro de mercancías va a ser el asegurador quien soporte los efectos de las RR como reclamante o como *cargo claimant*. Esta posición no es cómoda para los aseguradores de la carga que pretenden recuperar el total o la mayor parte de lo que ha indemnizado al asegurado bajo la póliza del seguro de daños<sup>45</sup>.

#### IV. El seguro marítimo de mercancías conforme a las Reglas de Rotterdam en el Proyecto de Ley General de Navegación Marítima: la duración de la cobertura

36. En España, la regulación del seguro marítimo es, junto al transporte marítimo, una de las materias objeto de regulación en el PLGNM que, como evidencia la Directiva 2009/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril, relativa al seguro de propietarios de buques para las reclamaciones de Derecho marítimo (LOUE 131/128, de 28 de mayo de 2009), se encuentra directamente relacionado con la limitación global de la responsabilidad civil marítima. Podemos afirmar que el adecuado desarrollo legislativo del seguro marítimo y de las garantías financieras constituye, en gran medida, la clave del éxito del ejercicio de la limitación global de la responsabilidad<sup>46</sup>.

37. El ámbito de aplicación internacional de las RR y la práctica del mercado asegurador marítimo obligan a examinar el seguro marítimo de mercancías concertado a través de las *Institute Cargo Clauses* británicas (en adelante ICC (A)), que han sido recientemente modificadas, con el fin de determinar la influencia que las RR puedan ejercer sobre las mismas. Esta cuestión, objeto de un trabajo anterior al que nos remitimos<sup>47</sup>, quedaría incompleta sin una revisión de la materia, el seguro marítimo de mercancías, a la luz del PLGNM<sup>48</sup>. Ninguno de los dos textos normativos, las RR y el PLGNM, se

<sup>42</sup> Cfr., I. CANDELARIO MACÍAS, «Panorámica sobre la responsabilidad del porteador en las Reglas de Rotterdam (2009)», *op. cit.*, pp. 33 y ss.

<sup>43</sup> HUDSON/ALLEN, *The Institute Clauses Handbook*, London, 1986, pp. 32 y 43. También PULIDO BEGINES, *Seguro de Mercancías y Seguro de Responsabilidad Civil*, *op. cit.*, p. 39.

<sup>44</sup> PULIDO BEGINES, *Seguro de Mercancías y Seguro de Responsabilidad Civil*, *op. cit.*, p. 113, considera que «en el campo económico parece evidente la incidencia de los pactos exoneratorios de la responsabilidad del porteador: al desplazar todos los riesgos de la operación sobre los cargadores, se hace innecesaria la cobertura de la responsabilidad civil del porteador; por lo que mediante un solo seguro, el de facultades, se aseguran los riesgos inherentes al transporte».

<sup>45</sup> Vid., J.M. ALCÁNTARA, «Los aseguradores ante las Reglas de Rotterdam», *RDT*, Núm.4, 2010, pp.168-172. B. GONZÁLEZ, «La posición de los aseguradores de la carga», *ADM*, Vol. XXVII, pp. 249-253.

<sup>46</sup> B. DE LA VEGA JUSTRIBÓ, «Las políticas legislativas comunitarias y la reforma interna del derecho de la navegación en materia de limitación de responsabilidad civil», *Estudios de Derecho marítimo*, Dir. GARCÍA-PITA Y LASTRES, J.L., Edit. R. QUINTÁNS Y A. DÍAZ, ed. Aranzadi, 2012, pp. 485-512, p.489.

<sup>47</sup> I. CANDELARIO MACÍAS Y B. DE LA VEGA JUSTRIBÓ, «La influencia de las reglas de Rotterdam en el seguro marítimo», *op. cit.*, p. 429 y ss.

<sup>48</sup> Abordan el estudio del seguro marítimo en relación a las RR y al PLGNM, F. SÁNCHEZ CALERO, A.J. TAPIA HERMIDA, «El contrato de seguro marítimo en el Proyecto de Ley General de Navegación Marítima», p. 955 y ss., J. BATALLER GRAU, J.

encuentran en vigor, pero en el momento en el que rijan las relaciones del transporte y del seguro de dichas mercancías, se suscitarán cuestiones de interés como el relativo al sistema de fuentes del PLGNM<sup>49</sup>.

**38.** La única referencia directa al seguro marítimo de mercancías prevista en las RR se recoge en el artículo 79.1.c) de las RR, al declarar la nulidad de toda cláusula inserta en el contrato de transporte que «*disponga la cesión al porteador (...) del beneficio del seguro de las mercancías*». La conexión de dicha norma en el PLGNM se encuentra en el Artículo 458, que al regular la transmisión del interés asegurado, en su apartado 3, dedicado al seguro de mercancías, dispone que la transmisión de la propiedad de las mismas no ha de ser comunicada al asegurador, subrogándose el adquirente en el contrato de seguro.

**39.** A pesar de no existir otras referencias expresas al contrato de seguro de mercancías en las RR, como es natural al tener por objeto el contrato de transporte y no el contrato de seguro, en el PLGNM encontramos algunas conexiones con aspectos fundamentales relativos al régimen del transporte previsto en las RR entre los que destacan la relativa a la desaparición de la falta náutica como hecho exoneratorio de la responsabilidad del porteador (que ha de tener por efecto necesario una disminución del riesgo asumido por el asegurador de indemnizar), el ejercicio de la acción de recobro de la suma indemnizada<sup>50</sup>, o las circunstancias que constituyen la exclusión de la cobertura aseguradora de las mercancías. Por razones de limitación de espacio, podemos referirnos todos los aspectos, reservando el examen exhaustivo del contenido del seguro en el PLGNM desde la perspectiva de las RR al momento, deseamos que próximo, en que se retome la reforma de la norma proyectada, y que necesariamente habrá de contemplar las novedades introducidas por las RR. En particular, el aspecto que revisamos aquí es la duración de la cobertura del seguro de mercancías.

**40.** En el ámbito del seguro de mercancías, el PLGNM regula la duración de la cobertura con el fin de establecer con claridad el ámbito temporal del seguro de las mercancías, cuestión fundamental, al establecer los momentos de inicio y fin de la cobertura de los riesgos asegurados en la póliza. En efecto, el art. 484 del PLGNM regula el momento inicial y final de la cobertura, disponiendo que la cobertura de las mercancías se inicia en el momento de dejar tierra para su embarque, y finaliza cuando estén en tierra en el puerto de destino. El artículo siguiente (art. 485), se dedica a la circunstancia particular prevista como cláusula de almacén a almacén, conforme a la cual, cuando el contrato de seguro contenga dicha cláusula de «almacén a almacén» o similar la cobertura se extiende desde el momento en que las mercancías abandonan el almacén de origen en el lugar fijado en la póliza hasta que llegan al de destino en el lugar determinado en la póliza. El supuesto específico de las mercancías que se encuentran «en viaje», o en tránsito, el art. 486 de la norma proyectada señala que si el seguro se contrata sobre mercancías en viaje, la cobertura comienza, salvo pacto en contrario, a las cero horas del día de la conclusión del contrato.

**41.** De especial relevancia por la configuración de la regulación del transporte en las RR, el art. 487 regula expresamente las denominadas fases no marítimas del transporte, en las cuales, las reglas del

---

VERCHER MOLL, «La aplicación de la Ley de contrato de seguro al seguro marítimo», p. 981 y ss., J.M. MARTÍN OSANTE, «Obligaciones y deberes de las partes en el contrato de seguro marítimo y su reforma», p. 1037 y ss., todos en *Estudios de Derecho marítimo*, Dir. GARCÍA-PITA y LASTRES. Edit. QUINTÁNS y DÍAZ, ed. Aranzadi, 2012, p. 995 y ss.

<sup>49</sup> El PLGNM en su art. 2.1 establece el orden de prelación de fuentes reguladoras de las materias que comprende en su objeto, disponiendo la primacía de dicha norma escrita respecto de las materias que se regulan en dicha ley, entre las que se encuentran las que comentamos en este trabajo: el transporte marítimo de mercancías y el contrato seguro marítimo. La norma escrita a la que se refiere el precepto comprende la legislación nacional, las normas de la Unión Europea, y los Tratados internacionales vigentes en España. Con carácter imperativo, dichos Tratados internacionales habrán de orientar la interpretación del PLGNM (art. 2.2 PLGNM) como destaca la propia Exposición de Motivos de la norma. A la norma escrita le sigue en el orden de prelación de fuentes, los usos de la navegación marítima y en defecto de estos, los principios deducibles de la propia LGNM y, en último lugar, los principios de la legislación mercantil. La lectura del artículo 2 del PLGNM permite afirmar, en consecuencia, que la norma proyectada no consagra una teoría propia de las fuentes del Derecho, por cuanto los principios en los que se inspira coinciden con lo previsto en el Código de Comercio (arts. 2 y 50).

<sup>50</sup> En torno a la acción de recobro, *vid.*, I. CANDELARIO MACÍAS y B. DE LA VEGA JUSTRIBÓ, «La influencia de las reglas de Rotterdam en el seguro marítimo», *op. cit.*, p. 435 y ss.

seguro marítimo de mercancías se aplicarán a las fases del transporte realizado por otros modos, siempre que sean accesorias del viaje marítimo.

**42.** Un último precepto (art. 490) establece la extensión de la cobertura durante el viaje. En este sentido, las mercancías aseguradas estarán cubiertas por el contrato durante todo el viaje, incluyendo transbordos, operaciones de carga y descarga en puertos de tránsito o arribada y estancia en muelle o almacén en los mismos, sin perjuicio del deber del asegurado de comunicar tales circunstancias al asegurador desde el momento en que las conociese y del pago de la sobreprima que en cada caso pudiera corresponder. Asimismo, el precepto dispone que estarán también cubiertos los cambios de viaje o ruta ajenos a la voluntad del asegurado, manteniéndose el deber de comunicación y el de pagos de sobreprima previstos en el apartado anterior.

**43.** Como corresponde a la naturaleza de las ICC (A), las mismas reglamentan con mayor detalle los anteriores aspectos previstos en el PLGNM. De especial importancia en general, y en particular frente a la compleja regulación de las RR, son las modificaciones de las ICC (A) en su versión de 2009<sup>51</sup>, y que se encuentran las recogidas en las cláusulas 8 y 10, ambas reguladoras de la comentada duración de la cobertura. La cláusula 8 relativa al «tránsito» se refiere a la duración de la cobertura ofrecida por el contrato de seguro. Así, frente a la versión de 1982 de las ICC que proporciona cobertura desde que las mercancías «dejan el almacén» de origen, la cláusula 8.1 de las ICC (A) de 2009 establece su entrada en vigor en el momento en que las mercancías son movilizadas en el almacén de origen con el propósito de proceder a su carga. De este modo, se pone fin a las dudas interpretativas en torno a la cobertura que proporcionan las ICC (A) en su versión de 1982<sup>52</sup>, en las que un mero movimiento de la mercancía a un punto de empaquetamiento no bastaba para el comienzo del riesgo. Las ICC (A) de 2009 extienden expresamente su ámbito de aplicación al riesgo de las operaciones de carga en origen. En la misma línea, la cláusula 8.1.1 ICC (A) de 2009 significa que la cobertura terminaría una vez descargada la mercancía en el almacén de destino. En último lugar, se recoge en la cláusula 8.1.3 por primera vez una circunstancia que provoca la terminación del seguro. Se trata de la permanencia de las mercancías en el contenedor o en el vehículo porteador, cuando fuera del curso ordinario del tránsito y a instancias del asegurado o sus empleados, estos fueren utilizados para el almacenamiento de la mercancía. Esta circunstancia se corresponde con el establecimiento de la descarga del objeto asegurado como uno de los supuestos de terminación nuevo.

**44.** La cláusula 10 ICC (A) relativa al «cambio de viaje» sufre, asimismo, variaciones sustanciales. A diferencia de la cláusula 8 que hemos comentado, la cláusula 10 se refiere a una circunstancia que ocurre por voluntad del asegurado como es el cambio de viaje en el sentido de cambio de destino de las mercancías, con anterioridad a su descarga. En aquellos supuestos en los que dicho cambio de destino fuera realizado a instancias del asegurado, si el siniestro acaeciera con anterioridad a haberse acordado la prima y condiciones que resultasen de dicha variación, éste quedaría cubierto si podía haberse obtenido aseguramiento para dicho cambio en términos y condiciones razonables de mercado. Lógicamente, la aplicación de dicha cobertura exige que el cambio de viaje hubiese sido notificado al asegurador. Frente a las ICC (A) de 1982, las de 2009 añaden una cláusula 10.2 con el fin de asegurar los cambios de viaje realizados una vez iniciado el tránsito y sin conocimiento del asegurado o sus empleados, estableciéndose que, en tales supuestos, se considerará que la cobertura comenzó al inicio del tránsito.

**45.** En suma, en la relación entre las RR y el seguro marítimo de mercancías, bien de origen legal (PLGNM), bien de origen convencional (ICC (A)), se requiere la observancia rigurosa en la delimitación

<sup>51</sup> Por todos, J. LÓPEZ QUIROGA, «Las Reglas de Rotterdam en el marco del seguro marítimo de mercancías (*Institute Cargo Clauses*)», ponencia en el Seminario «Las Reglas de Rotterdam desde la perspectiva del contrato de seguro» organizado por SEAIDA el 28 de septiembre de 2010, y que ha sido publicada en «Las Reglas de Rotterdam desde la perspectiva del contrato de seguro», *Cuadernos de SEAIDA*, Núm.5, septiembre, 2010.

<sup>52</sup> RUIZ SOROA, ARRANZ DE DIEGO, ZABALETA SARASUA, *Manual de derecho del seguro marítimo*, op. cit., pp. 360 a 365, examinan detalladamente la interpretación de la duración de la cobertura asegurativa prevista en la cláusula 8 de las ICC (A) de 1982.

tación de la duración del seguro. Conceptos como «*en viaje*» o «*en tránsito*», «*terminación del contrato de transporte*», «*cambio de viaje*» y «*derecho de control*», son los que, entre otros, ponen de manifiesto la influencia de las nuevas RR en el ámbito del contrato de seguro de mercancías vigente y proyectado.

46. Como apuntamos en la introducción, los artículos 50 y siguientes de las RR incorporan, de forma novedosa en relación al contrato de transporte marítimo, el denominado derecho de control que puede afectar a la duración del contrato de seguro. El contenido de este derecho de control, en los términos delimitados en las RR, es más limitado que el derecho de disposición establecido en otras modalidades de transporte<sup>53</sup>, toda vez que el titular del derecho de control no puede modificar el contrato de transporte, si bien legitima a dicho titular para dar o modificar instrucciones relativas a la mercancía, obtener la entrega en tránsito y sustituir a la persona del destinatario. En consecuencia, cuando el derecho de control sea ejercitado por el asegurado, puede afectar a la duración de la cobertura asegurativa, en aplicación de las cláusulas citadas.

47. La incidencia que comentamos de las RR en la regulación del seguro marítimo de mercancías resulta lógica si se tiene presente que las RR parten de una regulación de un transporte de línea regular.

48. Por su conexión con la duración de la cobertura del seguro de mercancías, nos referimos a uno de los aspectos relativos a la acción de recobro: la prueba del daño reclamado. En virtud de dicha acción, indemnizado el asegurado al amparo del contrato de seguro, y en aplicación bien del artículo 780 del Código de Comercio, bien del artículo 43 de la Ley del Contrato de Seguro o bien, en su caso, de las normas generales del ordenamiento común español, el asegurador queda subrogado en la posición de aquél, pudiendo proceder, en su caso, a ejercer las acciones contra el responsable tendentes al recobro de la cantidad indemnizada.

49. Al igual que en cualquier esquema de responsabilidad, la prueba del daño reclamado conforme a las RR debe ser acreditada por el reclamante, siendo en este caso la pérdida o el daño a la mercancía transportada. De especial importancia y relación con la duración de la cobertura del seguro de mercancías es la puntualización establecida por el artículo 17.1 de las RR, en virtud de la cual, el reclamante ha de acreditar que la pérdida o el daño «*se produjo durante el período de responsabilidad del porteador*». La delimitación de dicho período de responsabilidad se establece en el artículo 12 de las RR, en virtud del cual el período de responsabilidad del porteador se extiende «*desde el momento en que el porteador o una parte ejecutante recibe las mercancías para su transporte y termina en el momento de su entrega*» (art. 12.1 de las RR). Este principio general propio del Derecho de transporte, que es el de la responsabilidad *ex recepto*, puede ser determinado por las partes si «*estipulan el momento y el lugar de la recepción y la entrega, pero será nula toda cláusula del contrato de transporte en la medida en que disponga que: a) el momento de la recepción de las mercancías es posterior al inicio de la operación inicial de la carga con arreglo al contrato de transporte; o b) el momento de la entrega de las mercancías es anterior a la finalización de la operación final de descarga con arreglo al contrato de transporte*».

50. La novedosa ampliación del ámbito de responsabilidad por custodia de las mercancías en las RR podría suscitar algún problema de falta de consistencia entre algunos preceptos, en particular entre el relativo al periodo de responsabilidad del porteador y las obligaciones específicas que derivan del transporte (art. 13.2 de las RR), e incluso de determinadas obligaciones del cargador (art. 27.2 de las RR). Probable-

---

<sup>53</sup> Revisa el alcance del derecho de control en los distintos modos de transporte, C. GÓRRIZ LÓPEZ, *La responsabilidad en el contrato de transporte de mercancías*, Real Colegio de España, Bolonia 2001. Entre los ejemplos de regulación convencional internacional del derecho de disposición en otros modos de transporte destacan los artículos 18 del Convenio COTIF-CIM, 12 del Convenio CMR y 12 del Convenio de Montreal de 1999. Estudia pormenorizadamente el citado derecho de control conforme a las RR, A. RECALDE CASTELLS, «El derecho de control en las Reglas de Rotterdam», *Estudios de Derecho marítimo*, Dir. GARCÍA-PITA y LASTRES. Edit. QUINTÁNS y DÍAZ, ed. Aranzadi, 2012, p. 707 y ss. Asimismo, A. RECALDE CASTELLS, «Documentación del contrato, derecho de control y transferencia de derechos sobre las mercancías», *Las Reglas de Rotterdam*, Dir. EMPARANZA, Madrid-Barcelona, 2010, en particular, p. 710.

mente este conflicto entre algunos preceptos resulte la otra cara de la moneda de la «*complitud*», como indica la doctrina<sup>54</sup>, que califica el contenido de las RR en el sentido de que se refieren a la mayoría de los aspectos propios del contenido de un contrato de transporte internacional de mercancías total o parcialmente marítimo. Con el fin superar los problemas interpretativos en este aspecto, se impone una labor integradora de la potestad de las partes de pactar el cumplimiento de algunas obligaciones, que ha de estar orientada por el fundamento de la responsabilidad y su exoneración. En efecto, «*el porteador y el cargador podrán estipular que las operaciones de carga, manipulación, estiba o descarga de las mercancías sean efectuadas por el cargador, el cargador documentario o el destinatario*» (art. 13.2 de las RR), debiendo constar dicha estipulación en los datos del contrato; en el mismo sentido «*el cargador deberá dar cumplimiento, con la diligencia y el cuidado debidos, a cualquier obligación que haya asumido por un pacto*» como el anteriormente citado (art. 27.2 de las RR); pero el porteador quedará total o parcialmente exonerado de la responsabilidad si prueba que la causa o la contribución a la causa de la pérdida, el daño o el retraso resultó de la «*carga, manipulación, estiba o descarga de las mercancías efectuada con arreglo a un pacto (...), salvo que el porteador o una parte ejecutante sea quien ejecute dicha tarea en nombre del cargador, del cargador documentario o del destinatario*» (art. 17.3.i) de las RR). Desde la perspectiva del contrato de seguro marítimo, y en particular para el interés de los aseguradores de la carga, la ampliación del ámbito de responsabilidad por custodia de las mercancías en los términos expresados representa una ventaja evidente.

## V. Valoración final

**51.** Como ya expresamos<sup>55</sup>, la influencia de las RR en el seguro marítimo no puede escapar al previsiblemente lento proceso de ratificación. Acompasadamente, los interesados en la práctica del seguro marítimo, tanto los aseguradores de la carga como los de la responsabilidad civil (P&I), los operadores del transporte marítimo internacional, las autoridades administrativas, y los jueces y los árbitros encargados de interpretar el contrato de seguro marítimo y, en particular, las ICC (A) en sus distintas versiones de 1982 y 2009, habrán de llevar a cabo la revisión de los contenidos e interpretaciones de los conocimientos de embarque, los contratos de seguro y demás contratos del comercio marítimo internacional para su adaptación a este nuevo Derecho uniforme que son las RR.

**52.** En el caso de que las RR lleguen a aplicarse, supondrá una homogeneización del régimen internacional y de los regímenes nacionales que, como es el caso del Código de Comercio español, hace mucho tiempo que dejaron de responder a las necesidades del comercio y del transporte marítimo internacional. En consecuencia, tras un necesario periodo de adaptación, el comercio internacional se verá beneficiado por este conjunto de reglas uniformes, con la consiguiente reducción de la creciente litigiosidad en este ámbito que excede el propio de la estricta navegación marítima tradicional.

**53.** Por lo que respecta a España, la valoración de la influencia de las RR en el seguro marítimo dependerá del contenido que se apruebe en la futura Ley General de Navegación Marítima, en particular de su regulación del contrato de seguro marítimo y del transporte de mercancías, que necesariamente habrá de respetar el compromiso asumido conforme a las RR.

**54.** Si bien el contrato de seguro marítimo ha sido uno de los menos conflictivos durante los trabajos preparatorios del Proyecto de Ley General de Navegación Marítima, en la práctica parece que el recurso a las ICC (A) seguirá imponiéndose por diversos motivos, a pesar de que la proyectada norma se convierta en ley.

<sup>54</sup> R. ILLESCAS ORTIZ, «El transporte total o parcialmente marítimo según las Reglas de Rotterdam», en «Las Reglas de Rotterdam desde la perspectiva del contrato de seguro», *Cuadernos de SEAIDA*, Núm.5, septiembre, 2010, p. 12.

<sup>55</sup> I. CANDELARIO MACÍAS y B. DE LA VEGA JUSTRIBÓ, «La influencia de las reglas de Rotterdam en el seguro marítimo», *op. cit.*, p. 445 y ss.

# SHORTCOMINGS AND DISADVANTAGES OF EXISTING LEGAL MECHANISMS TO HOLD MULTINATIONAL CORPORATIONS ACCOUNTABLE FOR HUMAN RIGHTS VIOLATIONS

NICOLÁS ZAMBRANA TÉVAR

*Profesor ayudante de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Navarra*

Recibido: 05.07.2012 / Aceptado: 10.07.2012

**Resumen:** Este artículo enumera las principales razones por las que las Empresas Multinacionales son una amenaza para los derechos humanos, así como para otros derechos muy importantes, individuales y colectivos. El artículo llama entonces la atención sobre los defectos y desventajas de los mecanismos existentes de protección de los derechos humanos frente a las Multinacionales.

**Palabras clave:** empresas multinacionales, empresas transnacionales, derechos humanos, códigos de conducta, tribunales nacionales, tribunales internacionales, ATCA.

**Abstract:** This paper lists the main reasons why Multinational Corporations (MNCs) pose a threat to human rights (HRs) as well as other very important rights of groups and individuals. The paper then draws attention to the shortcomings and disadvantages of existing HRs protection mechanisms *vis à vis* MNCs.

**Key words:** multinational corporations, transnational corporations, human rights, codes of conduct, national courts, international courts, ATCA.

**Sumario:** I. Transfer of Powers Without Transfer of Accountability: difficulties to regulate and police MNCs. II. Disadvantages and Shortcomings of Traditional HRs Protection Mechanisms. 1. International conventions. 2. Granting international legal personality to MNCs. 3. International agencies with regulatory and enforcement powers. 4. International Human Rights Courts. 5. «Externa» codes of conduct. 6. Internal codes of conduct and guidelines. 7. The «Protect, Respect and Remedy» Framework and the UN Guiding Principles on Business and Human Rights. 8. The United Nations Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises. 9. National Criminal Courts. 10. Human Rights Litigation before National Civil Courts. III. Conclusions.

## I. Transfer of Powers Without Transfer of Accountability: difficulties to regulate and police MNCs

1. Citizens of modern States have been increasingly enabled to obtain satisfaction from their Governments for violations of their civil rights / constitutional rights and/or Administrative law<sup>1</sup>. Nevertheless, the Leviathan envisaged by Hobbes, which showed all its deadly power during the 20<sup>th</sup> century, is rapidly shedding its might to a new breed of creatures, equally powerful, to some extent, but which cannot be identified, located or tamed so easily: Multinational Corporations.

---

<sup>1</sup> The theory of the *Drittwirkung der Grundrechte* («the effects of Fundamental Rights *vis à vis* third parties»), put forward by NIPPERDEY and DÜRIG, has enabled the Supreme and Constitutional Courts of some countries such as Spain to accept the existence of violations of Fundamental Rights (civil rights) carried out by individuals and not just by the State. Still, this theory has not been developed on an international level yet.

2. It has often been noted that some MNCs have «more control over human, natural and financial resources» than some of the states in which they operate and/or in which they are incorporated<sup>2</sup>. Their immense power, coupled with the difficulties of regulating these omnipresent entities which defy traditional notions of territorial application, may have given birth to a sense of impunity. Attempts to manipulate or overthrow foreign governments<sup>3</sup>, environmental tragedies such as the *Exxon Valdez*, the *Prestige*, the *Bhopal* case or the *Doe v Unocal* litigation, are but a few examples. It has also been said that MNCs can violate HRs in a variety of ways: directly, assisting in violations, failing to prevent violations, remaining silent or simply operating in States that systematically violate HRs.<sup>4</sup> Murder, torture, rape, environmental degradation, forcible relocation of populations, forced labour, health hazards<sup>5</sup> and the like may go unpunished and victims without due compensation if the ultimate perpetrator is just an abstract legal entity, domiciled in a tax haven and whose real owners and/or managers are nowhere to be found.

3. Therefore, this transfer of powers may not have been accompanied by a corresponding transfer of accountability<sup>6</sup>. In the early 1970s, DETLEV VAGTS wrote that there was no «coherent body of law governing the affairs of the global corporation.» At most, there was a «haphazard melange made up of scraps of national rules stuck together after a fashion by a few conventions and some more or less tacit understandings about the reach of nations' powers»<sup>7</sup>. Today, notwithstanding the widespread acceptance of market economy principles, national governments hardly ever relinquish their legal grip on Corporations. On the contrary, more and more sectors of human economic activities are increasingly regulated and calls have been made to reclassify corporations as «social enterprises» in order to allow the State to intervene «to safeguard the public interest and to ensure compliance with publicly acceptable ethical standards»<sup>8</sup>. This interventionist understanding may gain strength if the current economic crisis does not recede and Governments try new (or, for some, old) formulas. Nevertheless, too much regulation can choke business and deter investors, and both developed and developing countries agree that foreign investment is a necessary instrument for development<sup>9</sup>.

4. Compliance with regulations by legal entities is achieved via the imposition of very high fines, (theoretical) threats of un-chartering the corporation or even criminal charges against top executives. Still, even if national corporate regulations can have extraterritorial effects, as it is the case with anti-trust legislation, national legislation concerning human or labour rights cannot be so easily applied to foreign subjects or events which take place abroad<sup>10</sup>. «Host-States are not capable [...] of adequately policing MNC activity regarding HRs issues»<sup>11</sup>, local legislation cannot always regulate violations of HRs, environmental damage or labour rights of groups and individuals without impinging upon the prescriptive jurisdiction of the Government of the country where the MNC operates. It can also be hard for shareholders to control MNCs because of the «upsurge of central management at the expense of the

<sup>2</sup> B. J. KIESERMAN, «Profits and Principles: Promoting Multinational Corporate Responsibility by Amending the Alien Tort Claims Act», *Catholic University Law Review*, number 48, Spring 1999, p. 881, cited in J. E. ARLOW, «The Utility of ATCA and the “Law of Nations”» in *Environmental Torts Litigation...*, *Wisconsin Environmental Law Journal*, number 7, 2000, p. 93.

<sup>3</sup> P. MUCHLINSKI, *Multinational Enterprises and the Law*, Oxford, UK, Cambridge, Mass., Blackwell Publishing, 2005, p. 6.

<sup>4</sup> A. CLAPHAM, & S. JERBI, «Categories of Corporate Complicity in Human Rights Abuses», *Hastings International & Comparative Law Review*, number 24, 2001, pp. 342-349, where they identify three types of corporate complicity: direct, indirect and silent.

<sup>5</sup> P. SUKANYA, «And Justice for All? Globalization, Multinational Corporations and the Need for Legally Enforceable Human Rights Protections», *University of Detroit Mercy Law Review*, 2003-2004, pp. 490 and 503.

<sup>6</sup> S. DEVA, «Human Rights Violations by Multinational Corporations and International Law: Where from Here», *Connecticut Journal of International Law*, 2003-2004, p. 56.

<sup>7</sup> D. F. VAGTS, «The Global Corporation and International Law», *Journal of International Law and Economics*, number 6, 1971-1972, p. 247.

<sup>8</sup> J. E. PARKINSON, *Corporate Power and Responsibility*, Oxford, Clarendon Press, 1993, p. 24.

<sup>9</sup> UNCTAD, *Dispute settlement, International centre for settlement of investment disputes*, 2.1 Overview, 2003, at 5. (<http://r0.unctad.org/disputesettlement/course.htm>) and M. SORNARAJAH, *The Settlement of foreign investment disputes*, The Hague, Boston, Kluwer Law International, 2000, p. 225.

<sup>10</sup> J. C. ANDERSON, «Respecting Human Rights: Multinational Corporations Strike Out», *University of Pennsylvania. Journal of Labor and Employment Law*, number 2, 1999-2000, p. 491.

<sup>11</sup> P. SUKANYA, *id.*, p. 499.

owners»<sup>12</sup>. There are few incentives to make corporations less opaque, so long as shareholders receive profits. Banning and punishing monopolies via the extraterritorial effect of anti-trust law may at times offer an indirect way of preventing the harmful potential of MNCs, but competition rules protect market freedom, not HRs. Finally, national regulations do not, as a rule, properly address the issue of redress and compensation for victims of HRs abuses.

5. Moreover, MNCs can sometimes easily escape from the embrace of home Governments, simply by moving to States where regulation is less developed or where the Government is desperate to attract foreign investment and therefore willing to compromise with «minor» issues, such as the protection of workers, ethnic communities or the environment<sup>13</sup>. Beyond physical relocation, MNCs also manage to employ highly sophisticated corporate structures which, hiding behind the corporate veil, make it difficult to ascertain the jurisdiction under which they operate. Otherwise said: national entities are trying to regulate non-national ones and failing to adequately enforce those regulations against them.

6. There are also attempts to place victims of gross violations against HRs at the centre of the stage. The UN Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law<sup>14</sup> set out standards of reparation that embrace notions of proportionality concerning the gravity of the harm suffered and remedies such as restitution, public apology, etc. They also declare that, in case the harm is caused by a «legal person or other entity» and not by a State, it should be the former that provides reparation. Prior to these Principles, the UN Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power had already foreseen that «when compensation is not fully available from the offender», compensation should be achieved by the State or national funds<sup>15</sup>.

7. The abovementioned UN Basic Principles and Guidelines are non-binding although they can give birth to other binding conventions. Furthermore, they are only concerned with gross violations of HRs<sup>16</sup>, which leaves out many other very important rights. UN member states are supposed to make available to victims the institutions and proceedings necessary to demand such compensation. Nevertheless, this Resolution does indeed call for new ways in which victims or groups of victims can claim for their rights without having to rely on the State, NGOs or international institutions<sup>17</sup>.

## II. Disadvantages and Shortcomings of Traditional HRs Protection Mechanisms

### 1. International conventions

8. From a classical perspective, international conventions regulating MNCs would only be binding on States, which would in turn have the obligation to regulate the activities of MNCs chartered in

<sup>12</sup> J. ROBINSON, *Multinationals and Political Control*, Surrey, Gower Publishing, 1983, p. 225.

<sup>13</sup> R. VERNON, *Sovereignty at bay: the multinational spread of U.S. enterprises*, New York, New York, Basic Books, 1971, pp. 7-11; S. ZIA-ZAFIRI, «Suing Multinational Corporations in the US for Violating International Law», *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, number 4, 1999, p. 86.

<sup>14</sup> UN Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law, General Assembly Resolution 60/147, of 21 March, 2006.

<sup>15</sup> Declaration of Basic principles of justice for victims of crime and abuse of power emanating from the deliberations of the UN Congress on the prevention of crime and the treatment of offenders: General Assembly resolution 40/34 of 29 November 1985, paragraph A-13.

<sup>16</sup> Genocide, war crimes, crimes against humanity. S. RATNER, and J. ABRAMS, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

<sup>17</sup> «13. In addition to individual access to justice, States should endeavour to develop procedures to allow groups of victims to present claims for reparation and to receive reparation, as appropriate». Furthermore, international law does not grant standing to sue to groups before international tribunals.



their territories, or at least regulate the activities they carry out within their borders<sup>18</sup>. This way, the reality of MNCs as global players would not be tackled and the problem of an increasingly unified global market would be left unsolved. Furthermore, developed states are definitely unwilling to be bound in this area. They prefer flexibility in dealing with MNCs, in order to protect these attractive sources of employment and tax revenue.

9. There is indeed a broad consensus on the fact that certain acts such as genocide, torture, forced labour and slave trading are prohibited by international conventions or universal rules of *ius cogens*<sup>19</sup>. Nevertheless, there are other equally harmful acts, easily committed by MNCs, that may not come under the scope of HRs treaties and customary rules: manslaughter or accidental deaths (Bhopal), environmental harms (Exxon Valdez), cultural oppression (such as actions undertaken against Amazon's indigenous populations), etc. These types of violations deserve to be treated in a single forum, instead of having different kinds of courts for (i) violations of HRs and for (ii) more general or «classic» torts. Otherwise, the same line of events may be split among proceedings concerning violations of labour rights before the national courts of the place where the workers perform their duties, mass claim litigation before the courts of the place where the parent company is domiciled, and certain international crimes or HRs violations being adjudicated before an international tribunal, with the undesirable prospect of contradictory decisions. Furthermore, a single type of dispute resolution mechanism may achieve a relatively uniform case law concerning these kinds of violations, thus avoiding different standards of HRs protection across the globe.

10. International conventions imposing immediately enforceable economic duties on countries are difficult to negotiate and to ratify. Even if an appropriate international convention for the regulation (at State level) of MNCs were ever ratified by a reasonable number of states, there would still be hurdles to face, both theoretical and practical, such as (i) uniform interpretation of its rules, principles and guidelines, and (ii) conflicts of courts, because several states would feel entitled to exert their adjudicative power over the same MNC. Furthermore, such a convention would very likely contain obligations that would not carry enforceable sanctions, thus depriving the obligation of some of its force.

## 2. Granting international legal personality to MNCs

11. Some authors claim that it is necessary to confer international legal personality upon MNCs, so they are made subject to the obligations imposed by international norms and standards for the protection of HRs<sup>20</sup> and perhaps can be made to stand trial before traditional interstate courts, too.

12. Nevertheless, MNCs can be said to have been vested with international legal personality for quite some time. At least, attempts have been made to codify the international law of state responsibility for injuries to aliens,<sup>21</sup> and mechanisms have been devised to allow foreign investors to claim against host states on the basis of international rules of law. Thus, international law has actually been «privatized». Arbitral practice of ICSID<sup>22</sup> and NAFTA<sup>23</sup> panels, mixed arbitrations governed by the UNCITRAL rules, and the existing network of more than 2000 Bilateral Investment Treaties (*BITs*) are examples of this. Effectively, this means that MNCs can make use of international treaties, customs and

<sup>18</sup> S. DEVA, id., p. 48.

<sup>19</sup> §702 Restatement of the Law Third, Foreign Relations Law of the United States, St. Paul, Minn., American Law Institute Publishers, 1989-1990.

<sup>20</sup> S. DEVA, id., p. 52.

<sup>21</sup> J. CRAWFORD, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002 and Conference for the Codification of International Law, Responsibility of States for Damage Caused in their Territory to the Person or Property of Foreigners, League of Nations Doc. C.75 M. 69 1929. V., reprinted in 24 *American Journal of International Law*, number 46 (Supp. 1930).

<sup>22</sup> International Center for Settlement of Investment Disputes, created by the Washington Convention of 18 March, 1965.

<sup>23</sup> North American Free Trade Agreement, of 17 December 1992.

principles while at the same time, individuals and groups cannot claim against MNCs before international tribunals for the violations of similar rights and principles.

13. In the same way that diplomatic protection gave way to international investment arbitration, because foreign investors were not suitably protected via national or international courts, alternative a-national *fora*, such as arbitration tribunals, could be designed for the protection of individuals *vis à vis* the damage caused by MNCs. More research needs to be done in order to analyse if such mechanisms could be modelled after BITs and ICSID arbitration/conciliation rules and tribunals which, *de facto*, have had the effect of making international law available to non-state actors, such as MNCs.

### 3. International agencies with regulatory and enforcement powers

14. Proposals have been made to confer prescriptive, as well as adjudicative jurisdiction on supranational bodies. In this regard, Surya Deva has called for a UN-WTO partnership, that could prescribe and enforce HRs standards<sup>24</sup>. According to this scholar, the Dispute Settlement Board of the WTO could be vested with power to award damages, both compensatory and punitive. There would also be social sanctions, like a prohibition to have business relationships with a delinquent MNC. Actually, this enforcement measure might be useless because the delinquent MNC could be wound up and its assets transferred to another company, so that third parties would still be able to do business with it. On the other hand, Pillay Sukanya argues that it is unreasonable to demand that international financial institutions and multilateral trading regimes serve as custodians of HRs because it may suggest that HRs are subordinated to economic and trading considerations<sup>25</sup>. In this regard, the debate between Alston and Petersmann also suggests the existence of two very different tendencies in the protection of HRs: direct enforcement—as ordinary rights may be enforced in court by ordinary citizens—and indirect enforcement, by making HRs one of the goals of national or international agencies, whose main objectives may be quite different<sup>26</sup>.

15. The World Bank's Inspection Panel<sup>27</sup> can only investigate violations of HRs suffered in the context of projects funded by the Bank, and only after receiving complaints. In fact, the Inspection Panel mostly provides a mechanism to hold the World Bank accountable, not MNCs or borrowing States. It does not grant remedies and is, therefore, not victim-centred. Its efficacy comes from the publicity and pressure it may manage to achieve through its investigations and reports, but it may provide a model for future initiatives<sup>28</sup>.

16. Other proposals include linking trade and labour rights, as in the HRs and democracy clauses included in international agreements concluded by the EU with third countries. However, developing nations oppose this strategy, which they regard as an imperialist device to impose standards not accepted by them<sup>29</sup>.

17. A universal regulatory and enforcement agency is possibly utopian. On the one hand, international law is still largely based on the principle of national sovereignty, its two main sources being customary law, «evolving from the practice of states», and interstate conventions<sup>30</sup>. Respect for national

<sup>24</sup> S. DEVA, *id.*, p. 22.

<sup>25</sup> S. PILLAY, *id.*, p. 496.

<sup>26</sup> E. PETERSMANN, «Time for a United Nations «Global Compact» for Integrating Human Rights into Law of Worldwide Organisations: Lessons from European Integrations», *European Journal of International Law*, volume 13, number 3, 2002 and P. ALSTON, «Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann», *European Journal of International Law*, volume 13, issue 4, 2002.

<sup>27</sup> World Bank Resolution Inspection Panel, Resolution No.93-10 IBRD, *International Legal Materials*, number 34, 1995, p. 520.

<sup>28</sup> See <http://www.ciel.org/Publications/citizensguide.pdf>.

<sup>29</sup> J. C. HONG, «Enforcement of Corporate Codes of Conduct: Finding a Private Right of Action for International Laborers Against MNCs For Labor Rights Violations», *Wisconsin International Law Journal*, volume 19, issue 41, 2000-2001, p. 47.

<sup>30</sup> Art. 38(1) of the Statute of the International Court of Justice; P. MALANCZUK, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, London, 7<sup>th</sup> ed. Routledge, 1997, pp. 35-36.

sovereignty means respect for the State's prescriptive and adjudicative jurisdiction concerning non-State actors such as MNCs operating within their borders. On the other hand, it would be paradoxical that, after having witnessed the terror that a single nation state can unleash, leaders and citizens alike agreed to create some sort of really supranational state or, for that matter, a truly universal regulatory and enforcing agency.

**18.** The power of an international regulatory agency may be undemocratic, non-transparent and contrary to subsidiarity<sup>31</sup>. It would be useless if it did not have enforcement power, which it would allegedly never have. It might also end up being as bureaucratic as a national government. Local corporations—sometimes equally harmful—may escape this global regulator, with competence limited to global enterprises. It may be useful, though, as an information-gathering agency or consultative body for host governments, acting as mediator or arbitrator of differences between host governments and MNCs or as an agency for the development of standards of behaviour<sup>32</sup>.

#### 4. International Human Rights Courts

**19.** It has been said that «where internationally recognized rights are concerned, juridical protection, to be effective, should emanate from an international organ»<sup>33</sup>. Nevertheless, HRs tribunals are, as a rule, courts of last resort, where all other mechanisms of justice have failed. They follow the fourth instance formula and cannot be used as appellate courts, which, in addition to the obligation to exhaust local remedies, reduces their jurisdiction to a significant degree. They may be used to provide some sort of comfort where all available national tribunals have turned their backs on the claimant (or defendant), but they do not provide for real mechanisms of redress, their decisions merely implying an exhortation to the country of origin of the decision.

**20.** International courts with jurisdiction to hear claims for violations of HRs, like the European Court of Human Rights (ECHR) and the Inter-American Court of Human Rights, are mainly focused on violations of HRs by member states and are based upon the principle of subsidiarity.

**21.** The margin of appreciation doctrine—also present in litigation before international tribunals—implies that «[e]ach society is entitled to certain latitude in resolving the inherent conflicts between individual rights and national interests or among different moral convictions»<sup>34</sup>. International tribunals also have a self-imposed deference towards the decisions of domestic courts. This effectively means that, no matter how universal a HRs convention is, if the enforcement of such rights continues to be done on a purely national sphere, HRs will never enjoy the same universal standard of compliance.

**22.** International courts do not have as sophisticated enforcement mechanisms as the ones available in domestic courts. International HRs courts do not always offer redress for victims and accord no punishment for perpetrators, either. The International Criminal Court (ICC) is in fact centred in the punishment of the perpetrator and does have the power to imprison those it convicts, but it only has jurisdiction to hear cases involving gross HRs violations and only against individuals, not corporations.

<sup>31</sup> D. VAGTS, «The Governance of the Multinational», *Wisconsin International Law Journal*, number 23, 2005, p. 537.

<sup>32</sup> GOLDBERG & KINDLEBERGER, «Toward a GATT for Investment: A proposal for supervision of International Corporations», *Law & Policy in International Business*, 1970, p. 295.

<sup>33</sup> Ninth International Conference of American States, Final Act XXXI, in *International Conferences of American States, Second Supplement, 1942-1954*, p. 270 (Pan American Union ed., 1958. Cited in J. BOUNNGASENG, «Adjudication of International Human Rights Claims in the European Court of Human Rights and...», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, volume 33, 2004-2005, p. 484.

<sup>34</sup> B. EYAL, «Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards», *New York University of International Law and Politics*, 1999, number 31, p. 843, cited in J. BOUNNGASENG, «Adjudication of International Human Rights Claims in the European Court of Human Rights and...», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, volume 33, 2004-2005, p. 490.

23. Finally, international tribunals face a massive backlog and litigation before them is so lengthy a process that victims may not have the impression that justice is being done and may suffer emotionally. All of these drawbacks lead to the conclusion that international tribunals may not be an appropriate solution in order to make MNCs accountable for HRs violations<sup>35</sup>.

## 5. «External» codes of conduct

24. Guidelines and codes of conduct<sup>36</sup> are meant to be adopted by States, to inspire their legislation, to be incorporated into collective bargaining agreements or to be taken into account by courts and administrative tribunals in order to interpret national legislation.<sup>37</sup> External codes of conduct may be drafted and approved within international organizations, individual governments<sup>38</sup> or NGOs<sup>39</sup>. They require no ratification and no consensus to be adopted but, on the other hand, they do not create internationally binding obligations on States and much less on MNCs. In order to achieve any effectiveness, they need a lot of publicity of the violations assessed under the codes. In fact, they may even operate as a curtain to disguise further abuses<sup>40</sup>. So far, no initiative of this kind has been completely satisfactory—in the sense that the problem they were trying to solve remains alive—and some of the most ambitious ones have not even come into being.<sup>41</sup>

25. The observance of the revised OECD Guidelines for Multinational Enterprises is voluntary, limited to OECD countries, plus some other non OECD countries which have also declared that they would observe the Guidelines.<sup>42</sup> The foreseen enforcement mechanism consists of consultations made by member states, companies, employee organisations and NGOs, before National Contact Points, which act as mediators and whose performance before 2000 was clearly disappointing. If the conflict is not resolved, it can be referred to the Committee on International Investment and Multinational Enterprises. Neither body can ultimately issue a pronouncement as to whether a particular firm has or has not respected the Guidelines in a given case<sup>43</sup>. Most National Contact Points cannot reveal firms' names to the public, either. They simply clarify and interpret the Guidelines. Last of all, the Guidelines have lost much of their initial appeal, partly due to the new positive attitude towards foreign investment.

26. The International Labor Organization (ILO) sets labour standards, which eventually may turn into conventions, provides technical assistance to countries, and disseminates information<sup>44</sup>. Nev-

<sup>35</sup> J. BOUNNGASENG, «ATCA suits, the better alternative», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, number 33, 2004-05, p. 473.

<sup>36</sup> N. HORN (ed). *Legal Problems of Codes of Conduct for Multinational Enterprises. Studies in Transnational Economic Law*, vol. 1. Deventer, Kluwer, 1980. J. F. PÉREZ-LÓPEZ, «Promoting International Respect for Worker Rights Through Business Codes of Conduct», *Fordham International Law Journal*, number 17, 1993-1994.

<sup>37</sup> A. A. FATOUROS, «On the implementation of codes of conduct», *American University Law Review*, number 30, 1980-1981, p. 959.

<sup>38</sup> For instance, President Clinton's Model Business Principles, put forward in order to separate HRs issues from American trade policy. Actually, they were too vague and did not foresee any follow up system or reinforcement mechanism.

<sup>39</sup> Some examples are the Sullivan Principles for US companies operating in Apartheid's South Africa, the McBride Principles for US companies operating in Northern Ireland, the Rugmark Foundation for South Asia, the Apparel Industry Partnership Workplace Code of Conduct.

<sup>40</sup> J. C. HONG, p. 51.

<sup>41</sup> E.g: UN Code of Conduct for Transnational Corporations, UN Commission on Transnational Corporations: A Code of Conduct, Formulations by the Chairman, UN Doc. E/C.10/AC.2/8(1978). See too Development and International Economic Cooperation: Transnational Corporations, UN ESCOR 2d Sess., Agenda Item 7(d), UN Doc E/1990/94 (1990).

<sup>42</sup> OECD Declaration to which the OECD Guidelines are annexed: OECD Doc. C(76)99 (1976), reprinted in 15 Int'l Legal Materials 967 (revised in 2000).

<sup>43</sup> See J. HUNTER, *The OECD Guidelines and the MAI. In Institutional and Procedural Aspects of Mass Claims Settlement Systems. The International Bureau of the Permanent Court of Arbitration*, The Hague, Kluwer Law International, 2000, p. 201.

<sup>44</sup> In 1998, the ILO adopted the Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work. The Declaration committed members to respect the principles and rights in four categories, including: freedom of association and collective bargaining, elimination of forced and compulsory labour, elimination of discrimination in respect of forced and compulsory labour, elimination of discrimination in respect of employment and occupation, and abolition of child labour. Each of these areas is supported by two ILO conventions, which together make the eight ILO Core Labour Standards (The Corporate Responsibility to Respect

ertheless, its conventions only bind ratifying states, and the ILO itself has no enforcing power. Some labour rights included in ILO's conventions are the prohibition of forced labour, discrimination, child labour and freedom of association<sup>45</sup>. With the exception of forced labour, which is assimilated to slavery by most scholars, the remaining rights and prohibitions are not part of international customary law, because they lack universal acceptance and are contingent on the specific situation of each country<sup>46</sup>. As with the OECD guidelines, requests for clarification of the ILO's Tripartite Declaration can be made, but the names of the multinationals are not revealed.

**27.** The Global Compact<sup>47</sup> was meant to fill the void between binding regulatory regimes and codes of conduct<sup>48</sup>. It addressed HRs, labour and environmental issues. It made a call to promote initiatives such as private-public partnerships, engage in policy dialogues with MNCs and the creation of a learning forum for labour and civil society organisations. Nevertheless, it suffered from unclear implementation measures: it required companies embracing it to submit an annual report to show their commitment, which may just be a public relations exercise.

**28.** The Norms on Responsibilities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises with Regard to Human Rights, approved by the Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights in August 2003, «still fall short of what is required for evolving and effective international regulatory regime of corporate human rights responsibility»<sup>49</sup>. The Norms, which are not and have never been binding, do represent a step forward over their predecessors but, as it is usually the case, lack efficient enforcement mechanisms. These mechanisms basically consist of the obligation to adopt codes of conduct, give appropriate training to managers and workers, ensure that business partners comply with HRs obligations, provide for periodic monitoring by international bodies and an obligation of States to put in place the necessary framework to ensure compliance by the MNCs.

**29.** Generally speaking, it can be said that too much emphasis has been put on listing MNCs obligations in the field of HRs, without giving much thought to the way to enforce those obligations.

## 6. Internal codes of conduct and guidelines

**30.** «Internal codes of conduct» and guidelines can be said to be those drafted and endorsed internally, within one company or group of companies. Standards of protection contained in the aforementioned codes may lack the necessary uniformity and consistency. This lack of precision draws a blurred line between what can and cannot be done, in accordance with the code. They are not compulsory for the corporations that adopt them. The follow up, monitoring, independent audits and report mechanisms that may be set up can be avoided or the reports withheld<sup>50</sup> and effective monitoring entails costs, which is an incentive to monitor minimally or not to adopt the code<sup>51</sup>.

**31.** Moreover, monitoring mechanisms may deprive victims of their right to claim directly against the perpetrators, having to put their trust in the honesty and diligence of auditors and members of

---

Human Rights. An Interpretive Guide; Office of the High Commissioner for Human Rights; November 2011, Annex A).

<sup>45</sup> International Labor Organization, Tripartite Declaration of Principles Concerning Multinational Enterprises and Social Policy, ILO Doc. GN 204/4/2 (1978), reprinted in «International Legal Materials», number 49, 1978 at 423 and Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work 1998, adopted at the ILO's 86<sup>th</sup> Session, Geneva, June 1998.

<sup>46</sup> M. TORRES, «Labor Rights and the ATCA: Can the ILO's Fundamental Rights be Supported through ATCA litigation?», *Columbia Journal of Law and Social Problems*, number 37, 2003-2004, p. 464.

<sup>47</sup> Put forward in 1999 by Kofi Annan (<http://www.globalcompact.org>).

<sup>48</sup> S. DEVA, p. 13.

<sup>49</sup> S. DEVA, «UN's Human Rights Norms for Transnational Corporations and Other Business Enterprises: an Imperfect Step in the Right Direction?», *ILSA Journal of International and Comparative Law*, number 10, 2003-2004, p. 495.

<sup>50</sup> As was the case with Nike and the report drafted by Ernst & Young; see J. LOBE, «Labor-U.S.: Nike Brought to Court over False Ads», *Inter Press Service*, April. 21, 1998.

<sup>51</sup> J. ANDERSON, id., pp. 489-490.

the follow-up boards, as well as in the corporations, which have to apply the decisions or reports issued by the boards<sup>52</sup>. Inevitably, there are conflicts of interest if MNCs have to do the monitoring themselves or if the auditors are paid by the MNC. Such auditors, on the other hand, may not be experts in HRs, industrial relations or environmental issues<sup>53</sup>.

**32.** On the other hand, MNCs may have limited power to stop subcontractors from violating HRs, although this may too often be an excuse, because MNCs may simply not want to strain relationships with them. Nevertheless, in this regard, it may be disputed whether MNCs have a moral or legal obligation not to do business with HRs violators. Finally, such codes and reports may simply be used to increase public approval, as well as sales.

**33.** Although some authors believe that litigation based on the Alien Tort Claims Act (ATCA)<sup>54</sup> may also provide, in some cases, a mechanism to enforce labour rights contained in codes of conduct<sup>55</sup>, the fact is that codes of conduct remain voluntary and do not provide a completely effective protection for workers of those enterprises, let alone other citizens who may suffer because of the operations of any given enterprise.

## **7. The «Protect, Respect and Remedy» Framework and the UN Guiding Principles on Business and Human Rights**

**34.** After the failure of the UN Norms on Transnational Corporations and Other Business Enterprises, the UN Commission on Human Rights established a mandate in 2005 for a Special Representative of the Secretary-General. During the first phase of his mandate, the Special Representative —Harvard Professor JOHN RUGGIE— identified and clarified existing standards and practices regarding business and human rights worldwide.

**35.** In the second phase, Prof. RUGGIE presented, and the UN Council for Human Rights endorsed, the «Protect, Respect and Remedy» Framework. «The Framework rests on three pillars: the State duty to protect against human rights abuses by third parties, including business, through appropriate policies, regulation, and adjudication; the corporate responsibility to respect human rights, which in essence means to act with due diligence to avoid infringing on the rights of others; and greater access by victims to effective remedy, judicial and non judicial. The three pillars are complementary in that each supports the others»<sup>56</sup>.

**36.** In the third phase, the Special Representative was asked to operationalize the Framework, which he did by drafting and proposing the UN Guiding Principles, which were endorsed by the UN Council. As the Special Representative has put it: the Guiding Principles «will mark the end of the beginning: by establishing a common global platform for action, on which cumulative progress can be built, step-by-step, without foreclosing any other promising longer-term developments. The Guiding Principles' normative contribution lies not in the creation of new international law obligations but in elaborating the implications of existing standards and practices for States and businesses; integrating them within a single, logically coherent and comprehensive template; and identifying where the current regime falls short and how it should be improved»<sup>57</sup>.

<sup>52</sup> G. ALFREDSSON, et. al., *International Human Rights Monitoring Mechanisms. Essays in Honour of Jakob Th. Möller*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2001.

<sup>53</sup> J. C. HONG, p. 56.

<sup>54</sup> Also known as Alien Tort Statute (ATS).

<sup>55</sup> J. C. HONG, id., p. 67.

<sup>56</sup> Report of 22 April 2009 of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human Rights and transnational corporations and other Business enterprises, A/HRC/11/13.

<sup>57</sup> Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, John Ruggie. Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations «Protect, Respect and Remedy» Framework, 21 March 2011, A/HRC/17/31, pg. 5.

## 8. The United Nations Working Group on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises

37. The United Nations Working Group for human rights and transnational corporations and other business enterprises was created by the UN Human Rights Council on 16 June 2011<sup>58</sup>. It formally took up its role on 1 November 2011<sup>59</sup>. The Working Group is made of five independent experts of balanced geographic representation. These experts bring diverse skills and experience in order to promote business respect for human rights across a wide range of countries, issues, and sectors.

38. This new expert body is charged with promoting respect for human rights by businesses of all sizes, in all sectors, and in all countries. The new expert body commenced its activities focusing on the UN Guiding Principles, which provide for the first time a global standard for preventing and addressing the risk of negative human rights impacts connected to business activity.

39. Besides promoting and disseminating these Guiding Principles, the Working Group must ensure that they are effectively implemented by both governments and business, and that they lead to improved results for individuals and groups around the world whose rights have been endangered by business activity.

40. The new expert body is also charged by the Human Rights Council with identifying and promoting good practices and lessons learned on the implementation of the Guiding Principles, advise governments on the development of domestic legislation relating to business and human rights, building the capacity of all relevant actors to address business-related human rights impacts, and working to enhance access to effective remedies for those whose human rights have been affected by businesses. They will also conduct country visits and identify and promote good practices.

41. The Working Group will also guide the work of a new annual UN Forum on Business and Human Rights, which will provide an arena for the discussion of trends and challenges in implementing the UN Guiding Principles on human rights and business, including challenges faced in particular sectors, country contexts and in relation to specific human rights and business issues and rights-holding groups.

42. The UN Working Group on Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises invited governments, companies, trade unions, international agencies, national human rights institutions and NGOs to share their thoughts to help it establish its work programme. The Working Group took into account proposals by all relevant actors before its first session (16-20 January 2012), during which its five independent experts determined the Group's key thematic priorities and activities: global dissemination of the Guiding Principles, promoting their implementation and embedding them in global governance frameworks<sup>60</sup>.

## 9. National Criminal Courts

43. Criminal liability of legal entities is only available in a few legal systems.<sup>61</sup> Furthermore, not all legal systems allow criminal judges to award damages to the victim of a criminal offense<sup>62</sup>. On the

<sup>58</sup> Resolution 17/4 (A/HRC/RES/17/4), 16 June 2011.

<sup>59</sup> Report of the Working Group on the issue of human Rights and transnational corporations and other Business enterprises (A/HRC/20/29), 10 April 2012.

<sup>60</sup> Report of the Working Group on the issue of human Rights and transnational corporations and other Business enterprises (A/HRC/20/29), 10 April 2012.

<sup>61</sup> See. Art. 121.2 French Criminal Code, H. DE DOELDER/K. TIEDEMANN (eds.), *La Criminalisation du Comportement Collectif/Criminal Liability of Corporations*, The Hague, Kluwer Law International, 1996 and A. CLAPHAM, «MNCs Under International Criminal Law», in *Liability of Multinational Corporations under International Law*, edited by M. T. KAMMINGA & S. ZIA-ZARIFI, The Hague, Kluwer Law International, 2000, p. 139 et seq.

<sup>62</sup> Articles 109 et seq. Spanish Criminal Code, 100 et seq., 615 et seq. Spanish Code of Criminal Procedure.

other hand, national courts only have universal jurisdiction in a handful of cases like genocide<sup>63</sup> and it is well known that the principle of universal criminal jurisdiction is being contested by national supreme courts and parliaments<sup>64</sup>.

44. Making enforcement of HRs dependent upon national courts and national statutes also has the drawback that the differences between those statutes and case law would lead to different standards for the protection of HRs.

## 10. Human Rights Litigation before National Civil Courts

45. National civil (non-criminal) courts do have the potential to provide appropriate remedies and redress for victims of HRs abuses caused by MNCs but, many times, they lack jurisdiction or adequate procedural rules. The most common jurisdictional principles in tort cases call for the jurisdiction of the courts of the country where the tort took place<sup>65</sup>. Certain situations of massive HRs violations, armed conflicts or institutional discrimination that may have taken place in that country, may have also led to an inadequate, biased or easily manipulated judiciary. Furthermore, the applicable law will probably be the «the local law of the state where the injury occurred»<sup>66</sup> or «the law of the country in which the damage occurs»<sup>67</sup>. Again, in the case of HRs violations perpetrated in the context of armed conflicts or authoritarian regimes, it may well be the law of a country that condones the violations or does not offer proper compensation.

46. HRs, labour and environmental violations by MNCs often take the form of mass torts against communities or groups of individuals, for the adjudication of which not all national courts are well prepared. National procedural rules often cannot modify their standards of proof or case management to account for hundreds of claims, basically based upon the same facts and applicable rules. This results in intolerable delays that add to the emotional and physical pain of the victims. Furthermore, national rules for the protection of HRs, labour, cultural or environmental rights vary considerably from one country to another, and so do rules on liability and causal nexus.

47. Despite some examples of HRs litigation before national courts in the UK, Australia and Canada<sup>68</sup>, the most successful legislative instrument towards achieving accountability for corporate violations of HRs before national courts is the Alien Tort Claims Act (ATCA or ATS)<sup>69</sup>. Thanks, partly, to this act, plus the availability of contingent fees, punitive damages, pre-trial discovery, trial by jury and certain other jurisdictional rules and procedural mechanisms, the US is at the moment the preferred forum for HRs litigation. In fact, ATCA is a unique piece of legislation, without an equivalent in other jurisdictions<sup>70</sup>.

48. The decision rendered by the Supreme Court in *Sosa v Álvarez Machain*<sup>71</sup> clarified the controversy around ATCA, to a certain extent. It now seems clear that the concept of the «law of nations»

<sup>63</sup> Article 23.4 Spanish Organic Judiciary Law (Ley Orgánica del Poder Judicial).

<sup>64</sup> See German Federal Supreme Court decisions of 30-04-1999 and 21-02-2001 and Spanish Supreme Court decisions of 25-02-2003 and 21-06-2007; Belgian law of 16-06-1993, amended by law of 24-04-2003.

<sup>65</sup> Vid. article 5.3 Council Regulation (EC) 44/2000 (not applicable outside the EU).

<sup>66</sup> Vid. §146 Restatement of the Law Second, Conflict of Laws, St Paul (Minn.), The American Law Institute, 1969.

<sup>67</sup> Vid. article 4.1 Council Regulation (EC) 864/2007 on the law applicable to non-contractual obligations (Rome II).

<sup>68</sup> Beyond voluntarism, Human Rights and the Developing Legal Obligations of Companies, International Council on Human Rights Policy, at 105 ([http://www.ichrp.org/files/reports/7/107\\_report\\_en.pdf](http://www.ichrp.org/files/reports/7/107_report_en.pdf)).

<sup>69</sup> § 1350 of Title 28 U.S.C.

<sup>70</sup> Beyond voluntarism, Human Rights and the Developing Legal Obligations of Companies, International Council on Human Rights Policy, at 104 ([http://www.ichrp.org/files/reports/7/107\\_report\\_en.pdf](http://www.ichrp.org/files/reports/7/107_report_en.pdf)).

<sup>71</sup> Vid. *Sosa v. Álvarez-Machain*, 542 U.S. 692, 731 (2004).



must be understood dynamically<sup>72</sup> and, therefore, international law may be applicable, but it will be difficult to expand ATCA jurisdiction beyond violations of *ius cogens* norms<sup>73</sup>. It may be said that the violations that may find their way into the concept of the «law of nations» may be equated with those in paragraph 702 of *Restatement of the Law Third on Foreign relations*: torture, prolonged and arbitrary detention, summary execution, cruel inhuman or degrading treatment, genocide, war crimes, disappearance and wrongful death. With such strict requisites, many rights and wrongs are left without proper protection, such as labour or environmental rights, or a general right to physical integrity, such as may be violated by reckless behaviour caused by the officials of a corporation. For instance, TORRES declares that ATCA cannot support all four of ILO's fundamental labour rights<sup>74</sup>, and HONG believes that environmental harm and cultural destruction of peoples (cultural genocide) are not yet the subject of binding law<sup>75</sup>. Third generation rights would thus be left unprotected<sup>76</sup>.

49. *Sosa* does not eliminate all doubts, either, about the availability of an independent right of action and about the availability of ATCA jurisdiction against non-sovereign entities<sup>77</sup>. Nevertheless, several ATCA cases have shown that MNCs can indeed violate international law<sup>78</sup>. In this regard, after the *Flick* case<sup>79</sup>—in the German forced labour cases— liability has hinged on cooperation and participation in the violations.

50. Other features of US law show that ATCA is not the perfect weapon for the enforcement of HRs. Consider, for example, the doctrine of separation of powers, the act of state doctrine, the political question, sovereign immunity and international comity considerations, as well as *forum non conveniens*. The *Tel-Oren* decision first drew attention to the Act of State doctrine as a possible impediment to the application of ATCA<sup>80</sup>. Concerns have also been raised about the national interest of the United States and the separation of powers, stating that federal courts are not in a position to determine the international status of terrorist acts and risk becoming a forum for political propaganda. Thus, a common criticism is that federal courts may be seen as meddling in the executive's foreign and trade policy agenda<sup>81</sup>. Various interest groups have requested the US Congress to repeal the statute and the US Justice Department has argued (in an *amicus curiae* brief it filed on behalf of Unocal<sup>82</sup>) that ATCA suits could have a potentially serious adverse impact on significant interests of the United States, including interests related directly to the on-going struggle against international terrorism. The political question doctrine also tries to keep the judiciary from deciding matters that belong to other

<sup>72</sup> F. C. OLAH, «MNC Liability for International Human Rights Violations under the Alien Tort Claims Act», *Quarterly Law Review*, number 25, 2006-2007 at 769 - 771.

<sup>73</sup> «[F]ederal courts resist justifying decisions solely on the basis of customary HRs law unless it meets the most stringent substantive requirements», G. A. CHRISTENSON, «Federal Courts and World Civil Society», *Journal of Transnational Law and Policy*, number 6, pp. 438-439, cited in L. RUTHERFORD, *id.*, p. 814.

<sup>74</sup> M. TORRES, *id.*, p. 464.

<sup>75</sup> J. C. HONG, at 67. For the opposite view, see J. E. ARLOW, «The Utility of ATCA and the 'Law of Nations' in Environmental Torts Litigation: *Jota v. Texaco, Inc.* and Large Scale Environmental Destruction», *Wisconsin Environmental Law Journal*, number 7, 2000, p. 138.

<sup>76</sup> Right to economic and social development, a healthy environment, natural resources, etc, as reflected in the 1972 Stockholm Declaration or the 1992 Rio Declaration.

<sup>77</sup> G. PINILLA, «Corporate Liability for Human Rights violations on Foreign soil», *St. Thomas Law Review*, number 16, 2003-2004, p. 702; L. RUTHERFORD, «Redressing U.S. Corporate Environmental Harms Abroad through Transnational Public Law Litigation: Generating a Global Discourse on the International Definition of Environmental Justice», *Georgia International Environmental Law Review*, number 14, 2001-2002, p. 812.

<sup>78</sup> See *Kadic v Karadzic*, 70 F.3d 232 (2d Cir. 1995) and *Presbyterian Church of Sudan v Talisman Energy, Inc.* 244 F. Supp. 2d 289 (S.D.N.Y.2003).

<sup>79</sup> *United States v. Friedrich Flick et al.*; see <http://www.mazal.org/archive/nmt/06/NMT06-C001.htm> (last visited on 7 October 2007).

<sup>80</sup> *Tel-Oren v Libyan Arab Republic*, 726 F.2d 774 (2d Cir. 1984).

<sup>81</sup> D. BETZ, «Holding Multinational Corporations Responsible for Human Rights Abuses...», *DePaul Business Law Journal*, number 14, 2001-2002, p. 163.

<sup>82</sup> *Vid. Doe v Unocal Corp.*, 248 F.3d 915 (9th Cir. 2001).

branches of the Government. Finally, *Aguinda v Texaco*<sup>83</sup> has also provided evidence that *forum non conveniens* may be a major hindrance towards bringing US MNCs before federal US courts since most contacts and factual nexus lie outside the US<sup>84</sup>.

**51.** Part of ATCA case law has been codified by Congress in the Torture Victims Protection Act (TVPA), which effectively expands ATCA by creating a statutory cause of action for crimes such as torture or extrajudicial killing, committed under colour of law of any foreign nation, and providing a right to bring a cause of action both for Americans and aliens. Nevertheless, the TVPA may have little success against MNCs, because it does not consider corporations as individuals against which a case can be brought.

**52.** J.C. ANDERSON has called for a Foreign Human Rights Abuse Act<sup>85</sup>. According to this author, such an act should make it unlawful for any company or its agents to induce, authorize, participate, assist, utilize, engage in, or accept the benefits of HRs abuse, which, in fact, may make it very difficult for any MNC to maintain business relationships with many legitimate governments<sup>86</sup>. Nevertheless, such an act may never be enacted and, in order to provide effective protection worldwide, other countries would have to pass similar acts. Another attempt has been Prof. BAREMBERG's proposal of a bill, which would amend the *Fair Labor Standards Act* of 1938, to make US government manufacturers legally accountable for sweatshops conditions abroad, imposing civil penalties and private enforcement. Again, such an act may never come into existence. In the US, proposals of state laws addressing labour rights abroad have been pre-empted by federal legislation, such as the national Labor Relations Act or federal trade legislation<sup>87</sup>.

**53.** Many ATCA cases remain pending and most cases resolved satisfactorily for the plaintiffs have led solely to settlements between the parties. Even if ATCA were interpreted in such a way that all the above-mentioned obstacles were removed, and even if the US Congress passed legislation codifying ATCA case law, as it did with the Torture Victims Protection Act, US courts could not become the world's HRs main forum. There would be a real risk of judicial imperialism<sup>88</sup>, as Judge BORK indicated in the *Tel-Oren* case. Still, it may be argued that strengthening the scope and usefulness of ATCA and similar non-American pieces of legislation could be instrumental to forcing MNCs to submit to arbitration and other ADR mechanisms in order to avoid the publicity, disadvantageous procedural rules and millions in punitive damages. Finally, the *Kiobel* case<sup>89</sup>, still pending before the US Supreme Court, may do away with the possibilities of waging ATCA against multinationals, if the latter are declared not to be able to infringe international law norms.

### III. Conclusions

**54.** MNCs are legal entities which defy traditional notions of territoriality and extraterritoriality. Therefore, traditional mechanisms to exact responsibility from them may not be entirely suitable when it comes to preventing the violation of human rights in the countries where they operate or when activists and victims try to hold them accountable in their country of origin. Other tools, different from litigation, partly national and partly international, such as arbitration, mediation and other grievance mechanisms may be useful.

<sup>83</sup> *Aguinda v Texaco, Inc.*, 945 F. Supp. 625 (S.D.N.Y. 1996).

<sup>84</sup> K. L. BOYD, «The Inconvenience of Victims: Abolishing Forum Non Conveniens in US Human Rights Litigation», *Virginia Journal of International Law*, number 39, Fall 1998, pp. 41 and 53.

<sup>85</sup> J. C. ANDERSON, *id.*, p. 500.

<sup>86</sup> Several members of the Spanish Government have been condemned by criminal courts for the torture and extra-judicial killing of suspected Basque terrorists. Should no foreign MNC do business with the Spanish Government or, at least, not provide the Spanish police forces with law enforcement supplies for that reason or for fear that those supplies may be used for HRs violations?

<sup>87</sup> M. TORRES, *id.*, p. 473.

<sup>88</sup> W. GLABERSON, «US Courts Become Arbiters of Global Rights and Wrongs», *New York Times*, June 21, 2001 (<http://www.nytimes.com/2001/06/21/us/us-courts-become-arbiters-of-global-rights-and-wrongs.html?pagewanted=all&src=pm>)

<sup>89</sup> *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, 621 F.3d 111 (2d Cir. 2010).

SOBRE *CDT*

# NORMAS DE PUBLICACIÓN EN LA REVISTA *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL (CDT)*

## **1. Contenido y periodicidad**

En *Cuadernos de Derecho Transnacional (CDT)*, se publican trabajos de investigación sobre Derecho internacional privado, Derecho uniforme y Derecho privado comparado. Es una revista de publicación semestral (marzo y octubre).

## **2. Originalidad e idioma**

Los trabajos han de ser inéditos y pueden estar escritos en cualquiera de los principales idiomas europeos.

## **3. Envío de originales**

Los originales deben remitirse por correo electrónico a la Secretaría de Redacción (celiamaria.caamina@uc3m.es) hasta el 15 de enero para el número de marzo y hasta el 15 de julio para el número de octubre.

## **4. Publicación y secciones**

La publicación de los trabajos será decidida por los Directores de la Revista, con la participación del Consejo de Redacción y siendo asesorados por el Comité Científico, con base en una evaluación externa, independiente y anónima. El trabajo podrá ser «aceptado», «aceptado con modificaciones» o «rechazado». Dependiendo de la naturaleza del trabajo, éste será incluido en la sección «Estudios» o en la sección «Varia».

## **5. Aspectos formales**

En la primera página de los originales ha de constar el título, nombre del autor y filiación académica. A continuación deberá incluirse un resumen en el idioma en que esté redactado el trabajo (máximo 120 palabras) y palabras clave en el idioma en que esté redactado el trabajo (de 3 a 5), así como dicho resumen y palabras clave en inglés. Tras los resúmenes y palabras clave en los dos idiomas, se incluirá un sumario del trabajo.

El texto principal del trabajo deberá estar escrito en Times New Roman, tamaño 12 para el texto principal, y tamaño 10 para las notas a pie de página y para el sumario. El texto principal ha de estructurarse en párrafos numerados consecutivamente.

El Consejo de Redacción dará prioridad a los trabajos que no excedan de 25.000 palabras. Sólo muy excepcionalmente se publicarán trabajos cuya extensión supere las 35.000 palabras.

La numeración de los epígrafes seguirá el siguiente esquema numerado:

- I. \_\_\_\_\_
  - 1. \_\_\_\_\_
    - A) \_\_\_\_\_
      - a) \_\_\_\_\_

Los párrafos irán numerados en números arábigos.

## 6. Normas para las citas

### a) Bibliografía:

- A. L. CALVO CARAVACA, «El DIPr. de la Comunidad Europea», *International Law. Revista colombiana de Derecho internacional*, nº 2, diciembre 2003, pp. 277-300.
- F. POCAR, «Osservazioni a margine della proposta di Regolamento sulla giurisdizione e la legge aplicabile al divorzio», en S. BARIATTI (Coord.), *La famiglia nel diritto internazionale privato comunitario*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, S.p.A., 2007, pp. 267-278.
- S. RÜBERG, *Auf dem Weg zu einem europäischen Scheidungskollisionsrecht*, Frankfurt am Main, Lang, 2006.

### b) Jurisprudencia:

- STJCE 20 febrero 1979, *Cassis de Dijon*, 120/78, *Rec.* 1979, p. 649.
- STS 22 marzo 2001 (*RJ* 2001/4756).

### c) Legislación:

- Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), *DOUE* L 177 de 4 julio 2008, p. 6.
- Ley 54/2007, de 28 de diciembre, de Adopción Internacional, *BOE* de 29 diciembre 2007.

## 7. Responsabilidad de los autores

El contenido de los trabajos publicados en la Revista es responsabilidad exclusiva de los autores de los mismos.

## 8. Copyright

Se permite que los autores de los trabajos de investigación publicados en la Revista los reproduzcan en otros sitios siempre que se haga mención de que han sido previamente publicados en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (CDT).